

CONFERÊNCIA

ESTADO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS

8 e 9 de julho de 2013 | Sala das Sessões | Assembleia da República

Colóquios e Conferências Parlamentares

ÍNDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS	3
ABERTURA	
Fernando Negrão (Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)	4
António Pedro Barbas Homem (Diretor do Centro de Estudos Judiciários)	6
I PAINEL A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS: Direito Privado	
DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E À INTEGRIDADE PESSOAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, LIBERDADE DE EMPRESA E INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA João Pires da Rosa (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)	9
LIBERDADE DE EMPRESA, DIREITOS DE PERSONALIDADE, INTERESSE PÚBLICO (DIMENSÃO EUROPEIA) Maria de Fátima da Graça Carvalho (Procuradora-geral-adjunta)	15
DIREITO À IMAGEM E À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA João Bernardo (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)	24
II PAINEL A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS: Direito Laboral	
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES: DIREITO À RESERVA E À CONFIDENCIALIDADE RELATIVAMENTE A MENSAGENS PESSOAIS E À RESERVA DA VIDA PRIVADA DOS TRABALHADORES	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE NO CONTRATO DE TRABALHO – BREVES NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL Maria do Rosário Palma Ramalho (Professora catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)	33
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES: DIREITO À RESERVA E À CONFIDENCIALIDADE RELATIVAMENTE A MENSAGENS PESSOAIS E À RESERVA DA VIDA PRIVADA DOS TRABALHADORES – A CONCRETIZAÇÃO PELOS TRIBUNAIS Paulo Morgado de Carvalho (Procurador da República)	41
III PAINEL A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS: Direito da Família e Crianças	
DIREITO DA CRIANÇA À CONTINUIDADE DAS SUAS RELAÇÕES AFETIVAS Guilherme de Oliveira (Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)	60
DIREITO DA CRIANÇA À CONTINUIDADE DAS SUAS RELAÇÕES AFETIVAS Hélder Roque (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)	65
IV PAINEL A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS: Direito Penal	
RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA PENAL DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA José Adriano Machado Souto de Moura (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)	70
PROGRAMA DA CONFERÊNCIA	79
NOTAS BIOGRÁFICAS DOS ORADORES	80

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ArbuR	Arbeit und Recht
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
BTE	<i>Boletim do Trabalho e Emprego</i>
CC	Código Civil
CJ	<i>Coletânea de Jurisprudência</i>
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho (2009)
CT 2003	Código do Trabalho de 2003
DL	Decreto-lei
DR	<i>Diário da República</i>
LF	Lei Fundamental
LPDP	Lei da Proteção de Dados Pessoais
MDE	Mandado de Detenção Europeu
MP	Ministério Público
OIT	Organização Internacional do Trabalho
QL	Questões Laborais
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RE	Tribunal da Relação de Évora
RL	Tribunal da Relação de Lisboa
RLJ	<i>Revista de Legislação e de Jurisprudência</i>
RLx	ver RL
ROA	<i>Revista da Ordem dos Advogados</i>
RP	Tribunal da Relação do Porto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TEP	Tribunal de Execução de Penas
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia



Fernando Negrão

ABERTURA

FERNANDO NEGRÃO

É para mim uma honra promover, em conjunto com o Centro de Estudos Judiciários – que cumprimento, na pessoa do seu diretor, senhor professor doutor Pedro Barbas Homem, e nos docentes e auditores de Justiça aqui presentes –, esta Conferência que se propõe refletir sobre a concretização dos direitos fundamentais pelos tribunais.

Cumprimento igualmente os oradores desta Conferência, cuja participação muito dignifica a Assembleia da República, pela qualidade e experiência que os seus currículos académicos e profissionais emprestarão às diversas sessões do nosso programa.

Falar-se-á hoje e amanhã, nesta Sala do Senado, de direitos fundamentais e na sua concretização pelos “órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (artigo 202.º, n.º 1 da CRP): direitos, liberdades e garantias pessoais como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à integridade pessoal; ou como os direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, incluindo dos trabalhadores; direitos sociais relativos à família e à infância; direitos relativos à tutela penal.

De facto, os direitos fundamentais não existem sem os tribunais.

Os direitos fundamentais nasceram, aliás, por causa dos tribunais. Impressiona, com efeito, que o primeiro direito fundamental tenha sido o *habeas corpus*, nascido com a Magna Carta, como a garantia conferida pela decisão de um tribunal contra uma prisão arbitrária. E hoje ainda, o exercício de um direito fundamental, mesmo consagrado nas páginas de um texto constitucional de um Estado democrático, só tem eficácia, só fica assegurado se um tribunal independente, vinculado apenas à Constituição e à lei, garantir a sua aplicação.

Na verdade, a força vinculativa dos direitos fundamentais depende da sua efetividade e esta depende do funcionamento de um sistema jurisdicional independente, que dê corpo à norma constitucional da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, os chamados “trunfos contra o Estado”.

É que os tribunais não ficam limitados à aplicação da lei sempre que as suas normas se mostrem contrárias aos direitos fundamentais: não só se podem recusar a aplicá-las, como têm o dever de o fazer em conformidade com a Constituição, aplicando diretamente as normas sobre direitos fundamentais, que prevalecem sobre aquelas e às quais têm de dar exequibilidade. Em última análise, também concorrem para a fiscalização concreta da constitucionalidade, ao poderem recusar a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, possibilitando, assim, uma pronúncia do Tribunal Constitucional sobre uma tal decisão.

É importante recordar ainda o papel dos tribunais em períodos históricos de compressão dos direitos fundamentais, em que foram, algumas vezes, verdadeiros órgãos independentes e redutos de defesa dos direitos dos cidadãos.

Como pressuposto da concretização dos direitos fundamentais está, pois, o princípio constitucional da separação e interdependência de poderes, como base do Estado de Direito democrático.

É por isso que é tão significativa a realização, neste Parlamento, da presente Conferência.

Porque o Estado de Direito democrático se baseia também na soberania popular e na organização política democráticas e, portanto, é seu pilar a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses – a Assembleia da República.

Legislador e aplicador da lei concorrem, pois, juntos para a construção e concretização do catálogo de direitos fundamentais.

No Parlamento, é à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, a que presido, que compete o exercício das atribuições legislativa e de fiscalização política nas áreas dos direitos fundamentais e da Justiça, realidades indissociáveis, pois que é à Justiça que cabe, na aplicação do Direito, a realização dos direitos dos cidadãos.

A 1.^a Comissão, como é comumente designada, ocupa-se da tramitação dos processos legislativos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, mas também da legislação relativa ao sistema judicial e à organização dos tribunais, concorrendo, assim, para o papel do Parlamento, em matéria de direitos, de cidadania e de tribunais, que ocorre:

- na definição dos direitos, de que é legislador exclusivo no que toca à sua consagração constitucional;
- na regulação legal do sistema judicial;
- na fiscalização da atividade do governo em matéria de Justiça e de direitos dos cidadãos.

A defesa da cidadania e dos direitos pela Assembleia da República não prejudica, porém, a observância do princípio da separação de poderes, nem substitui o papel dos tribunais enquanto órgão de soberania fundamental na realização dos direitos. É, pois, complementar e não concorrente, nesta matéria, a vocação dos dois órgãos – o legislativo e o judicial – e só numa relação de complementaridade, ou mesmo de solidariedade institucional, a realização desses direitos pode encontrar plenitude, em benefício dos cidadãos.

É nesse espírito que se insere esta iniciativa de reflexão acerca da realização dos direitos dos cidadãos pela Justiça. Os meus votos de que todos, magistrados, legisladores, outros operadores judiciários, cidadãos, possamos colher ensinamentos e exportar conclusões para a prática diária de concretização dos direitos fundamentais.



António Pedro Barbas Homem

ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM

Senhor presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

Senhores deputados

Senhores oradores

Minhas senhoras e meus senhores

Quando, há um ano, se introduziu no Plano de Atividades do Centro de Estudos Judiciários a realização de um colóquio com a Assembleia da República sobre a concretização dos direitos fundamentais pelos tribunais, recebi da parte da presidente da Assembleia da República, Dr.^a Assunção Esteves, caloroso acolhimento – mais tarde reiterado pelo presidente da 1.^a Comissão, Dr. Fernando Negrão, e pela própria Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

Agradeço ao Dr. Fernando Negrão – e, na sua pessoa, aos vice-presidentes e membros da Comissão – o acolhimento desta iniciativa, que é agora uma iniciativa conjunta.

E saúdo os senhores conselheiros, procuradores e professores que intervêm neste colóquio e muito agradeço a sua participação, que nos honra, e cujas comunicações, estou certo, vão marcar uma nova era no estudo destas temáticas.

Em livro, que já é um clássico da cultura jurídica, com o título *Juízes, legisladores e professores. Capítulos de história do Direito Europeu*, Van Caenegem apontou que o desenvolvimento do direito dos estados europeus assentou ou na lei – como em França –, ou no juiz – como na Inglaterra –, ou nos professores – como na Alemanha.

O peso do Direito Internacional, dos direitos fundamentais e do constitucionalismo contemporâneo, ao lado do processo de integração das ordens jurídicas europeias e do processo de globalização económico, social e cultural têm vindo a alterar radicalmente este estado de coisas.

Já se escreveu que, antigamente, se os direitos fundamentais valiam apenas quando estivessem previstos em lei, hoje, as leis só valem quando respeitarem os direitos fundamentais.

A metodologia jurídica está assim alicerçada numa filosofia de concretização dos direitos previstos nas Constituições e outras leis e no Direito Internacional. As tarefas hermenêuticas são ampliadas por novas exigências, da interpretação das leis conforme à

Constituição, à aplicação de princípios jurídicos, à ponderação das consequências das decisões, tarefas que são um desafio para o legislador e para os tribunais.

Mas esta tarefa não é apenas uma competência dos Tribunais Constitucionais. É uma tarefa de todos os tribunais. Dizer a "Justiça em nome do povo" é, assim e essencialmente, concretizar os direitos – sob a forma de direitos fundamentais, de direitos de personalidade ou outros.

Efetivamente, é um equívoco centrar a hermenêutica dos direitos numa instituição apenas – o Tribunal Constitucional. Além do mais, os seus poderes de cognição estão muito limitados pela Constituição e pela lei.

Com este colóquio pretende-se chamar a atenção, não apenas para os elementos acima referidos, mas para a importância dos tribunais comuns na concretização dos direitos. Especialmente, pretende-se chamar a atenção para a importância da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – em regra a última instância em matérias cíveis e criminais.

A Constituição de 1976 não consagra apenas o princípio da separação de poderes: consagra também o princípio da interdependência desses poderes. Ora, o núcleo essencial destas tarefas, em que os órgãos de soberania são interdependentes, é constituído precisamente pelas tarefas de realização de um Estado de Direitos fundamentais – uma tarefa para o legislador, para os tribunais e para a administração.

É também isto que o Centro de Estudos Judiciários quis trazer ao Parlamento – casa comum da democracia.

As perceções sociais sobre a confiança na Justiça – frequentemente injustas para a atividade dos tribunais – vão merecer a maior atenção. Divulgar, como aqui fazemos, o papel da jurisprudência portuguesa, acredito, contribuirá para fortalecer a confiança na Justiça e nas instituições democráticas.

Ao longo do ano letivo 2013-2014, estas ideias terão diversos desenvolvimentos na atividade do Centro de Estudos Judiciários.

Vai manter-se, como metodologia de organização de ações de formação contínua, a apresentação de dossiês na Página do CEJ, que acompanham os programas e contêm a jurisprudência relevante e pertinente dos tribunais superiores portugueses (Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal Administrativo) e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Vamos publicar um conjunto de comentários e jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal de Justiça, segundo uma nova metodologia de análise e sumário de jurisprudência. Interessa-nos iniciar um novo método que faça luz aos factos de cada causa e às exigências internas de Justiça.

Vamos iniciar um grande projeto de investigação sobre os danos não patrimoniais na jurisprudência portuguesa, investigação que será levada a cabo em colaboração com a Fundação Francisco Manuel dos Santos. Pretende-se, numa matéria conexa com a que hoje nos convoca, precisar os critérios das indemnizações por violação de direitos e os montantes decretados pelos tribunais.

São estes os elementos que quisemos vir trazer ao Parlamento. É necessário o diálogo entre legisladores, juizes e professores, sem embargo da independência dos poderes de soberania, para o aprofundamento quotidiano do Estado de Direito.

Agradeço, assim, a todos os oradores deste colóquio e, na pessoa do Dr. Fernando Negrão, à Assembleia da República, pela oportunidade de um diálogo, certamente frutuoso para todos.

Muito obrigado!

I PAINEL
A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS:
Direito Privado

DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE
E À INTEGRIDADE PESSOAL NA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



João Pires da Rosa

DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, LIBERDADE DE EMPRESA E INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOÃO PIRES DA ROSA

Na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça selecionada pelo CEJ para a presente comunicação – jurisprudência sobre a qual, e apenas sobre a qual, me debruçarei – está indicado um acórdão cuja paternidade me vem atribuída, datado de 10 de janeiro de 2008, com a indicação “padaria”.

Confesso que já me não recordava do assunto e confesso também – foi-me até difícil encontrar este “estabelecimento”, aliás com um nome altamente sugestivo – PÃO QUENTE E PASTELARIA, LDA.

Mas, com o motor de busca “padeiro/pasteleiro” lá consegui entrar no acórdão desta padaria, não de tipo tradicional (dessas já não há), mas de uma padaria do novo tipo, como se vê, do tipo “pão quentinho” ou “pão quente” ou “padaria/pastelaria”, que um pouco por todo o país nasceram, sobretudo com o regresso à terra de muitos emigrantes na Venezuela, que se instalaram em cidades, vilas e aldeias, as mais das vezes em zonas habitacionais e em prédios de habitação.

Curiosamente, lembrava perfeitamente uma outra “padaria”, dos tempos em que era desembargador na Relação de Coimbra, desse mesmo tipo mas com um outro nome – INDÚSTRIA DE PANIFICAÇÃO E PASTELARIA, LDA, com acórdão datado de 13 de fevereiro de 2001, no Proc. n.º 1906/2000.

Em 2008 como em 2001, todavia o mesmo tipo de problemas, a mesma controvérsia multifacetada:

Por favor, deixem-me trabalhar!

Por favor, deixem trabalhar quem dá trabalho a muitos pais de família!

Tenho todas as licenças camarárias para o meu estabelecimento – como podem querer fechá-lo?!

No reverso.

Eu sou condómino, respeitem ao menos as leis do condomínio!

Eu sou vizinho, deixem-me respirar!

Deixem-me descansar, deixem-me dormir, deixem-me sair à rua tranquilamente!

Que tenho eu a ver com a licença concedida? O licenciador é que não mora aqui!

Não deixem depauperar o ambiente!

Que vale a vida sem qualidade de vida?

Duas padarias, apenas duas padarias, dois momentos não tão distantes como isso mas suficientemente afastados para se perceber que os conflitos se renovam no tempo, e é o suficiente para se perceber como as questões que nos ocupam podem (e devem) ser vistas em vários planos diferentes mas que, no centro, no que é verdadeiramente fundamental, está o homem e a sua integridade pessoal.

O que é fundamental é fundamental, passe o pleonasma. E quando se trata de definir e fazer respeitar o que é fundamental, são sempre os tribunais a dizer a última palavra. E mais – é sempre o homem, este homem que vive numa república democraticamente organizada, “empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e democrática” (artigo 1.º da Constituição) a esperar e a exigir que essa última palavra seja a dos órgãos de soberania aos quais compete “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados” (artigo 202.º da Constituição).

E é neles, e só neles, e na sua garantida independência (artigo 203.º), que o homem faz repousar a confiança e a serenidade que lhe permitem viver o dia a dia sem receio de atropelos que perturbem os seus direitos fundamentais.

Então o caminho é só um – perante a invocação de que um qualquer direito fundamental está a ser ou está em vias de ser atingido e a descrição da factualidade que sustenta essa invocação, todos os caminhos de aferição da existência do direito, do respeito que lhe é devido, da afronta que alegadamente lhe está ou possa vir a ser feita, da prevenção da ofensa que aí vem e pode ainda ser evitada ou da reparação do dano provocado são possíveis. E nada, nenhum obstáculo ou cancela que se tenha interposto no trajeto até ao homem, ao homem concreto, que sofre ou diz que sofre, pode impedir ou obstar ao último juízo, que só aos tribunais compete e que só dos tribunais é confiadamente esperado.

“Os tribunais – como se escreveu no acórdão STJ de 07.04.2011 (Lopes do Rego) em www.dgsi.pt – constituem a última linha de defesa daquele direito fundamental de personalidade, sempre que o mesmo não tenha sido devidamente acutelado pela atividade regulamentar ou de polícia da administração, em nada obstando à tutela prioritária do direito fundamental lesado a mera circunstância de ter ocorrido licenciamento administrativo da atividade lesiva ou os níveis de ruído – era de ruído que, no caso, se tratava – pericialmente verificados não ultrapassarem os padrões técnicos regulamentarmente definidos.”

É isso:

No caminho do respeito e da defesa de um direito fundamental de personalidade a administração é apenas uma circunstância!!!

Por isso gostei de escrever, eu próprio, como escrevi no acórdão da Relação de Coimbra, que já referi e relatei – “que os réus tenham obtido uma autorização camarária para laborar é – no que nos diz respeito – questão insignificante, no sentido de que pode ter vários significados, até mesmo o de que nem sempre as Câmaras Municipais defendem, como lhes compete, os direitos dos cidadãos”.

Não é porque a administração não defende, como deve, os direitos fundamentais dos cidadãos, muito menos não é porque a administração se conduz por forma a que esses direitos sejam desrespeitados, que os seus titulares não podem agir nos tribunais em defesa desses mesmos direitos.

Não apenas nos tribunais administrativos colocando entraves a decisões atentatórias deles, mas, desde logo, nos tribunais comuns, quando – passe a expressão – a questão se civilizou.

Como escrevi também no acórdão já mencionado “ou porque o Estado não foi suficientemente cuidadoso na prossecução dessa política – no caso, a política de prevenção do ruído tal como resultava do Regulamento Geral sobre o Ruído, do DL n.º 251/87, de 24 de junho, ou porque os administrados conseguiram iludir o dever de vigilância da administração, o que acontece é que situação veio a ter incidência concreta na relação direta entre cidadãos, entre vizinhos; ela veio intrometer-se nas relações de vizinhança”.

Ela civilizou-se, localizou-se no estrito domínio do Direito Civil, do Direito Privado, e nesse plano pode buscar-se e encontrar-se a solução.

E é possível descobri-la em tantos domínios do Direito Civil!

No regime jurídico da propriedade horizontal, por exemplo, reconduzindo cada titular de cada uma das frações do prédio, ou o seu fruidor, à “horizontalidade definida no respetivo título de constituição” – ver o acórdão da Relação de Coimbra de 20 de outubro de

1998, CJ, T4, p. 39 – e às “limitações ao exercício dos direitos” de cada condómino definidas no artigo 1422.º do Código Civil, designadamente – porque é aquela com que mais repetidamente nos confrontamos – a da alínea c) do n.º 2: é especialmente vedado aos condóminos dar-lhe à fração uso diverso do fim a que é destinada.

Assim, fazendo-o respeitar essa horizontalidade, proteger direitos tão fundamentais como o direito ao sono, o direito ao repouso, o direito a um ambiente sadio e respirável, por exemplo.

E, aqui, neste concreto domínio, gostava de reproduzir e reafirmar o que já escrevi antes – acórdão do STJ de 4 de dezembro de 2008, no Proc. n.º 08B1350, *in* www.dgsi.pt:

“Quem adquire alguma fração em propriedade horizontal tem o direito de saber até onde vão os seus direitos, enquanto condómino, no confronto com os direitos dos demais condóminos.

E deve haver um rigor extremo na definição dos direitos de cada qual, e na articulação de todos entre si, pois que um conceito alargado do que cada um possa fazer é meio caminho andado para que todos perturbem todos.

Quando todos têm de viver juntos. Dia a dia, hora a hora. É preciso não olvidar que o reconhecimento de um direito, qualquer que ele seja, a um dos condóminos, é caminho aberto para a exigência de reciprocidade do reconhecimento de igual direito aos outros.”

Pois é! A panificação não é comércio, é indústria; fazer o pão não é o mesmo que vender o pão.

Então, não pode o dono de uma fração destinada ao comércio permitir-se instalar nela o próprio fabrico do pão que quer vender.

Pode parecer a mesma coisa – e na lógica das hodiernas padarias “pão quentinho” será a mesma coisa.

Só que não é a mesma coisa para quem vive nas frações habitacionais do mesmo prédio e “não pode abrir as janelas da sua habitação sem que um cheiro intenso a pão, bolos e óleos provenientes da laboração invada a sua fração, causando sensações de mau estar [*sic*] e enjoo e que essa habitação seja invadida por fumos e fuligens, provenientes da laboração da padaria, que impedem o arejamento da habitação. E quando é constante, é perfeitamente audível na habitação, o arrastar de elementos como mesas e cadeiras, pancadas secas, quedas de objetos, arrastar de tabuleiros e cestos de pão e o ruído de uma bateadeira, do raspar de tabuleiros, o constante bater e chiadeira das portas, a qualquer hora do dia e da noite, o que perturba o sono e descanso”.

O que tudo provoca – em quem tem o direito à saúde – “doenças do foro psicológico e neurológico, tais como cefaleias, insónias, ansiedade, palpitações e irritabilidade”.

É possível garantir o direito à saúde, ao sono, ao descanso, a um ambiente saudável de quem habita uma fração, fazendo com que o fruído de uma outra fração se reconduza à horizontalidade matricial do prédio do qual fazem parte as duas frações.

Mas se tal não fosse possível, era possível, desejável e exigível caminhar um outro caminho.

Por exemplo, o das relações de vizinhança, com o artigo 1346.º do Código Civil a estabelecer que “o proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruído provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanem”.

Das regras de vizinhança.

E nas regras de vizinhança, de boa vizinhança, se poderia encontrar ou o prejuízo substancial do imóvel atingido – com o julgador a fazer um exercício, equilibrado no espaço, do que seja a vizinhança, em função do tipo de agressão – ou, como no exemplo que vimos, relatando a utilização anormal do prédio produtor de cheiros e ruídos. Porque – já se disse – normal seria o comércio, não a indústria.

Regras de vizinhança. De *l'environnement*, como dizem os franceses, que, curiosamente, batizaram também o direito do ambiente com a ‘mesmíssima’ palavra – *le droit de l'environnement*.

Também aqui, no nosso caso, a Lei de Bases do Ambiente (lei n.º 11/87, de 7 de abril) podia ser chamada a dirimir a questão, precisamente no mesmo sentido.

Aí, nela, se descobriria “o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado (artigo 66.º da Constituição da República Portuguesa), de um ambiente propício à saúde e ao bem-estar das pessoas (que é um dos fatores integrantes da chamada qualidade de vida – e não há direito à vida sem direito a uma vida de qualidade!), o direito dos cidadãos diretamente ameaçados ou lesados nesse seu direito poderem pedir, nos termos gerais, a cessação das causas de violência e a respetiva indemnização.

Tudo para concluir:

Que os direitos fundamentais de alguém, de qualquer pessoa, *maxime* o direito à vida e à integridade pessoal possam ser defendidos, por exemplo, através da invocação de um ramo do Direito que privilegie e defenda o ambiente – *environnement* – como forma de garantir a qualidade de vida dos cidadãos em geral;

ou que sejam defendidos pela invocação de normas mais apertadas de Direito Civil como sejam as que regulam as relações de vizinhança – *environnement* –, *maxime* as contidas no artigo 1346.º do Código Civil;

pouco importa – o que importa é fazer cessar ruídos, cheiros, fumos, fuligens e calores que estão a atingir a qualidade de vida de alguém e de sua família, que estes, por uma ou outra das razões, ou por ambas, não têm de suportar.

Veja-se a *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (RLJ), Ano 84.º, p. 237, citada a p. 931, do CPC Anotado por Abílio Neto, 15.ª edição, para entender que “o Tribunal de 1.ª, de 2.ª instância ou de revista há de manter-se dentro da órbita traçada pela causa de pedir, cingindo-se ao ato ou facto jurídico que serve de fundamento à ação; mas dentro dessa órbita há liberdade de movimentos, no que diz respeito à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito”.

O que é essencial na definição do que é a causa de pedir é tão só e apenas a descrição da factualidade que constitui a agressão ao direito fundamental de quem se acolhe ao Tribunal para ver prevenida, ou evitada, ou corrigida, ou reparada essa agressão; o caminho para chegar ao resultado pretendido – eliminar a ofensa e reparar o dano – é já no domínio do Direito que se situa, e aí o Tribunal tem toda a liberdade de atuação.

Se o Tribunal encontra uma pessoa e encontra um direito fundamental dessa pessoa que está prestes a ser violado ou que está a ser violado, que precisa de ser repostos com a cessação da agressão (ou a agressão provocou mesmo um dano que tem de ser reparado), então é livre para escolher o plano no qual se vai movimentar para fazer respeitar esse direito fundamental.

E é sempre a pessoa, e o respeito constitucional pela pessoa, pela pessoa concreta, que deve orientar o Tribunal da sua decisão.

É por isso que, no acórdão do STJ de 22 de outubro de 1998, no Proc. n.º 97B1024 (Noronha Nascimento), um dos acórdãos selecionados, quando em 2.ª instância se determinara o encerramento de um campo de tiro aos pratos “nas noites de sexta-feira para sábado em que leva a cabo a sua atividade – a não o fazer para além das 24h00 e a abster-se (em toda a sua atividade) de invadir a propriedade dos autores incluindo o respetivo espaço aéreo) com pratos e estilhaços ...”, com base na consideração das leis do ruído (DL n.º 251/87, de 24 de junho, com a alteração do DL n.º 292/89, de 8 de setembro), se entendeu que “fora de tudo isto fora da fixação regulamentar e administrativa do espetáculo ou diversão ficam as eventuais ofensas aos direitos de cada um que o espetáculo permitido possa provocar”. E não se hesitou: condenou-se a ré a cessar definitivamente a atividade de tiro aos pratos que desenvolvia nas suas instalações.

A pessoa sempre, o direito fundamental da pessoa à sua integridade pessoal, moral e física, sempre em primeiro.

Daí também que se não possa ser excessivamente rigorista na distinção entre o que seja facto e direito, ou mesmo entre o que seja facto e conclusão.

Quando se olha para o questionário, ou para a base instrutória, ou para o que quer que se lhe chame no novo Código do Processo Civil, não pode o Tribunal, que deve buscar a substância e não a forma, esconder-se, ou refugiar-se, ou permitir que uma das partes se esconda ou refugie, atrás de um rigorismo regulamentar ou administrativo para dizer que isto já não é facto é direito, ou já não é facto é juízo conclusivo, quando a vida – a vida vivida – não é dada a preciosismos desse tipo e é perfeitamente entendível o que se quer dizer quando se diz que um determinado ruído é tão elevado que não nos deixa dormir, ou que um determinado cheiro é tão intenso que nos faz morrer de enjoo, ou que um determinado som nos faz vir à imagem cenas dolorosamente martirizantes, ou que um determinado prédio não está preparado para suportar uma determinada atividade sem o desrespeito pela tranquilidade dos vizinhos.

Por isso é que se aceitou, sem reboço, no acórdão de 19 de abril de 2012, no Proc. n.º 3920/07 (Álvaro Rodrigues), como puro facto, o facto de “os aparelhos de som e a respetiva música produzirem um ruído elevado”;

é por isso que no meu acórdão no Proc. n.º 1906/00, da Relação de Coimbra, pude escrever, com toda a tranquilidade, que “considerar que o equipamento (batedeiras, amassadores, máquinas de corte e um monta-cargas) não é adequado a funcionar no rés do chão de prédio destinado a habitação e sempre que entra em funcionamento faz vibrar o prédio” não é necessariamente matéria conclusiva. Pode ser a constatação, por quem tem de viver num prédio de habitação, de uma desadequação entre a tranquilidade exigida a um tal prédio e o funcionamento desta ou daquela máquina, deste ou daquele equipamento;

por isso é que, como também já escrevi para uso das frações de um certo condomínio, que é muitas vezes a própria personalidade física do prédio que induz a correta interpretação da sua horizontalidade – pois se o próprio fruidor de uma determinado fração nos diz que para instalar a sua padaria/pastelaria “pão quentinho” teve ou tem de fazer várias condutas de ar para o exterior, como pode deixar de entender-se que o destino “comércio” é apenas e só comércio, se é o próprio prédio a dizer-nos que não está fisicamente preparado para a indústria da panificação?!

No confronto, no conflito – reafirmemo-lo agora – entre direitos fundamentais como são o direito à vida (à vida com qualidade) e os direitos de personalidade, como sejam o direito à integridade moral e física, com todos os direitos que neles se incluem, como o direito à saúde, o direito ao sono, ao descanso, o direito a uma qualidade de vida equilibrada e ecologicamente sadia (artigos 24.º, 25.º, 64.º e 66.º da Constituição, “civilizados” até nos artigos 70.º e 81.º do Código Civil) e direitos de conteúdo económico, como sejam o direito de propriedade, de iniciativa privada, de liberdade empresarial, é sempre o direito da pessoa na sua integridade total que prevalece.

São direitos de espécie diferente e pode encontrar-se até a solução no domínio do Direito Privado – artigos 335.º do Código Civil. Mas é sempre a Constituição o último e definitivo olhar sobre a existência do Direito e a sua própria extensão.

Nenhuma lei comum (que a Constituição expressamente não admita) há de limitar ou reduzir a extensão do Direito a defender se a consideração constitucional do direito à integridade pessoal exigir uma definição mais alargada desse direito.

No conflito entre este e a liberdade de empresa é preciso não perder nunca de vista que economia, propriedade, iniciativa privada, liberdade empresarial devem estar ao serviço dos cidadãos, devem respeitar-se e potenciar-se, mas sempre no respeito e no interesse dos cidadãos, e não o contrário.

Veja-se, mesmo no domínio do Direito Civil: toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública e, se for legal, é sempre revogável.

A própria vontade da pessoa não pode ser respeitada quando princípios fundamentais da sua própria personalidade estão em causa.

Então, diremos: a economia ao serviço da pessoa e não a pessoa ao serviço da economia.

É por isso que a ideia da iniciativa privada ou da liberdade empresarial não pode ser vista de uma forma apertada, compartimentada, digamos, mas tem de ser olhada com olhos de ver, no reflexo do que ela, como um todo, produz no eventual desrespeito de outrem.

Um café, por exemplo, um estabelecimento de diversão noturna, um bar (como no acórdão de 9 de abril de 2012, no Proc. n.º 3920/07) não pode ver considerado o argumento de que a maior parte do ruído provocado – e que perturba o sono e o descanso dos vizinhos – é coisa do exterior do estabelecimento quando ele encerra a altas horas da manhã e, portanto, é uma questão de vigilância e de segurança públicas e não o resultado da sua atividade empresarial.

Seria talvez assim, se tudo se reconduzisse a uma estrita relação entre prédios vizinhos, no domínio do Direito Civil. Mas trata-se de um direito fundamental dos cidadãos, com garantia constitucional. E olhado neste plano não pode deixar de considerar-se o resultado – a ofensa ao direito à saúde dos vizinhos – como consequência do seu exercício empresarial. E ficam em confronto os dois direitos – o direito à livre iniciativa e o mais forte direito à integridade pessoal que prevalece.

Não pode deixar de ser assim – é assim mesmo que o direito de um é afetado pelo direito do outro.

É preciso dizer também que afirmar o direito de propriedade ou o direito à livre iniciativa empresarial contra o direito prevalecente da integridade pessoal e defender a compatibilização entre os dois, com o menor sacrifício daquele para o completo respeito deste, implica uma afirmação sustentada dessa possibilidade de compatibilização.

Não basta uma alegação vaga da possibilidade disso mesmo, não basta mesmo uma alegação para futuro, quando o presente se reconduziu a um “deixar andar”, que foi penalizando dia a dia o sono, a tranquilidade e o descanso de quem mora ao lado. É necessária a alegação e a prova dos factos que sustentem a afirmação, em concreto, da possibilidade de eliminar a agressão, com que atos e com que tempo de execução.

Só assim, com essa alegação e prova, se poderá dizer sustentadamente que o sacrifício de quem quer trabalhar se pode limitar a determinado enquadramento mais limitado, sem prejudicar ou perturbar o direito de outrem.

A proporção e a adequação do sacrifício é ónus da prova de quem quer limitar uma qualquer outra solução que, por mais radical, resolveria o problema com toda a segurança.

A decisão judicial – toda a decisão judicial – tem de ser uma decisão precisa, perfeitamente determinável nas suas variantes e essa determinabilidade, se é restritiva em relação à prevalência absoluta do direito, a quem a pretende limitar compete, alegando e provando que é e como é possível.

Se o que está não respeita a integridade pessoal de quem sofre, então não estará enquanto não houver um novo estar. A decisão judicial ansiada por quem sofre, para defesa dos seus direitos, liberdades e garantias pessoais está protegida – n.º 5 do artigo 20.º da Constituição – “por procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela

efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos". E são frequentes os procedimentos cautelares nessa área, como todos sabemos.

No futuro, no CPC que aí está (através da lei n.º 41/2013, de 26 de junho), teremos a tutela da personalidade como o primeiro dos processos especiais, nos artigos 878.º e seguintes, com a possibilidade do requerimento de "decretamento das providências concretamente adequadas para evitar a ameaça ilícita e direta à personalidade física e moral de ser humano ou a atenuar, ou fazer cessar os efeitos de ofensa já cometida" e com a explícita – n.º 5 do artigo 879.º – possibilidade de "uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo ...".

Importa uma decisão rápida, ainda que provisória, para evitar a ameaça ou a lesão. Uma decisão irrecorrível.

Primeiro previne-se, depois apura-se.

Como se dizia no acórdão de 2 de julho de 1996 (Cardona Ferreira) deste STJ, quando se trata de direitos fundamentais não há "adoença primeiro e protesto depois". O que é preciso é evitar que se adoeça, embora se possa vir a verificar, por vezes, que a vacina, afinal, não era necessária.

A terminar, direi ainda duas coisas mais.

A primeira – e é importante dizê-lo quando se trata do direito à integridade pessoal – é que, como escreve o poeta brasileiro Carlos Drummond de Andrade – "ninguém é igual a ninguém. Todo o ser humano é um estranho ímpar". E essa individualidade tem de ser considerada quando se trata da defesa de direitos fundamentais.

Depois, que se é possível que o interesse público, o reconhecido interesse da comunidade organizada, pode obrigar a uma restrição do direito à integridade pessoal de alguém, esse sacrifício há de ser mínimo, não pode ultrapassar a proporcionalidade do estritamente exigível.

A administração deve conduzir-se, sempre, no respeito pelo carácter fundamental desse direito e se, apesar disso, houver um sacrifício a suportar pelo particular atingido, ele deve ser indemnizado pelo dano sofrido.

Assim se decidi no acórdão do STJ, de 19 de outubro de 2010 (Alves Velho), no Proc. n.º 565/1999. Como, de um modo substancialmente semelhante, se decidi no acórdão deste STJ no Proc. n.º 3059/07 – devem ser indemnizados imediatamente no processo de expropriação os danos ambientais resultantes da obra a que se destina a expropriação, desde que já conhecidos.

O mesmo princípio – o interesse público a não deixar sem reparação o dano provocado no direito do cidadão expropriado. Aquilo que é uma restrição ao seu direito a um ambiente vividamente saudável impõe a reparação do dano que o interesse público lhe exige.

E é tudo.

Basicamente, de como a estória de duas padarias e do desejo matinal do pão quentinho para quem não perdeu a noite no ruído insistente do amassar do pão ou no enjoio do cheiro a pastel de nata – me permitiu dizer a mim, que vivo em prédio de habitação onde está instalada a Padaria/Pastelaria Caracas, de como penso que o STJ vem abordando o direito à integridade pessoal *versus* a liberdade de empresa.



Maria de Fátima da Graça Carvalho

LIBERDADE DE EMPRESA, DIREITOS DE PERSONALIDADE, INTERESSE PÚBLICO (DIMENSÃO EUROPEIA)

MARIA DE FÁTIMA DA GRAÇA CARVALHO

Introdução

Tal como me foi solicitado, irei abordar este tema numa perspetiva europeia, designadamente na perspetiva da intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nestas matérias.

No entanto, começo por dar conta da sensibilização que existe, a nível de várias organizações internacionais, para as questões relacionadas com a atividade das empresas e da sua responsabilidade social em confronto com os direitos do Homem.

Isso expressa-se através da existência de um extenso conjunto de instrumentos não vinculativos, destinados sobretudo às grandes empresas e às multinacionais, com vista, não só ao respeito, mas também à promoção dos direitos do Homem e que visam, em especial, as atividades exercidas em países em desenvolvimento. São, geralmente, identificadas como principais áreas de risco, o trabalho infantil (sobretudo na indústria têxtil), as catástrofes ecológicas, designadamente causadas pela indústria petrolífera, ou os atentados ao respeito da vida privada, designadamente por sociedades de telecomunicações.

Outra chamada de atenção relevante tem sido feita para as atividades que eram tradicionalmente exercidas pelos Estados e que têm vindo a ser privatizadas, tais como, as atividades de segurança, as prisões, os hospitais e mesmo escolas privadas, atividades que suscitam, frequentemente, questões ligadas ao uso indevido da força ou a maus-tratos e em que se "evaporaram" os mecanismos de controlo que protegiam os direitos do Homem e que, por isso, exigem dos Estados a intensificação da sua função de garante do respeito desses direitos.

No panorama internacional, constitui referência o estudo elaborado pelo representante especial das Nações Unidas, Prof. John Ruggie, sob o lema "Proteger, respeitar, reparar", baseado numa análise de trezentos e vinte casos de alegadas violações de direitos humanos, ocorridas em diferentes partes do mundo, causadas por empresas, e em que o autor concluiu que a atividade das empresas é suscetível de contender com todos os direitos do Homem consagrados nos instrumentos internacionais.

Esse estudo foi acolhido pelo Conselho dos Direitos do Homem das Nações Unidas, que, em junho de 2011, adotou uma Resolução assente em três pilares (correspondentes ao mesmo lema "Proteger, respeitar, reparar"): 1) o dever de os Estados protegerem os cidadãos contra todos os atentados aos direitos do Homem cometidos por empresas multinacionais e outras conexas; 2) a responsabilidade destas empresas no sentido de respeitarem os direitos do Homem; 3) a necessidade de ser assegurado às vítimas de eventuais violações desses direitos o recurso a meios jurisdicionais ou outros, com vista a uma reparação efetiva.

Esses princípios têm servido de inspiração a outras organizações internacionais, que adotaram também declarações ou recomendações nesta matéria.

Destacam-se, também, os Princípios Diretores da OCDE, relativos a multinacionais, adotados em 1976 e sucessivamente atualizados, que incidem, designadamente, sobre a ética nos negócios, o contributo das empresas para o desenvolvimento das comunidades locais, as medidas contra a corrupção, a proteção do ambiente e o respeito pelos direitos humanos. Nesta parte, recomenda-se às empresas que se abstenham de causar ofensas a esses direitos, através da sua atividade e que, se tal acontecer, procedam a uma reparação adequada das vítimas.

Além disso, no que respeita, mais especificamente, às condições de trabalho, existem as Declarações de Princípios da OIT¹ e, ainda, mais especificamente, sobre trabalho infantil e outras formas de exploração de crianças, os princípios elencados pela UNICEF, em 2012, com o título "Os direitos das crianças e os princípios que regem as empresas"².

No âmbito do Conselho da Europa, a Assembleia Parlamentar aprovou, em 2010, uma Recomendação destinada aos Estados-membros, intitulada "Direitos do Homem e empresas", em que recomenda que os investimentos públicos sejam feitos com ética, que os Estados se recusem a negociar e a contratar com empresas que cometem abusos em matéria de direitos humanos, que exerçam um especial controlo, sobretudo quando são executados contratos públicos ou quando são exercidas atividades que eram tradicionalmente exercidas pelos próprios Estados, e, de um modo geral, que aprovelem leis que protejam os cidadãos dos abusos e violações cometidos pelas empresas.

Uma outra Recomendação da Assembleia Parlamentar (de 2009) sobre "Empresas privadas com vocação militar ou de segurança e erosão do monopólio estatal de recurso à força", respeita, ainda, ao risco de conflitos potenciais em áreas como a privatização de prisões e de centros de detenção de imigrantes ou de colocação de requerentes de asilo, bem como a utilização de empresas privadas de vocação militar ou de segurança, designadamente no Iraque e no Afeganistão.

Todos estes instrumentos internacionais assentam na ideia fundamental de que as empresas devem colaborar com os Estados na proteção dos direitos do Homem.

Sistema europeu de controlo jurisdicional

Passando agora ao sistema de controlo jurisdicional, constata-se que, tanto na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), como na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) diversos acórdãos analisam casos de conflito entre o exercício de uma atividade empresarial ou económica (ou de uma liberdade económica) e os direitos que relevam da dimensão dos direitos do Homem, ou seja, da dignidade da pessoa humana.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)

Na referência ao mecanismo jurisdicional previsto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem – o TEDH – há que ter presentes, à partida, algumas considerações (que poderão ser também percecionadas como limitações) acerca do modo de tratamento das queixas por este Tribunal.

1. No âmbito da Convenção Europeia, os destinatários da obrigação de cumprimento e garantia dos direitos do Homem nela consagrados são os Estados e os seus órgãos e agentes, e não os sujeitos privados, designadamente as empresas. Assim, uma queixa dirigida ao TEDH por violação de um direito consagrado na Convenção devido a uma atividade desenvolvida por uma empresa, sendo a violação imputada a essa mesma empresa, não será admissível *ratione personae*; não existe, pois, uma sindicabilidade direta dos atos ou omissões das empresas que ofendam tais direitos;

2. Apenas excecionalmente este meio pode ser utilizado relativamente a factos ocorridos fora do território dos Estados-membros (o artigo 1.º da Convenção exige um elo de dependência jurisdicional entre a vítima e o Estado requerido, e a Convenção acolhe uma conceção territorial dessa jurisdição)³;

3. A queixa perante o TEDH só pode ser apresentada após esgotados os meios de recurso internos existentes, que sejam considerados efetivos, pelo que a apreciação do TEDH incide frequentemente sobre uma apreciação já efetuada pelas instâncias judiciais internas. Se o TEDH decidir em sentido diferente, isso não determina a revogação ou anulação da decisão interna; no entanto, os Estados estão vinculados ao cumprimento do acórdão do TEDH e, no sistema processual português – processual civil e processual penal – a inconciliabilidade entre a decisão interna e a decisão do TEDH pode constituir fundamento para a interposição de um recurso de revisão da sentença interna.

O Tribunal tem apreciado, contudo, situações em que cidadãos ou organizações não-governamentais se queixam da violação de direitos consagrados na Convenção, originada pela atividade exercida por uma atividade empresarial ou económica, mesmo que levada a cabo por entidades privadas; mas fá-lo, sempre, na perspetiva da responsabilidade do Estado.

E a responsabilidade do Estado tanto pode decorrer de uma ingerência indevida no direito do queixoso, como no incumprimento ou deficiente cumprimento do dever de proteger e garantir a efetividade desse direito (quer não adotando as medidas positivas necessárias para a garantir, quer permitindo que terceiros se imiscuem nesse direito).

O Tribunal pondera se as medidas adotadas (sejam elas legislativas, administrativas, materiais, jurisdicionais) são adequadas e suficientes face ao interesse individual a proteger.

E reconhece que, nessa ponderação de interesses, bem como na escolha dos meios para prosseguirem as suas obrigações, os Estados dispõem de uma margem de apreciação.

A teoria da *margem de apreciação* (construída pela jurisprudência mas que, nos termos do Protocolo n.º 15 à Convenção, já assinado por Portugal, irá ser inscrita no preâmbulo da Convenção) decorre do princípio da subsidiariedade, em que assenta este mecanismo de controlo jurisdicional, e reconhece que os Estados estão melhor colocados para escolherem os meios de cumprimento das suas obrigações que decorrem da Convenção, com respeito pelos princípios básicos e sob controlo do TEDH.

A maioria dos casos encontrados na jurisprudência do TEDH, em que se coloca o conflito entre o exercício da atividade empresarial e económica e os direitos humanos consagrados na Convenção Europeia, tem sido analisada no âmbito da proteção do direito à vida privada e familiar, em particular do respeito ao gozo do domicílio (artigo 8.º). Factualmente, consistem, sobretudo, em atentados ambientais (ruído, poluição, cheiros); também, embora com menos frequência, alguns casos foram analisados no âmbito do direito à vida ainda em resultado de atentados ambientais, da utilização de determinados produtos tóxicos ou de práticas perigosas; por vezes, alguns casos foram analisados no âmbito da liberdade de expressão (artigo 10.º).

Alguns autores referem mesmo que o artigo 8.º, em torno do direito ao respeito do domicílio, tornou-se, na jurisprudência do TEDH, "uma espécie de estatuto jurídico dos direitos do Homem quanto ao ambiente".

O artigo 8.º "Direito ao respeito da vida privada e familiar" – é uma das normas da Convenção, cuja estrutura comporta, no n.º 1, a enunciação do direito⁴, e, no n.º 2, estabelece os casos e condições em que, excecionalmente, poderá haver ingerência das autoridades públicas no exercício desse direito. A ingerência tem de estar prevista na lei; tem de ser necessária numa sociedade democrática, enquanto providência para assegurar determinados fins previstos na norma, entre eles, o bem-estar económico, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros⁵.

O TEDH procede, pois, a um controlo em três etapas: se houve ingerência; se estava prevista na lei; e se era necessária numa sociedade democrática, remetendo aqui para um juízo de proporcionalidade, no sentido da ponderação sobre se a ingerência do Estado no direito consagrado foi excessiva face ao interesse geral prosseguido.

Casos (TEDH)

Como exemplos de abordagem no âmbito do artigo 8.º, começamos por destacar dois casos referentes a explorações de minas de ouro com utilização de cianeto de sódio para provocar explosões; os queixosos, moradores nas imediações, queixavam-se, não só da poluição sonora, como também dos perigos ambientais que resultavam da utilização daquele produto, com contaminação de águas, da atmosfera, da fauna e da flora (*Taskin c. Turquia*, de 10.2.2004, e *Tatar c. Roménia*, de 27.01.2009).

O caso romeno era mais grave, visto que tinha ocorrido um acidente e tinham sido libertadas águas contendo cianeto que percorreram muitos quilómetros; no entanto, a exploração continuou e com a mesma tecnologia e produtos.

Foi também diferente a forma como os tribunais nacionais trataram a questão internamente. No caso turco, os tribunais administrativos suspenderam, num primeiro momento, e anularam, depois, o despacho que tinha autorizado o funcionamento da mina,

considerando que o mesmo não servia o interesse público; porém, essa decisão judicial interna não foi desde logo acatada e, durante dez meses, a mina continuou ainda a funcionar e passados dois ou três anos voltou outra vez a laborar. No caso contra a Roménia, apesar de vários processos judiciais e recursos movidos internamente, os requerentes nunca obtiveram provimento.

Como referimos, o Tribunal Europeu apreciou ambos os casos no âmbito do artigo 8.º da Convenção, considerando que a poluição ambiental atenta contra o bem-estar e o gozo do domicílio, afetando a vida privada e familiar, mesmo nos casos em que não afete seriamente a saúde.

No caso da queixa contra a Turquia, embora a forma como a questão tinha sido decidida pelos tribunais internos, do ponto de vista do mérito, não tivesse merecido reparo do Tribunal Europeu, já do ponto de vista das garantias procedimentais – uma vez que a decisão dos tribunais não foi desde logo acatada pelas autoridades administrativas e ainda, porque, passados dois ou três anos, o governo voltou a autorizar o funcionamento da mina (“retirando qualquer efeito útil às garantias de processo dadas aos requerentes”) – o Tribunal Europeu concluiu que o artigo 8.º tinha sido violado.

Na queixa contra a Roménia, o Tribunal considerou que, não obstante a Constituição romena consagrar o direito ao ambiente, as autoridades tinham falhado no dever de precaução dos riscos e perigos existentes, designadamente depois da ocorrência do acidente, bem como na adoção das medidas adequadas a prevenir esses riscos; por outro lado, tinham também falhado numa outra obrigação positiva, que consistia no dever de informação (através de debates e esclarecimento do público acerca dos possíveis efeitos da atividade industrial desenvolvida), já que não tinham dado conhecimento das conclusões do estudo em que a autorização se tinha fundado e não esclareceram sobre as consequências passadas, presentes e futuras do acidente ocorrido e dos cuidados que a população devia adotar, designadamente face ao risco de ocorrência de um outro acidente ecológico, já que a atividade prosseguiu.

O Tribunal definiu, pois, uma obrigação positiva procedimental, que consiste em o Estado dever divulgar ao público informação durante o processo decisório em matéria de ambiente⁶.

Assim, considerou que o Estado romeno não tinha cumprido as obrigações positivas que sobre ele recaíam, de garantir o respeito da vida privada e familiar dos requerentes, gozando do domicílio e, mais genericamente, de um ambiente saudável.

Também no caso *Fadeyeva contra Rússia* (09.06.2005), referente ao funcionamento de uma siderurgia perto da casa da requerente, que libertava substâncias tóxicas prejudiciais à saúde e bem-estar dos habitantes, e apesar de o governo russo ter reconhecido o elevado grau de toxicidade do local e a percentagem elevada de doenças dos habitantes e de ter aprovado um programa (que passava pela adoção de medidas para redução da concentração de substâncias tóxicas, pela redefinição da zona de segurança sanitária já existente, e pela afetação de fundos para realojamento noutra local das pessoas que continuavam a viver dentro dessa zona), o Tribunal concluiu que o Estado falhara no justo equilíbrio entre os interesses da comunidade e o efetivo gozo, pela requerente, do direito ao respeito do seu domicílio e da sua vida privada, violando o artigo 8.º.

O Tribunal reconheceu que, embora tivesse havido nos últimos vinte anos, melhorias relevantes na redução dos níveis de poluição, o processo fora contudo muito lento, com avanços e recuos, e considerou que, não obstante a margem de apreciação de que dispunha, o governo russo não providenciara, na prática, uma solução para quem era obrigado a viver numa zona onde fora autorizada o funcionamento da siderurgia e não conseguira também reduzir os níveis de poluição para níveis aceitáveis.

O Tribunal considerou que as garantias que a lei russa (tal como interpretada pelos tribunais internos) dava à requerente para ser realojada – a requerente fora incluída numa lista geral para realojamento onde tinha o n.º 6820 – não lhe conferiam qualquer esperança realista. Assim, não havia uma esperança para aqueles que estavam diariamente a ser atingidos pela poluição de serem removidos desse ambiente.

Ainda no conhecido caso *Lopes Ostra contra Espanha* (09.12.2004) – referente ao funcionamento de uma estação de tratamento de águas junto da residência da requerente, libertando gases e odores pestilentos, e que continuou a laborar, mesmo depois de uma ação administrativa ter determinado o seu encerramento – o Tribunal considerou que as autoridades tinham agido tardiamente e não permitiram, devido ao recurso que interpuseram, a imediata execução da decisão de encerramento.

Concluiu que, apesar da margem de apreciação do Estado, este não tinha conseguido o justo equilíbrio entre o bem-estar económico da cidade de Lorca e o direito do requerente ao gozo do seu domicílio e vida privada e familiar e, mais uma vez, declarou violado o artigo 8.º da Convenção.

Diversamente, no caso *Fagerskiold c. Suécia* (decisão de 28.02.2008), referente aos efeitos do funcionamento de uma turbina de vento para captação de energia eólica junto do local onde os requerentes tinham uma segunda residência, de campo, o TEDH considerou que os níveis de ruído e a perturbação causada, embora excedessem um pouco os limites máximos recomendados na Suécia,

eram ainda toleráveis (segundo as autoridades e tribunais internos que tinham visitado o local) e não assumiam uma gravidade que afetasse seriamente a vida privada e familiar, ou mesmo o gozo da propriedade (já que os requerentes invocavam também violação do direito de propriedade consagrado no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 adicional à Convenção).

Considerou, assim, o Tribunal que a alegada interferência no Direito era proporcional ao objetivo visado, atento o interesse da coletividade na captação de energia renovável, e declarou inadmissível a queixa, enunciando a doutrina do "mínimo de gravidade" nos atentados ambientais.

No âmbito do direito à vida (artigo 2.º, quer na dimensão substantiva, quer na dimensão procedimental⁷ que a norma comporta), destaca-se o caso *Oneryildiz c. Turquia* (acórdão da Grande Chambre de 30.01.2004).

A factualidade respeitava à descarga de lixo domésticos provenientes de vários municípios e sob responsabilidade da autoridade metropolitana de Istambul, numa zona onde inicialmente não havia habitações mas que, pouco a pouco, se transformara numa *bidonville*.

A descarga, que começou nos anos 70, deu origem a uma lixeira que, entretanto, ocupava já dezenas de hectares e que não estava provida de qualquer sistema de tratamento dos lixos, representando, assim, um perigo para a saúde de pessoas e animais (tal como foi evidenciado em relatórios técnicos que chamavam a atenção para o risco de explosão provocada pela acumulação de gás metano e que referiam que o funcionamento da lixeira não estava em conformidade com os regulamentos internos e "expunha os seres humanos e animais a toda a espécie de perigos", dando mesmo conta de cerca de 20 doenças contagiosas que podia gerar). O Conselho do Ambiente recomendou a adoção de medidas; no entanto, alguns municípios pediram a anulação do parecer técnico.

Em 1993, ocorreu um acidente provocado pela explosão de gás metano e diversas habitações ficaram soterradas com resíduos, o que provocou a morte de 39 pessoas.

A questão foi analisada no âmbito do direito à vida (artigo 2.º) e a declaração de violação deste direito pelo Estado turco "consumiu" ou tornou desnecessária, do ponto de vista do Tribunal, a análise, em separado, da alegada violação de outras normas, designadamente do artigo 8.º.

O Tribunal sublinhou a obrigação de os Estados se dotarem de um quadro legal e administrativo para controlo das situações que determinam um perigo para as pessoas, de adotarem medidas efetivas, de ordem prática, para protegerem os cidadãos contra os perigos de certas atividades, e de divulgarem a informação adequada.

Relevou, ainda, a circunstância de as autoridades bem conhecerem os perigos da situação, referidos em relatórios técnicos, e de não terem tomado quaisquer medidas, tendo havido mesmo oposição aos pedidos de intervenção.

Analisando os argumentos invocados pelo governo turco (designadamente que as casas eram clandestinas, que havia razões de ordem social e humanitária para tolerar esse tipo de habitação, bem como os elevados encargos que representava a adoção de medidas e as escolhas que o governo tinha de fazer quanto à afetação de recursos), o Tribunal, reconhecendo embora a margem de apreciação dos Estados para definir as políticas sociais, mas, entrando aqui em soluções de ordem técnica (o que geralmente não faz), considerou que a adoção de um determinado sistema de libertação/controlo de gases não seria assim tão onerosa, corresponderia às exigências dos regulamentos internos e refletiria melhor as intenções humanitárias invocadas pelo governo.

O caso *Moreno Gomez c. Espanha* (10.02.2005) permite uma comparação com alguns dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça português selecionados para esta sessão, pois respeita às perturbações causadas pelo funcionamento de bares e discotecas numa zona residencial (de Valença) onde a requerente morava.

As autoridades municipais tinham autorizado a abertura desses estabelecimentos, mas, na sequência de protestos dos moradores devido ao ruído e à degradação do local, decidiram, em 1993, não atribuir novas licenças; no entanto, essa decisão não foi cumprida e novas licenças foram concedidas. Várias perícias realizadas revelaram que eram excedidos os níveis de ruído permitidos e que os horários de funcionamento não eram respeitados. Em janeiro de 1997, o local foi considerado "zona acústica saturada", mas, depois disso, foi concedida nova licença para uma discoteca no prédio onde a requerente vivia, que veio a ser anulada (por decisão de 2001).

Nos processos internos, a requerente não obteve provimento e o Tribunal Constitucional espanhol considerou que não tinha sido provada a existência dos danos e do nexo causal com o ruído (com dois votos discordantes, um deles classificando a decisão de demasiado formalista).

O Tribunal Europeu evidenciou a noção de direito ao respeito do domicílio, "concebido não só como direito ao espaço físico mas também como direito ao gozo com toda a tranquilidade desse espaço", e que os atentados a esse direito podem não ser apenas

materiais e corporais (como a entrada de pessoa não autorizada), mas também imateriais e incorporais, como barulhos, emissões, odores e outras ingerências.

Concluiu aquele Tribunal que "se os atentados forem graves podem privar a pessoa do direito ao respeito do domicílio porque a impedem de o gozar" e que "se o artigo 8.º visa essencialmente proteger o indivíduo de ingerências arbitrárias dos poderes públicos, pode também implicar a adoção, por estes, de medidas que visem o respeito dos direitos garantidos por esse artigo nas relações interindividuais".

No caso, o Tribunal considerou que tinha havido uma passividade das autoridades em fazerem cessar as ofensas de terceiros ao direito da requerente; considerou, ainda, que, exigir (tal como as instâncias internas exigiram) que a requerente demonstrasse a intensidade dos ruídos no seu domicílio, depois de as autoridades terem já classificado a zona como acusticamente saturada, era demasiado formalista e que, apesar de as autoridades terem adotado regulamentação adequada, permitiram, contudo, que a mesma fosse desrespeitada ou desvirtuada, tornando-a ilusória e não efetiva.

Concluiu, assim, pela violação do artigo 8.º, uma vez que "o Estado tinha falhado a sua obrigação positiva de garantir o direito da requerente ao respeito do domicílio e da vida privada".

Por fim, um caso bastante exemplificativo, até porque reflete o debate no seio do próprio Tribunal acerca do equilíbrio entre os interesses individuais e o interesse geral, é o caso *Hatton e Outros c. Reino Unido* (acórdão da Grande Chambre, de 08.07.2003), referente às perturbações causadas pelos voos noturnos, de e a partir do aeroporto de *Heathrow*, sobretudo na qualidade do sono das pessoas que viviam nas imediações.

Este caso deu origem, inicialmente, a um acórdão da Secção do Tribunal (formação de sete juízes), que declarou violado o artigo 8.º e que evidenciou uma "obrigação positiva reforçada", que consistia em o Estado dever efetuar estudos, com extrema precisão, acerca da verdadeira vantagem económica da realização dos voos noturnos e do impacto real no sono dos moradores.

A decisão foi objeto de grande controvérsia, sendo invocado que o Tribunal restringira ao máximo a margem de apreciação do Estado numa matéria – de política geral –, que devia ser ampla, e que sobrevalorizara a proteção individual do ambiente sobre o bem-estar económico do país inteiro.

Pedida a intervenção da Grande Chambre (formação de dezassete juízes), esta veio a concluir no sentido da não violação da norma (embora com votos de vencido que iam, no essencial, no sentido da primeira decisão).

Neste último (e definitivo) acórdão, o Tribunal analisou toda a regulamentação interna (posterior a 1993 e que estabelecia quotas para voos noturnos), os estudos de avaliação do impacto (com divulgação e consulta pública), bem como as diversas medidas que foram sendo adotadas para minorar os danos (tais como, certificação dos níveis de ruído dos aviões, abate dos modelos mais antigos e barulhentos, incentivos e apoios às medidas de isolamento sonoro, escolha de itinerários e técnicas de aterragem e descolagem que produzissem menos ruído, aplicação de taxas aos aeroportos em função do ruído produzido, indemnizações pelas perturbações causadas pelos ruídos) e avaliou o interesse geral na realização de voos noturnos (interesses da economia do país/turismo, comércio, satisfação de necessidades urgentes ou permanentes, viagens de longo curso, etc.).

O acórdão da Grande Chambre reafirmou a jurisprudência do Tribunal no sentido de que, embora a Convenção não consagre o direito a um ambiente saudável, sempre que uma pessoa seja direta e gravemente afetada por ruído ou outra forma de poluição, pode colocar-se uma questão do ponto de vista do artigo 8.º, na medida em que seja posto em causa o gozo do domicílio e afetado o bem-estar, de modo a perturbar a vida pessoal e familiar, ainda que não haja uma incidência grave na saúde.

O Tribunal teve em conta que as perturbações sonoras não eram causadas, diretamente, pelo Estado, mas pelas companhias aéreas. No entanto, considerou que a responsabilidade dos Estados existia, quer fossem eles a criar a poluição, quer decorresse da ausência de regulamentação adequada do exercício de indústria privada. E existia, ainda, quer houvesse omissão de adoção de medidas positivas, quer houvesse uma ingerência indevida.

O Tribunal considerou que os estudos realizados revelavam preocupação no equilíbrio entre os interesses económicos do país e os interesses dos moradores e teve em conta que não tinha havido violação do direito interno, aliás, confirmado pelas jurisdições internas⁸.

Relevou, também, o facto de o governo não aludir apenas aos interesses económicos das empresas de navegação aérea, mas ao interesse económico do país e à competitividade da economia, bem como à circunstância de ser mantido um controlo permanente da situação e de, num dos relatórios, se referir que os efeitos na perturbação sonora eram mínimos e quase negligenciáveis; referiu, ainda, que o argumento da possibilidade de os requerentes poderem mudar o local de residência, sem grandes inconvenientes financeiros, não era negligenciável.

Concluiu, pois, que o governo não tinha ultrapassado a sua margem de apreciação no equilíbrio que estabeleceu entre os interesses em jogo através da regulamentação que adotou e não declarou a violação do artigo 8.º.

Contudo, houve cinco juízes que votaram vencidos e que consideraram que o acórdão da Grande Chambre estava em contracorrente relativamente à jurisprudência e às preocupações gerais crescentes em matéria de ambiente e que valorizava mais os aspetos económicos do que as condições de vida dos requerentes.

Defenderam que a ingerência de um Estado na vida privada e familiar devia ser inversamente proporcional aos prejuízos que causa à saúde física e mental do indivíduo e que o Estado tinha a obrigação positiva de assegurar, tanto quanto possível, condições de sono normais aos cidadãos.

Consideraram, ainda, que o bem-estar económico do país não bastava para que o Estado não tivesse a obrigação de proteger os direitos dos requerentes no âmbito do artigo 8.º, e que a margem de apreciação de que este dispunha era reduzida "visto estar em causa o carácter fundamental do direito ao sono que não devia passar para segundo plano senão por razões reais e imperiosas (ou mesmo urgentes) do Estado", e mesmo que que afetasse apenas uma minoria, era dever dos sistemas de controlo protegerem as minorias.

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

Numa breve referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, em casos de conflito entre direitos fundamentais e liberdades económicas previstas no Tratado, tal como colocados através do sistema de reenvio prejudicial, foram selecionados três casos⁹, que permitiram extrair algumas ideias gerais decorrentes dessa jurisprudência.

Os direitos e liberdades económicas não são absolutos, admitindo restrições fundadas em direitos fundamentais que relevam de princípios gerais de Direito, de conceções constitucionais comuns e de instrumentos de Direito Internacional; perante o conflito, recorre-se ao '*balancing approach*' e à ponderação de proporcionalidade entre a medida introduzida e o objetivo visado (proteção de direitos fundamentais), ponderando-se, também, se o mesmo objetivo poderia ser obtido através de medidas menos restritivas; não se considera desejável, nesse exercício, uma hierarquização entre direito fundamental e liberdade económica fundamental; por vezes, o Tribunal procede a um "teste procedimental" em que analisa todo o processo que conduziu à decisão das autoridades nacionais, bem como as garantias de que se rodeou; reconhece a margem de apreciação dos Estados para escolherem as medidas mais adequadas, mas também para procederem à ponderação sobre os interesses em causa; refere frequentemente a inexigência de "conceções partilhadas dos Estados quanto à forma de protegerem os direitos".

Casos (TJUE)

- *Caso Omega* (14.10.2004)

Em causa, o reenvio numa ação interna instaurada nos tribunais alemães, pela empresa Omega, em que esta questionava a compatibilidade com o Direito Comunitário de uma proibição decretada pela polícia de Bona relativamente à prática, num estabelecimento aí situado, de jogos de *laser*, em que era utilizado material importado do Reino Unido. Esses jogos consistiam em fazer pontaria e disparar, de modo semelhante à utilização de pistolas automáticas, para recetores que podiam ser instalados, quer em carreiras de tiro, quer em coletes utilizados pelos jogadores; o jogo consistia, neste caso, em disparar sobre alvos humanos, com simulação de homicídios, pelo que as autoridades alemãs invocavam razões de ordem pública para a sua proibição.

A questão colocada consistia, pois, em saber se "a proibição de uma atividade económica por razões assentes na proteção de valores fundamentais consagrados na Constituição, no caso, a dignidade humana, era compatível com o Direito Comunitário".

O Tribunal analisou o caso à luz da liberdade de prestação de serviços (que considerou prevalecente relativamente à liberdade de circulação) e que admite restrições por razões de saúde pública, de ordem pública e de segurança.

Considerou, ainda, que a utilização do conceito de ordem pública no contexto comunitário, como justificação da restrição, devia ser entendido de forma restrita e sob controlo do Tribunal, não podendo o seu alcance ser definido unilateralmente pelos Estados, embora estes dispusessem de uma margem de apreciação para recorrerem a esse conceito face a circunstâncias específicas que variam de um local para outro.

O Tribunal reconheceu que a ordem pública comunitária tem inegavelmente por objetivo garantir o respeito da dignidade humana como princípio geral de direito e que os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito, cujo respeito lhe cabe assegurar.

Considerou, ainda, que não era indispensável que a medida restritiva adotada correspondesse a uma conceção partilhada dos Estados, admitindo que estes escolhessem sistemas de proteção diferenciados.

Considerou, por fim, que as medidas restritivas da livre prestação de serviços só podem ser justificadas por razões de ordem pública, se forem necessárias para a proteção dos interesses que visam garantir e se tal objetivo não puder ser alcançado através de medidas menos restritivas.

Concluiu que, no caso, a decisão das autoridades nacionais não tinha ido além do necessário para atingir o objetivo de proteção da dignidade humana garantido pela Constituição alemã, dizendo: "O Direito Comunitário não se opõe a que uma atividade económica que consiste na exploração comercial de jogos de simulação de atos homicidas seja objeto de uma medida nacional de proibição adotada por razões de proteção de ordem pública, devido ao facto de essa atividade ofender a dignidade humana."

- *Caso Schmidberger* (12.06.2003).

Este caso respeita ao encerramento, por 30 horas, de um troço de autoestrada, na Áustria, num itinerário que fazia a ligação entre a Alemanha e a Itália, por determinação das autoridades austríacas, com vista à realização de uma manifestação de ambientalistas; a medida adotada pelas autoridades causou perturbação na circulação dos veículos da empresa queixosa.

Na ponderação sobre o equilíbrio dos interesses em presença, em face das circunstâncias do caso, havia que verificar se as restrições às trocas comerciais intercomunitárias eram proporcionais à luz da finalidade legítima prosseguida (proteção de direitos fundamentais). Nessa ponderação, o Tribunal deu muito relevo às medidas de enquadramento, acompanhamento e divulgação adotadas pelas autoridades, bem como aos perigos e consequências – ainda mais nefastas – que outra solução poderia comportar.

E aceitou "o amplo poder de apreciação" das autoridades nacionais para considerarem que "uma proibição pura e simples da manifestação constituiria uma ingerência inaceitável nos direitos fundamentais dos manifestantes de se reunirem e de exprimirem pacificamente a sua opinião" e que "o objetivo prosseguido pela manifestação não podia ser prosseguido por outras formas menos restritivas da liberdade de circulação".

- *Caso Dynamic Medien* (14.02.2008).

O caso respeita à proibição, pela lei alemã, da venda, na Alemanha, por correspondência, de videogramas importados do Reino Unido, que não tinham sido objeto de controlo e classificação pelas autoridades alemãs, com vista à proteção de menores (apesar de terem sido objeto de uma classificação no Reino Unido – maiores de 15 anos).

No reenvio, colocava-se a questão de saber se daí resultava eventual violação do Direito Comunitário – liberdade de circulação de mercadorias.

O Tribunal evidenciou que a proteção de menores faz parte de vários instrumentos internacionais e que a liberdade de circulação de mercadorias pode ser objeto de restrições, desde que adequadas a garantir a realização dos objetivos prosseguidos e desde que não ultrapassem o necessário para o alcançar. Reconheceu, também, que não era indispensável que as medidas restritivas adotadas por um Estado para proteger os direitos das crianças correspondessem a uma conceção partilhada pelos outros, no que respeita ao nível e ao modo adotados, referindo que essa conceção pode variar de Estado para Estado, designadamente por razões de ordem cultural e moral, ou seja, reconhecendo, quanto a esse ponto, a margem de apreciação de que estes dispõem.

No caso, considerou que a lei alemã visava o objetivo de proteger as crianças, não ultrapassando o necessário para o atingir (aliás permitia a venda a adultos através de contacto direto entre vendedor e adquirente, de modo a impedir o acesso pelas crianças) e que os procedimentos utilizados eram acessíveis, realizados em prazo razoável e suscetíveis de recurso.

E concluiu: "O artigo 28.º CE não se opõe a uma legislação nacional que proíbe a venda e a cessão por correspondência de videogramas que não foram objeto de controlo e classificação por uma autoridade regional superior ou um organismo de autorregulação voluntária com vista à proteção de menores e que não contém a indicação por essa autoridade ou organismo, da idade a partir da qual podem ser vistos, exceto se se verificar que um tal procedimento de controlo, classificação e rotulagem instituído por essa legislação não é facilmente acessível, não pode ser concluído em prazos razoáveis ou que a respetiva decisão de indeferimento não pode ser objeto de recurso jurisdicional."

Conclusão

Na jurisprudência dos dois tribunais internacionais a hierarquização de direitos não constitui uma linha essencial de decisão (salvo no caso de direitos absolutos, que não admitem qualquer restrição).

Os dois tribunais procedem, frequentemente, a um exercício de equilíbrio entre os interesses em jogo e à aplicação de critérios de proporcionalidade e tomam em conta diversas circunstâncias de natureza substantiva ou procedimental que rodearam o caso. Reconhecem, porém, a margem de apreciação dos Estados, quer para aferirem do interesse geral e da melhor forma de o prosseguirem, quer para procederem à ponderação entre os interesses concorrentes, já que o interesse da coletividade nem sempre coincide com os diversos interesses particulares.

Refira-se, por fim, que, caso declare violado um direito, o TEDH pode atribuir aos requerentes uma reparação razoável, nos termos previstos no artigo 41.º da Convenção Europeia, que pode ser fixada segundo a equidade.

¹ Sobre as multinacionais e a política social (de 1997, atualizada em 2000); sobre os direitos fundamentais de trabalho (de 1998).

² A propósito do trabalho infantil, deve referir-se que numa queixa (n.º 1/98) apresentada pela Comissão Internacional de Juristas contra Portugal, em 1998, o Comité Europeu dos Direitos Sociais constatou que o Estado português não assegurara de forma adequada a supervisão do trabalho infantil, o que não estava em conformidade com o artigo 7.º da Carta Social Europeia – ratificada por Portugal –, que consagra o direito das crianças e adolescentes a uma proteção especial contra os perigos físicos e morais a que estão expostos.

³ Por exemplo, no caso *Ben El Mahi e outros contra Dinamarca*, em que os queixosos, residentes em Marrocos, imputavam ao Estado dinamarquês a violação do artigo 9.º (liberdade de religião) por nada ter feito contra a publicação, num jornal, de caricaturas do profeta Maomé, o Tribunal rejeitou a queixa por inexistir, face ao disposto no artigo 1.º da Convenção, qualquer elo em termos jurisdicionais entre os requerentes e o governo dinamarquês.

⁴ “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

⁵ Os outros fins previstos são a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais.

⁶ Já no caso *Guerra c. Itália* (19.02.1998), em que um grupo de quarenta mulheres, inquietas com a proximidade de uma fábrica de produtos químicos perto das suas casas e dos problemas que podia trazer às suas famílias, tinha apresentado queixa por violação do artigo 10.º (liberdade de expressão), em virtude de as autoridades não terem divulgado informações essenciais, o Tribunal (*jura novit cura*) acabou por apreciar a queixa no âmbito de outra norma e considerou que o longo período de tempo sem informação tinha constituído violação ao direito à vida privada e familiar, declarando violado o artigo 8.º.

⁷ Na vertente procedimental, o Tribunal sublinhou a necessidade de, em caso de ocorrer uma morte, serem acionados mecanismos de inquérito, responsabilização e reparação (podendo ser de ordem penal, disciplinar, civil). Considerou que os processos internos instaurados na sequência do acidente não constituíram um meio eficaz de apuramento de responsabilidades e prevenção de novas ocorrências, pelo que considerou que, também sob o ponto de vista procedimental, o artigo 2.º tinha sido violado.

⁸ O plano governamental foi objeto de recurso jurisdicional interno, por parte de cidadãos afetados, mas o Tribunal de recurso declarou-o legal; o Tribunal Europeu considerou que esse recurso tinha constituído um meio interno não eficaz, visto não ter havido uma apreciação de fundo, pois consistira num controlo baseado em noções clássicas do Direito inglês, como a irracionalidade, o erro manifesto, a ilegalidade, mas não continha um verdadeiro controlo sobre se o aumento de voos resultante do plano de 1993 constituía um atentado justificável aos direitos dos moradores, quanto ao respeito da vida privada e familiar e do domicílio. Considerou, nessa parte, violado o artigo 13.º da Convenção (direito a um recurso efetivo).

⁹ *Omega* (14.10.2004); *Schmidberger* (12.06.2003); *Dynamic Medien* (14.02.2008).



João Bernardo

DIREITO À IMAGEM E À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOÃO BERNARDO

I

A Constituição da República Portuguesa tutela, no artigo 26.º, n.º 1, o direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Estes direitos convivem com muitos outros direitos fundamentais, não se retirando, a maior parte das vezes, do texto constitucional, elementos suficientes para, no caso de conflito, ser estabelecida a linha demarcadora.

Corolariamente, na jurisprudência do Tribunal Constitucional, também não encontramos, com algumas ressalvas, esses elementos. Ficam-nos desta, porém, duas ideias e alguns casos concretos:

A primeira afirmada nos seguintes termos:

"A solução dos conflitos de direitos não pode ser resolvida através de uma preferência abstrata, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica de valores constitucionais." – Ac. n.º 292/2008.

A segunda vertida deste modo:

"(...) Sempre que um direito fundamental conflitue com outro direito ou bens constitucionalmente protegidos, esse conflito deve ser resolvido através da recíproca e proporcional limitação de ambos, em ordem a otimizar a solução (princípio da concordância prática), de modo a garantir uma relação de convivência equilibrada e harmónica em toda a medida possível." – Ac. n.º 413/2011.

Já em plano de maior concretização e sem preocupação de exaustão, temos:

A consideração de que o direito à reserva da intimidade da vida privada inclui elementos com informações sobre a saúde do titular, pelo que atento o artigo 165.º, n.º 1, alínea b), são organicamente inconstitucionais as normas que tal regulem, se não tiverem sido elaboradas pela Assembleia da República – Ac. n.º 355/97;

A consideração de que o mesmo direito inclui a proteção contra a utilização de equipamentos eletrónicos de vigilância e controle por parte de entidades que prestam serviços de segurança privada, ou nas salas de jogos, abertas ao público, pelo que são, do mesmo modo, organicamente inconstitucionais as normas que tal regulam. – Ac. n.º 255/2002;

O entendimento de que os testes de alcoolémia a que estão sujeitos os condutores de veículos automóveis também invadem a reserva da intimidade da vida privada, mas tal ingerência é justificada por razões de segurança rodoviária em que estão em causa direitos à vida e à integridade física. – Ac. n.º 319/1995.

Mas, além destes e de outros casos – em particular os relativos ao sigilo bancário e do foro laboral, aquele Tribunal não tem ido mais além no estabelecimento da linha demarcadora.

Nomeadamente no mais frequente conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos (no caso, ao bom nome, mas valendo a fundamentação no que respeita ao direito à imagem e à reserva da vida privada a familiar), o Tribunal entendeu que não podia, face à questão de constitucionalidade levantada, apreciar o interesse público da notícia em causa, essencial para a tomada de posição entre o lícito e o ilícito. – Ac. n.º 292/2008.

Todavia, o Tribunal Constitucional alemão, perante a própria Lei Fundamental – essencialmente perante os princípios do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade do ser humano – artigos 2.º, § 1.º e 1.º § 1.º –, foi mais além, estabelecendo a chamada teoria das três esferas concêntricas, no que respeita à reserva da intimidade da vida privada.

Esta tomada de posição foi recolhida por vários dos nossos autores e aparece-nos, com alguma frequência, na jurisprudência dos nossos Tribunais – é por isso que a trazemos aqui.

No centro estaria a esfera íntima, reportada aos aspetos relativos ao mundo dos sentimentos, das emoções da existência biopsíquica e da sexualidade (v. g. oração, doenças, hábitos íntimos ou de higiene, orientação sexual, comportamentos sexuais);

Rodeando esta, temos a esfera privada, relativa à trajetória do indivíduo ou à sua inserção em contextos de maior proximidade afetiva e relacional (v. g. factos passados, família, convicções e práticas religiosas, círculo de amigos);

Rodeando estas duas, está a esfera individual, compreendendo as relações que o sujeito estabelece com o meio social envolvente (v. g. profissão, lazer, etc.).

A proteção da reserva da intimidade da vida privada, ao colidir com outros interesses atendíveis, mormente de liberdade de expressão, cederia tanto mais, quanto mais se caminhasse para os limites dos círculos maiores e tanto menos quanto se caminhasse para o interior.

II

Em plano inferior ao da Constituição da República Portuguesa, mas superior ao das leis ordinárias de origem interna – como a tem situado o próprio Supremo Tribunal de Justiça, exemplificativamente nos acórdãos de 23.04.2009, processo n.º 104/202.5 TACTB-A.S 1 e de 30.06.2011, processo n.º 1272/04.TBBCL.G 1.§1 – vigora, na ordem interna, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Corolariamente, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que a interpretam devem merecer especial atenção, principalmente se em confronto com as dos tribunais internos.

O legislador português, quer no artigo 449.º n.º 1, alínea g), do Código de Processo Penal, quer no artigo 771.º, alínea f), do Código de Processo Civil, permite agora mesmo que, após trânsito em julgado de uma sentença proferida pelos Tribunais Portugueses, qualquer parte interessada que obtenha decisão definitiva inconciliável com esta, de uma instância internacional (ninguém duvidando que está aqui incluído o TEDH), pode requerer a reabertura daquele processo, para que a decisão interna fique em conformidade com o entendimento internacional.

A jurisprudência do TEDH vem mantendo uma coerência constante, de sorte que o exame atento dum acórdão revela os princípios gerais que norteiam todas as decisões.

Para o que aqui nos interessa, relevam os chamados casos de “Carolina do Mónaco”, ou, no texto dos acórdãos, denominados “Von Hannover contra a Alemanha”. Foram múltiplos os acórdãos proferidos, com destaque para os de 24.06.2004 e 07.02.2012.

Vista a mencionada coerência, basta atentarmos neste último.

A propósito da publicação de fotografias de Carolina e do marido numa estância de esqui, pretenderam eles sancionar e impedir várias revistas alemãs de continuarem a divulga-las, porque reportadas a situações que tinham como privadas.

Demandaram estas no Tribunal Regional de Hamburgo, que lhes deu razão.

A decisão foi, porém, revogada pelo Tribunal de Apelação daquela cidade, que julgou a ação improcedente.

Em novo recurso, o Supremo Tribunal recusou a pretensão de Carolina e do então marido, quanto a uma fotografia – no essencial, por estar acompanhada de texto sobre a doença do príncipe Rainer, matéria que considerou importante para um debate de interesse geral – e admitiu-a quanto às demais.

Foi ainda interposto recurso para o Tribunal Constitucional, que o julgou, quanto ao que aqui importa, improcedente.

Por entenderem que teve lugar, pelos Tribunais alemães, violação do artigo 8.º da CEDH (que tutela o respeito pela vida privada e familiar), demandaram, no TEDH, a Alemanha.

Este proferiu, então, o mencionado acórdão de 07.02.2012.

Com citação abundantíssima de arestas anteriores, reiterou o que chamou os “Princípios Gerais” que norteiam a sua jurisprudência neste domínio.

Assim, tem como ponto de partida:

A respeito da vida privada:

1. A noção de “vida privada” compreende elementos respeitantes à identidade de uma pessoa, como o seu nome, a sua fotografia, a sua integridade física e moral; a garantia dada pelo artigo 8.º da Convenção é principalmente destinada a assegurar o desenvolvimento, sem ingerências exteriores, da personalidade de cada indivíduo nas relações com os seus semelhantes. Existe, na verdade, uma zona de interação entre o indivíduo e terceiro, de sorte que, mesmo num contexto público, pode relevar a vida privada. A publicação duma fotografia interfere, então, com a vida privada, mesmo que essa pessoa seja uma pessoa pública.

2. A imagem de um indivíduo é um dos atributos principais da sua personalidade, constituindo a sua proteção um dos elementos essenciais do seu desenvolvimento pessoal.

3. A linha demarcadora entre a liberdade de expressão e a ingerência ilícita na vida privada não pode ser traçada de modo preciso.

Quanto à liberdade de expressão:

1. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais duma sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Com reserva do n.º 2 do artigo 10.º da CEDH, vale, não somente para as informações ou ideias acolhidas favoravelmente, ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para as que chocam ou inquietam; assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não se pode falar de “sociedade democrática”.

2. A comunicação social desempenha um papel essencial numa sociedade democrática, incluindo o de – na expressão do próprio Tribunal – “cão de guarda”.

3. A liberdade de expressão compreende a publicação de fotografias, domínio, todavia, em que a proteção da reputação e dos direitos de outrem reveste uma importância particular, uma vez que as fotografias podem conter informações muito pessoais, até mesmo íntimas do indivíduo ou da sua família. Algumas vezes, as fotos aparecem na imprensa dita sensacional ou cor-de-rosa, a qual tem por objeto satisfazer a curiosidade do público sobre os detalhes da vida estritamente privada duma pessoa, são muitas vezes realizadas num clima de perseguição contínua, podendo determinar para a pessoa um sentimento muito forte de intrusão na sua vida privada, mesmo de perseguição.

4. Um elemento essencial aferidor (da licitude ou da ilicitude) consiste na contribuição da publicação de fotos ou artigos na imprensa, para um debate de interesse geral.

5. Outro critério importante reside no papel ou na função da pessoa visada e na natureza das atividades objeto de reportagem ou de fotografia.

Assim, há que distinguir entre pessoas privadas e pessoas que agem num contexto público, como os políticos ou as pessoas públicas (expressão do próprio Tribunal). Mas, se, relativamente a estes, o direito do público a ser informado pode alcançar aspetos da vida privada, o mesmo não se passa quando as fotografias publicadas e os comentários que as acompanham se reportam exclusivamente aos detalhes da sua vida privada e têm como único objetivo satisfazer a curiosidade do público nesta perspetiva.

6. Na apreciação da licitude ou da ilicitude de determinada publicação existe uma margem de liberdade de apreciação própria de cada Estado.

Quanto à conjugação entre os círculos traçados pelos direitos à reserva da vida privada e à liberdade de expressão:

1. Um primeiro elemento reside na aferição da contribuição que a publicação das fotos traz a um debate de interesse geral.

A definição do que constitui o interesse geral depende das circunstâncias do caso. O Tribunal já manifestou entendimento em decisões anteriores, que existe um tal interesse, não só quando a publicação diz respeito a questões políticas ou a crimes cometidos, mas também a questões relativas ao desporto ou aos artistas de palco.

Em contrário, os eventuais problemas conjugais de um presidente da República ou as dificuldades financeiras de um cantor célebre não foram consideradas como relevantes na perspetiva de um interesse geral.

2. Também interessa a notoriedade da pessoa visada e o objeto da reportagem.

O papel ou a função da pessoa visada e, bem assim, a natureza das atividades que constituem o objeto da reportagem e/ou da fotografia constitui um critério importante.

Neste contexto, há que distinguir entre pessoas privadas e pessoas agindo num contexto público, enquanto personalidades políticas ou pessoas públicas.

3. O comportamento anterior da pessoa visada ou o facto de a foto litigiosa e as informações a ela inerentes já terem sido objeto de publicação constituem igualmente elementos a ter em conta. Todavia, o simples facto de ter cooperado com a comunicação social, anteriormente, não é de molde a privar o interessado de toda a proteção contra a foto litigiosa.

4. O modo como a fotografia ou a reportagem são publicadas e a maneira como a pessoa visada surge representada na fotografia ou na reportagem podem igualmente entrar em linha de conta.

5. Também já julgou o Tribunal que não se pode abstrair das circunstâncias nas quais as fotografias foram tiradas, nomeadamente se a pessoa visada deu o seu consentimento para ser fotografada ou, pelo contrário, se foram feitas à sua revelia ou com recurso a manobras fraudulentas.

6. Convém, igualmente, ter em atenção a gravidade da intrusão e a repercussão da publicação da fotografia para a pessoa visada. Na verdade, para uma pessoa privada desconhecida do público, a publicação de uma fotografia pode ser analisada como uma ingerência mais substancial do que uma reportagem escrita.

Face a tais princípios gerais, entendeu, para este caso, o TEDH que:

Há, primeiro, que determinar se a publicação das fotografias contribui para um debate factual e se o seu conteúdo vai além da simples vontade de satisfazer a curiosidade do público.

Ainda que a liberdade de expressão compreenda também as reportagens com objetivos de diversão, o interesse dos leitores a beneficiarem de diversão tem, em geral, um peso inferior ao da proteção da esfera privada.

Os tribunais alemães tiveram em conta a jurisprudência que vem sendo fixada pelo TEDH e gozaram de uma margem de liberdade própria dos tribunais da ordem interna.

Consequentemente, decidiu que não teve lugar a violação do artigo 8.º da CEDH, abstendo-se de condenar a Alemanha.

Já no acórdão de 09.01.2013 de *Alkaya contra a Turquia*, o TEDH julgou violado este artigo 8.º pelos Tribunais internos deste país, que recusaram indemnização a uma conhecida artista de comédia a qual, em notícia sobre assalto de que foi vítima em casa, viu a sua fotografia, acompanhada dos indicativos da morada, publicada em jornal.

Considerou que:

Se é certo que a respeito dos políticos, artistas e desportistas existe uma maior liberdade de ingerência da comunicação social, não deixam eles de manter um círculo de proteção da intimidade da sua vida privada:

A publicação da fotografia e indicativos da respetiva morada não contribui para um debate de interesse geral, critério básico na distinção entre a liberdade e a ingerência ilícita na vida privada.

III

Na ordem interna portuguesa, tem-se recebido a orientação do TEDH a propósito da tutela da honra e da sua alegada violação pela comunicação social de que são exemplo, já de entre muitos, os acórdãos do STJ de 13.01.2005, processo n.º 04339224, 07.02.2008, processo n.º 0784540 e de 30.06.2011, processo n.º 1272/04.7TBCL.G1.S1, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Mas não tem deixado de se atentar, em plano nem sempre reconhecido expressamente como subordinado, nas normas ordinárias de origem interna.

Em especial:

Nos artigos 190.º a 199.º do Código Penal;

Nos artigos 70.º e 79.º a 81.º do Código Civil;

Nos vários preceitos relativos à videovigilância e proteção de dados.

Outrossim, os artigos 1.º, n.º 1, e 3.º da Lei de Imprensa (n.º 2/99, de 13 de janeiro), 27.º da Lei da Televisão (n.º 27/2007 de 30 de julho) e 30.º da Lei da Rádio (n.º 5/2010, de 24 de dezembro) não têm revestido particular importância nas decisões judiciais, porque apenas afirmantes dos direitos à liberdade e do respeito pela vida privada, sem preocupação de estabelecimento de critérios, a partir dos quais se pode ajuizar da linha demarcadora em caso de conflito.

No que diz respeito às normas penais, impressiona, logo à partida, a sua abrangência.

Ainda que no artigo 192.º se exija a "intenção de devassar a vida privada das pessoas", inclui-se no tipo, não só a divulgação da imagem das pessoas, como a simples captação dessa imagem.

O que é reiterado no artigo 199.º:

Temos, pois, aqui, um círculo de abrangência muito vasto a exigir permanente atenção – como referiu o então deputado professor Costa Andrade, intervindo na reunião da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias com representantes do sindicato de jornalistas, em 25.04.1994 ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, previsto no artigo 31.º, n.º 1, do Código Penal. Não poderá ter lugar ilícito criminal se, perante outro ramo do Direito, o ato for lícito.

De ponderar, pois, aqui o que ficou dito quanto à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a sua interpretação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e, bem assim, o que consta dos referidos preceitos do Código Civil.

Nessa conformidade, não surpreende o seguinte passo da decisão singular proferida no STJ, de 28.09.2011, processo n.º 22/09.6YGSLB.S2, que se pode ver em www.dgsi.pt:

"É criminalmente atípica a obtenção de fotografias ou de filmagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa nesse procedimento, designadamente quando as mesmas estejam enquadradas em lugares públicos ou hajam ocorrido publicamente constituindo único limite a esta justa causa a inadmissibilidade de atentados intoleráveis à liberdade, dignidade e integridade moral do visado."

O artigo 79.º do Código Civil, elaborado no tempo em que as preocupações com a liberdade estavam longe das que hoje se afirmam constantemente, não parte da ideia desta. Nem sequer a situa em plano de igualdade, o que giza um caminho não inteiramente coincidente com o da Constituição da República Portuguesa e, bem assim, do texto convencional, este interpretado pelo mencionado Tribunal Europeu.

Parte logo da proibição. Situa a pedra de toque no "consentimento da pessoa", considera-o dispensável nos casos que refere no n.º 2, mas logo limita o efeito desta dispensabilidade, quando do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa visada.

Curiosamente e ao contrário dos textos penais, não se refere expressamente à recolha das imagens, ao simples facto de uma pessoa ser retratada, filmada, desenhada ou pintada.

IV

É em todo este quadro que tem vindo a lume a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

Tendo nós atentado nos seguintes acórdãos, todos disponíveis em www.dgsi.pt:

De 14.06.2005, processo n.º 05A945:

"1. O direito à imagem e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto direitos fundamentais de personalidade, são inatos, inalienáveis, irrenunciáveis e absolutos, no sentido de que se impõem, por definição, ao respeito de todas as pessoas.

2. (...)

3. A publicação numa revista pertencente à ré de uma reportagem fotográfica legendada, divulgando, sem consentimento do autor, uma visita por ele feita na companhia da mulher à residência familiar então em fase de construção na cidade de Madrid, integra a violação simultânea dos seus direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada.

4. A ilicitude desta conduta não é afastada, nem pelo facto de o autor ser uma pessoa de grande notoriedade, adquirida graças à sua condição de futebolista profissional mundialmente reconhecido (figura pública), nem pela circunstância de as fotografias mostrarem apenas a entrada da casa e de esta se encontrar em fase de construção.

5. O direito da liberdade de imprensa tem como limite intransponível, entre outros, a salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e à imagem dos cidadãos.

6. De igual modo, também a invocação do direito de informar, consagrado no artigo 37.º, n.º 1, da Constituição, não legitima a conduta do lesante se não houver qualquer conexão entre as imagens ou factos divulgados pertencentes ao foro privado do lesado e à atividade profissional por ele desempenhada que originou a sua notoriedade pública."

De 17.12.2009, processo n.º 159/07.6TVPRT-D.P1.S1

"1. (...)

2. (...)

3. As informações pretendidas pela autora, relacionadas com o aprovisionamento e utilização de contas à ordem, de que eram titulares a ré e o marido da autora, não constituem violação do princípio da reserva da intimidade da vida privada.

4. A exigência da divulgação dos elementos da conta bancária de uma das partes que permitam o apuramento da situação patrimonial da outra, em causa pendente, no âmbito do estritamente indispensável à realização dos fins probatórios visados por aquela, e com observância rigorosa do princípio da proibição do excesso, é garantia da justa cooperação das partes com o Tribunal, com vista à descoberta da verdade, à luz da doutrina da ponderação de interesses, sob pena de insanável comprometimento do direito da autora a produzir as provas que indicou e a alcançar uma tutela jurisdicional efetiva, com o conseqüente e inequívoco abuso de direito da parte que a tal se opõe.

5. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada tutela a esfera da vida íntima ou de segredo, compreendendo todos aqueles aspetos que fazem parte do domínio mais particular e íntimo que se quer manter afastado de todo o conhecimento alheio, com exclusão da vida normal de relação, ou seja, dos factos que o próprio interessado, apesar de pretender subtraí-los ao domínio do olhar público, isto é, da publicidade, não resguarda do conhecimento e do acesso dos outros.

6. Ao contrário do que acontece no caso da violação da integridade física ou moral das pessoas, que se trata de direitos absolutos ou intangíveis, estando em causa os direitos fundamentais da não intromissão no sigilo bancário, trata-se de 'direitos condicionais', em que já não existe uma proibição absoluta da admissibilidade da prova que, em função das circunstâncias do caso concreto em que foi obtida e do estado de necessidade da situação, será ou não valorizada pelo Tribunal."

De 13.01.2011, processo n.º 153/06.4TVLSB.L1.S 1

"1. A lesão da personalidade é, em princípio, ilícita.

2. Para a apreciação do grau de ilicitude deve ser ajuizado, em concreto, o modo como for feita a publicação da imagem ou a revelação dos factos da vida privada.

3. O direito à honra é uma das mais importantes concretizações da tutela da privacidade e do pudor e do direito da personalidade.

4. Só deve considerar-se ofensivo da honra e consideração de outrem aquilo que, razoavelmente, isto é, segundo a sã opinião das pessoas de bem, deverá considerar-se ofensivo daqueles valores individuais.

5. A dignidade das pessoas exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possam estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros.

6. A reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a exceção.

7. O direito à privacidade só pode ser lícitamente agredido quando – e só quando – um interesse público superior o exija, em termos tais que o contrário possa ser causa de danos gravíssimos para a comunidade;

8. O direito à privacidade colide frequentemente com o direito à liberdade de expressão, principalmente com o da liberdade de imprensa.

9. Quando o interesse público o imponha, o direito à honra e à privacidade não podem impedir a revelação daquilo que for estritamente necessário e apenas no que for estritamente necessário.

10. Qualquer pessoa tem o direito de exigir que o conhecimento da sua situação de presidiária seja apenas conhecida pelas pessoas que necessariamente e inevitavelmente [sic.] tomaram contacto com ela como atores de factos relacionados com a prisão e não seja publicitada para além desse círculo de pessoas."

De 07.06.2011, processo n.º 1581 /07.3TVLSB.L1.S1:

"1. Não obstante o direito à imagem ser um direito indisponível, no plano constitucional, a Lei permite, dentro de determinados limites, a captação, reprodução e publicitação da imagem, desde que o titular do direito anua ou consinta essas atividades.

2. Exige-se que esse consentimento seja expresso, o que constitui uma garantia de que, efetivamente, o titular está de acordo com a intromissão de um terceiro num bem da personalidade do próprio.

3. Em situações limite poderá ocorrer uma presunção de consentimento, bastando para tal que a conduta do titular do direito à própria imagem revele um comportamento de tal modo alheado à sorte da captação de imagens que dele se possa inferir uma anuência desprendida ou inane ao conteúdo e destino das imagens.

4. Se alguém aceita, ainda que de forma tácita, ser fotografado para um determinado fim, não podem as imagens ser utilizadas para fim diverso, sem que para este específico fim tenha sido obtido prévio consentimento do titular ou pelo menos que, aquando da captação de imagens, não tivesse sido adquirido um sentido inequívoco de que o titular do direito permitiria na utilização das imagens captadas para esse específico fim.

5. Para que ocorra uma situação de consentimento tácito, significação externa de autorização para a captação, reprodução e publicitação da imagem de quem quer, torna-se necessário que os sinais (significantes ou exteriorizáveis) do titular do direito se revelem ou evidenciem como inequívocos ou desprovidos de qualquer dúvida."

De 08-05-2013, processo n.º 1755/08.0TVLSB.L1.S1:

"1. (...)

2. Se o conteúdo dum reportagem, em que se inclui a informação sobre a localização da residência do autor, 'figura pública', em nada se relaciona, direta ou indiretamente, com a atividade em que o mesmo adquiriu notoriedade e fama, não pode deixar de se considerar que não há direito de liberdade de imprensa, por inexistir razão para não permanecer reservado aquilo que, respeitante à reserva da vida privada, não é exigido pelo interesse público, por muito que, reportado ao específico público-alvo da publicação, possa ser do interesse desse público.

3. Nesse caso, do ponto de vista da formação da opinião pública, informando e sendo informada, o Direito emerge despido do objeto justificativo da garantia de liberdade de informação, pois que o interesse da informação se fica pelo puro campo do privado, desprovido de qualquer dimensão de interesse público social, mas em colisão com o interesse público constituído pela proteção da vida privada e como tal reconhecido pelo sistema jurídico.

4. Nessa medida, não se pode invocar o direito de informar e de ser informado para, pura e simplesmente, afastar os limites resultantes da lei ordinária, artigos 70.º, n.ºs 1 e 2, e 80.º, n.º 2, do CC, também acolhidos, como garantias, no artigo 26.º da CRP, limites que se repercutem diretamente nas normas dos artigos 37.º e 38.º da Lei Fundamental, sendo de concluir que a condenação das rés a não revelarem, por qualquer meio, direto ou indireto, a localização da residência do autor, mesmo face à sua condição de figura pública, não atenta contra a liberdade de expressão e de informação, nem a providência decretada conforme à previsão do n.º 2 do artigo 70.º do CC e das normas dos artigos 18.º, n.º 2, e 26.º, n.º 2, da Constituição constitui ato de censura."

V

Constatado, em traços muito gerais, o que se vem passando ao nível da jurisprudência que diretamente nos interessa, arrumemos agora algumas ideias pessoais.

1. A evolução tecnológica verificada principalmente nos últimos anos permitiu a recolha e divulgação de imagens ou a invasão da vida privada e familiar de um modo inusitado. Fotografias ou filmagens, quer perto, quer à distância, montagens, deformações como colocação e retiradas de pessoas em fotografias, tudo com possibilidade de divulgação massiva, está ao alcance do grande público, tendo entrado num regime de banalização antes impensado.

Paralelamente e muito pela mão do TEDH, a ideia de liberdade de expressão, na sua vertente de liberdade de imprensa, foi ganhando contornos muito latos e intensos.

Com base nesta, mas com ultrapassagem frequente dos seus limites, a comunicação social, dominada pelo espírito do lucro ou mesmo da sobrevivência, envereda, com frequência, por extremos como a perseguição a pessoas cuja imagem ou reserva da vida privada e familiar pode ter venda no mercado.

2. Em todo este quadro deve, então, cada cidadão, admitir um campo vasto de liberdade para os outros, mormente para a comunicação social e, conseqüentemente, desenvolver um escudo eivado, em certos casos, de indiferença.

Por um lado, não caindo na tentação de alimentar sensibilidades assentes em se julgar mais bonito do que a sua própria imagem e, por outro, em julgar que a maioria da sua vida privada é particularmente diferente da dos outros cidadãos (quanto a esta última parte, dá que pensar a diferença entre o português médio que constrói muros por tudo quanto é sítio e uma rua da Holanda à noite em que se pode ver o interior de todas as casas).

Mas, no polo oposto, deve cerrar fileiras em ordem a procurar limitar os abusos aludidos.

3. No meio disto, temos a lei e os tribunais.

Aquela não pode determinar, todavia, com exatidão, onde está o lícito ou o ilícito, deixando, necessariamente, aos tribunais um esforço em ordem a, em cada caso, fazer tal determinação.

4. Nesse esforço jurisprudencial, creio deverem girar as decisões em torno de quatro dados fundamentais:

Um, centrado no consentimento (expresso ou presumido), ou no não consentimento da pessoa visada;

Outro, no interesse público das imagens e/ou intromissões na vida privada e familiar;

Um terceiro, reportado à intenção com que são recolhidas as imagens e/ou se atinge a vida privada das pessoas;

Um quarto, referindo dano como pressuposto da responsabilidade civil.

A dimensão da realidade traduzida na facilidade na recolha das imagens e/ou na intromissão na vida privada e familiar não pode exigir sempre, a meu ver, consentimento expresso ou formalizado, antes valendo, pelo menos no comum dos casos, consentimento tácito ou mesmo presumido. Se alguém na rua acede a falar para as câmaras de televisão ou mesmo circula em frente a elas, seria redundante a pergunta expressa sobre se consentem na transmissão.

O interesse público deve ser apreciado objetivamente, não se podendo confundir, como já tem sido dito, com o "interesse do público" e inerente probabilidade de êxito quanto a consumo.

A intenção ou persistência, se não mesmo perseguição, na recolha das imagens e/ou intromissão na vida privada e familiar também deve sensibilizar – e, em muitos casos, intensamente o julgador. Aqui estão os *paparazzi* e, por vezes conjugadamente, pessoas sem escrúpulos, atos de vingança rasteiros e até certo tipo de desvios psíquicos, ou mesmo psiquiátricos, tudo a merecer clara censura judicial.

Finalmente, não podemos deixar de ter presente que a responsabilidade civil não tem apenas como pressuposto o ato ilícito, antes exigindo, além do mais, o dano. Este pode ser patrimonial ou não patrimonial, mas tem de existir. A recolha de imagens e/ou a intromissão na vida privada e familiar ficará despida de relevância jurídica, se não produzir dano, arrimando eventual demanda em Tribunal para o capítulo da hipersensibilidade que não merece acolhimento.

II PAINEL
A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS:
Direito Laboral

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES:
DIREITO À RESERVA E À CONFIDENCIALIDADE
RELATIVAMENTE A MENSAGENS PESSOAIS E À RESERVA
DA VIDA PRIVADA DOS TRABALHADORES



Maria do Rosário Palma Ramalho

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE NO CONTRATO DE TRABALHO – BREVES NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO

I. Aspetos gerais. Sequência

1. Como é sabido, o tema dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais em matéria laboral é um tema muito rico, tanto do ponto de vista legislativo, como do ponto de vista jurisprudencial, tendo também merecido, recorrentemente, a atenção da doutrina¹.

O tratamento legal desta matéria começou por ser feito no CC, cujos artigos 70.º e ss. constituem, até hoje, a sede privilegiada do regime de tutela dos direitos de personalidade². Contudo, a importância destes direitos acabou por justificar o seu reconhecimento pela Constituição em sede de direitos fundamentais³, evidenciando-se uma ampla margem de sobreposição destas duas categorias, já que muitos dos direitos fundamentais previstos na Constituição são, antes de mais, direitos de personalidade.

Por outro lado, há novos desenvolvimentos desta matéria em áreas jurídicas que lidam com situações sociais, onde os direitos fundamentais e os direitos de personalidade são mais sensíveis. Este é, justamente, o caso do Direito do Trabalho, que trata a matéria de uma forma sistemática desde o Código do Trabalho de 2003 e, atualmente, nos artigos 14.º e ss. do Código do Trabalho de 2009.

2. No plano laboral, esta matéria justifica uma reflexão a três níveis: em primeiro lugar, deve ser realçada a importância dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade, no domínio do contrato de trabalho; em segundo lugar, importa referir, brevemente, o regime do Código do Trabalho nesta matéria, conjugando-o ainda com as normas do Código Civil em matéria de tutela dos direitos de personalidade e com o regime da Constituição em matéria de direitos fundamentais; por fim, interessa recordar algumas decisões judiciais sobre esta matéria, com o objetivo de verificar como é que os nossos tribunais têm lidado com o tema, nas suas manifestações laborais e, designadamente, para descortinar as linhas de orientação da jurisprudência nesta área.

II. O relevo dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade no universo laboral

1. Antes de mais, importa dizer que a matéria dos direitos fundamentais e da personalidade tem relevantíssimas projeções no universo laboral, porque a relação de trabalho é um terreno muito fértil para a violação desses mesmos direitos.

A permeabilidade acrescida do vínculo laboral à violação destes direitos decorre da essência do próprio contrato de trabalho e, designadamente, de dois dos seus traços distintivos: a componente dominial ou de poder e a componente de personalidade⁴.

Por um lado, é sabido que, apesar do seu caráter privado, o vínculo laboral tem uma componente dominial, por força da titularidade do poder diretivo e do poder disciplinar pelo empregador, a que corresponde, da parte do trabalhador, uma posição de subordinação. Ora, quem tem o poder pode abusar desse poder e a violação de direitos de personalidade e de direitos fundamentais do trabalhador no contrato de trabalho é, com frequência, o resultado de tal abuso.

Por outro lado, o vínculo de trabalho tem uma relevante componente de personalidade, dado o envolvimento integral da personalidade do trabalhador na prestação e na execução do seu contrato, que decorre do caráter infungível da prestação de trabalho, do caráter *intuitus personae* do contrato e do facto de ser um contrato que se prolonga no tempo⁵. Ora, esta componente pessoal do vínculo aumenta a probabilidade da violação dos direitos inerentes à personalidade do trabalhador.

2. Esta maior vulnerabilidade dos direitos de personalidade do trabalhador no vínculo de trabalho, pela conjugação das componentes de poder e de personalidade, torna mais importante assegurar, neste contexto, o princípio geral da preservação dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais do trabalhador enquanto cidadão, na pendência do contrato.

Este princípio geral tem três projeções imediatas.

Em primeiro lugar, o trabalhador tem o direito de exigir ao empregador que respeite os seus direitos enquanto pessoa e enquanto cidadão, na execução do contrato de trabalho.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade do trabalhador impõem-se genericamente na autonomia privada, logo, impõem-se ao empregador no vínculo laboral.

Em terceiro lugar, as restrições aos direitos fundamentais e de personalidade, no contexto laboral, devem sujeitar-se ao princípio do mínimo, de acordo com os cânones de interpretação do artigo 18.º da Constituição e, no caso de direitos de personalidade, sujeitam-se, ainda, aos limites gerais do artigo 81.º do CC.

Uma breve apreciação do regime atual desta matéria no Código do Trabalho pode dar-nos uma ideia mais aproximada de como este princípio geral e as suas projeções se aplicam na prática.

III. O regime dos direitos de personalidade no Código do Trabalho – sinopse

1. Historicamente, apenas com o Código do Trabalho de 2003 – e, logo depois, com o Código do Trabalho de 2009 – se deu a devida ênfase ao relevo dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade do trabalhador no contrato de trabalho.

É certo que tais direitos não deixavam de ter relevo anteriormente. Simplesmente as questões por eles suscitadas no plano laboral tinham de ser resolvidas por outra via; ou recorrendo à aplicação direta das normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais, através do artigo 18.º da CRP; ou aplicando o regime geral de tutela dos direitos de personalidade, constante dos artigos 70.º e ss. do CC.

Vejamos agora como é que este panorama evoluiu com o tratamento legal específico desta matéria no plano laboral.

2. O Código do Trabalho de 2003 regulou especificamente a matéria dos direitos de personalidade nos artigos 15.º e ss., que correspondem, no atual Código do Trabalho, aos artigos 14.º e ss.

Assim, estão hoje consagrados no Código do Trabalho direitos como a liberdade de expressão e de opinião na empresa (artigo 14.º), o direito à integridade física e moral (artigo 15.º), o direito à reserva da vida privada (artigo 16.º), incluindo a proteção de dados pessoais (artigo 17.º), o direito à tutela dos dados biométricos do trabalhador (artigo 18.º), direitos relativos à realização de testes e exames médicos ao trabalhador (artigo 19.º) e, ainda, o direito do trabalhador à reserva, mas na projeção específica dos meios de vigilância à distância (artigos 20.º e 21.º) e o direito do trabalhador à confidencialidade das mensagens pessoais (artigos 22.º). Por outro lado, em secção diferente, o Código do Trabalho trata as matérias relativas ao princípio da igualdade e não discriminação, em geral, no acesso ao emprego e na execução ao contrato de trabalho (artigos 23.º e ss.) e, em especial, o princípio da igualdade de género (artigos 30.º e ss.).

Estes regimes, não só se inspiram e desenvolvem largamente o regime civil de tutela dos direitos de personalidade (artigos 70.º e ss. do CC), como constituem a projeção laboral de princípios fundamentais que têm a categoria de direito, liberdade e garantia na nossa Constituição (v. g., artigo 26.º, n.º 1, e artigo 13.º).

Por outro lado, importa ter em conta a perspectiva do Código do Trabalho na abordagem destas matérias. Talvez pela índole excessivamente civilista que adota no tratamento de algumas matérias⁶, o Código do Trabalho aborda a temática dos direitos fundamentais e de personalidade em universo laboral numa perspectiva igualitarista, uma vez que se refere indistintamente a direitos de personalidade do trabalhador e do empregador (artigo 16.º, n.º 1, e artigo 14.º, n.º 1). Contudo, esta é uma perspectiva formal. É que, os direitos fundamentais e de personalidade que carecem de uma proteção acrescida no contexto laboral são os direitos do trabalhador, já que é ele que está sujeito à posição de poder do empregador e é ele que envolve a sua personalidade no vínculo laboral, nos termos já referidos.

3. O primeiro direito de personalidade de que o Código do Trabalho se ocupa é o direito à liberdade de expressão e de opinião na empresa.

Consagrado no artigo 14.º, este direito não reveste, contudo, grande especificidade nesta projeção laboral. Na verdade, trata-se de um direito que é também reconhecido na CRP (artigo 26.º, n.º 1) e que pode também ser associado ao direito à imagem, constante do Código Civil (artigo 79.º) e, por extensão deste, ao direito à palavra, hoje reconhecido como direito autónomo do direito à imagem, que evidencia a expressão corporal do respetivo titular.

O direito de liberdade de expressão e da opinião e o direito à imagem dos trabalhadores já foram objeto de tratamento jurisprudencial.

4. O segundo direito de personalidade de que o Código do Trabalho se ocupa é o direito à integridade física e moral, reportando-o tanto ao trabalhador como ao empregador (artigo 15.º).

De novo, trata-se da projeção laboral de um direito fundamental (artigo 25.º da CRP) e de um direito de personalidade (artigo 70.º, n.º 1, do CC). Todavia, a sua referência no Código do Trabalho é muito útil, nomeadamente quanto ao direito à integridade moral, pelas projeções laborais que tem tido, sobretudo na temática cadente do assédio moral na empresa.

5. O terceiro direito de personalidade previsto no Código do Trabalho é o direito à reserva da vida privada (artigo 16.º). Também previsto como direito fundamental (artigo 26.º, n.º 1, da CRP) e como direito de personalidade (artigo 80.º do CC), em contexto laboral é, porventura, o direito de personalidade do trabalhador mais vulnerável e a que, por isso mesmo, o Código reconhece várias projeções específicas nas normas subsequentes, a que convém dar a devida atenção – assim, as normas sobre proteção dos dados pessoais, exames médicos, meios de vigilância à distância e direito de reserva sobre a correspondência pessoal do trabalhador (artigos 17.º a 22.º do CT) constituem projeções do direito à reserva da vida privada.

O princípio geral nesta matéria, que decorre do Código do Trabalho e que a jurisprudência laboral tem também sublinhado, é o princípio da irrelevância das matérias da esfera privada das partes – destaca-se, aqui, sobretudo, a esfera privada do trabalhador, mas também poderá tratar-se da esfera privada do empregador para o contrato do trabalho. Este princípio de irrelevância das matérias da vida privada das partes para o contrato de trabalho manifesta-se desde a fase de formação do contrato, durante a execução do contrato e para efeitos da sua cessação, tendo sido trabalhado pela jurisprudência com referência a cada uma destas fases.

Na fase da formação do contrato, o direito à reserva da vida privada do trabalhador constitui um limite negativo ao dever da informação do trabalhador ao empregador⁷. Neste sentido, embora o trabalhador tenha deveres de informação quando se candidata ao emprego, nos termos do artigo 106.º do CT, tal dever não se estende a matérias da sua vida privada. Estas matérias são enunciadas no artigo 16.º do CT e incluem informações sobre o estado civil, a situação de saúde, o estado de gravidez, a orientação sexual ou as convicções religiosas e partidárias do trabalhador. Por outras palavras, aplicando aqui a teoria das esferas, o candidato a um emprego não tem de informar o empregador sobre aspetos da sua esfera íntima, privada ou familiar.

Assente o princípio geral de prevalência da reserva da vida privada sobre o direito do empregador à informação (ou seja, numa situação de colisão de direitos, prevalece o direito que, no caso, se considera superior, nos termos do artigo 335.º do CC), o empregador não pode questionar o trabalhador sobre estas matérias. Contudo, tem sido admitido que esta proibição possa ser temperada por exigências da própria atividade que o trabalhador vai desenvolver. Ainda assim, convém recordar que o Tribunal Constitucional, em sede de apreciação preventiva da constitucionalidade de algumas normas do Código do Trabalho de 2003 (Ac. TC n.º 306/2003, de 25 de junho⁸), obrigou à alteração desta norma do Código, justamente para evitar uma formulação excessivamente ampla – e, por isso, excessivamente intrusiva na vida privada do trabalhador – das exceções à proibição de indagações ao trabalhador sobre aspetos da sua vida íntima ou privada.

Durante a execução do contrato de trabalho, o princípio da reserva da vida privada do trabalhador justifica a proibição de condutas do empregador que sejam invasivas da vida privada do trabalhador⁹ e, por consequência, a limitação dos poderes de indagação do empregador sobre matérias da vida privada do trabalhador, nos termos acima previstos.

Mas, nesta fase do contrato, o direito do trabalhador à reserva da sua vida privada projeta-se também no seu direito de controlo dos dados pessoais que tenha fornecido ao empregador (artigo 17.º, n.º 3 do CT), bem como daqueles dados que tenham sido obtidos, por exemplo, através dos meios de vigilância à distância – voltaremos, um pouco mais tarde, a este ponto.

Por fim, o direito do trabalhador à reserva da sua vida privada, durante a execução do contrato de trabalho, projeta-se na tutela das suas mensagens de natureza pessoal e demais informação de natureza não profissional a que o trabalhador aceda, nomeadamente, através do correio eletrónico ou de sítios na Internet (artigo 22.º, n.º 1, do CT). Quanto a este ponto, trata-se de uma projeção laboral do direito geral à inviolabilidade da correspondência, numa interpretação atualista e extensiva da noção de "cartas-missivas confidenciais", subjacente ao artigo 75.º do CC.

Finalmente, para efeitos da cessação do contrato de trabalho¹⁰, o direito à reserva da vida privada do trabalhador torna, também, em princípio, irrelevantes para efeitos de configuração de uma situação de justa causa para despedimento, as condutas que tenham que ver com a sua vida pessoal do trabalhador e, em geral, as suas condutas extralaborais.

Contudo, as características específicas de alguns vínculos laborais ou da atividade laboral em causa exigem alguma elasticidade na aplicação deste princípio geral, que, aliás, a jurisprudência tem reconhecido. Assim, já foram admitidas como justa causa para despedimento condutas do trabalhador que, apesar de serem do seu foro privado, se podem repercutir gravemente no cumprimento dos seus deveres laborais ou serem de molde a minar a confiança do empregador na possibilidade da continuação do vínculo laboral.

6. Mais especificamente, o Código do Trabalho contempla ainda a questão do recurso de meios de vigilância à distância no local de trabalho através de equipamento tecnológico (artigo 20.º).

Nesta matéria, é proibida a utilização destes meios para controlar a atividade do trabalhador e determinando que tais meios só podem ser utilizados para fins de segurança de equipamentos e instalações e quando seja comprovado o risco de violação dessa segurança. Adicionalmente, a lei impõe que os trabalhadores sejam informados da existência destes meios de vigilância e faz preceder a sua utilização da autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

Este conjunto de regras projeta e protege, no domínio laboral, vários direitos de personalidade: em primeiro lugar, o direito à imagem (artigo 79.º do CC), tanto em sentido restrito como em sentido amplo, uma vez que o equipamento tecnológico pode até incluir a gravação de som; e, depois, o direito à reserva da vida privada (artigo 26.º, n.º 1, da CRP e artigo 80.º do CC), que limita a utilização dos mecanismos de vigilância e proíbe, em todo, a sua colocação em alguns locais, como os vestiário ou as instalações sanitárias da empresa.

7. Merece ainda referência um outro direito fundamental, que também tem relevantes projeções no domínio laboral: o direito à igualdade e não discriminação (artigos 13.º e 26.º, n.º 1, da CRP)¹¹.

É certo que o Código do Trabalho não refere esta matéria a propósito dos direitos de personalidade e, sim, na secção específica do regime do contrato de trabalho, que versa a matéria da igualdade e não discriminação. Simplesmente, o que é importante salientar aqui é que, deste direito fundamental à igualdade e não discriminação no trabalho decorre a proibição geral de condutas discriminatórias do empregador em relação ao candidato a emprego ou ao trabalhador, em razão dos fatores de discriminação enunciados na lei, como o sexo, a idade, a orientação sexual, a situação familiar, a origem étnica, a raça, etc. (artigo 24.º, n.º 1 do CT).

Este princípio geral de não discriminação não significa, de novo, que, por alguma característica específica da atividade laboral em causa ou num determinado contexto empresarial, estes direitos não possam ter de ceder perante outros direitos e interesses, que mereçam uma proteção superior, no caso concreto. De facto, também aqui se pode colocar uma situação de colisão de direitos, a resolver nos termos gerais do artigo 335.º do CC.

IV. Algumas tendências jurisprudenciais em matéria de direitos de personalidade e de direitos fundamentais em universo laboral

1. Olhando agora para a jurisprudência, constatamos – sem surpresa – que as questões relativas a direitos de personalidade e direitos fundamentais em contexto laboral surgem a propósito de ações de impugnação de despedimento. Todavia, isto não tem impedido a discussão da matéria com reporte às várias fases do contrato, nos termos acima indicados.

As matérias em que encontramos mais decisões judiciais são as que se referem à reserva da vida privada do trabalhador, com várias projeções muito significativas. Contudo, também há jurisprudência relativamente ao princípio da igualdade, *v. g.*, quanto à igualdade salarial, sobre os limites ao dever de informação do trabalhador e, ainda, sobre o direito à imagem do trabalhador.

2. Começando pelo direito à reserva da vida privada, encontramos várias decisões judiciais correspondentes a diferentes projeções deste direito no universo laboral.

Uma primeira projeção tem que ver com a reserva e com a confidencialidade relativamente às mensagens pessoais no correio eletrónico dos trabalhadores.

A este propósito, recordamos o Ac. do STJ. de 5 de julho de 2007 (Proc. n.º 07SO43)¹², que, a propósito de uma troca de *e-mails* entre colegas, em tom intimista e jocoso, sobre uma reunião envolvendo superiores hierárquicos, entendeu que a falta de regulamentação do uso do correio eletrónico por parte do empregador permite ao trabalhador utilizar tal meio em mensagens pessoais, que integram a reserva da sua vida privada. Realça, pois, aqui, o Supremo Tribunal de Justiça, a ideia de que as mensagens pessoais, ainda que processadas através do equipamento tecnológico da empresa, fazem parte da vida privada do trabalhador, como princípio geral. Mas, ressalta também desta decisão o direito de o empregador regulamentar o acesso e a utilização das caixas de correio eletrónico pelos trabalhadores, ainda que, se não houver essa regulamentação, há um uso livre dos instrumentos de correio eletrónico por parte do trabalhador¹³.

No mesmo sentido se pronunciou o Ac. da RLx, de 7 de março de 2012 (Proc. n.º 24613/09.OT2SNT-L1-4)¹⁴, sobre o uso de programas de mensagens instantâneas no local e no tempo de trabalho, e outros do mesmo teor, todos assentando as respetivas decisões no caráter profissional ou pessoal das mensagens em questão. Assim, sendo a mensagem de natureza pessoal, a jurisprudência tem entendido que não perde tal qualidade pelo facto de o trabalhador utilizar o equipamento posto à sua disposição pelo empregador; mas pode este definir as regras de utilização dos seus equipamentos eletrónicos e, se tal fizer, essas regras são vinculativas para o trabalhador.

Uma outra projeção do direito à reserva da vida privada, que tem merecido a atenção da jurisprudência, tem que ver com a proibição de certas indagações ao trabalhador, na fase da contratação.

Neste ponto, o acórdão mais emblemático é o Ac. TC n.º 306/2003, de 25 de junho, já referido, que, na apreciação preventiva da constitucionalidade de algumas normas do Código do Trabalho de 2003, veio proibir algumas indagações do empregador ao trabalhador (como a pergunta sobre o estado de gravidez da trabalhadora) e veio impor certas condições para a prestação de exames médicos, estabelecendo que o médico só tem que comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para prestar o trabalho, impedindo-se assim que o empregador fique com uma ficha médica sobre o trabalhador. Como é sabido, o juízo do Tribunal Constitucional sobre esta norma acabou por resultar na nova fórmula que consta hoje do artigo 19.º do CT de 2009.

Nesta segunda área de aplicação do princípio da reserva da vida privada, o que está, pois, em causa é o conflito entre um direito fundamental e de personalidade e o dever de informação do trabalhador relativamente a aspetos relevantes para o contrato, devendo este dever de informação ceder, em princípio, perante aquele direito fundamental.

Este princípio geral não impede, contudo, que, em algumas situações objetivamente justificadas, prevaleça aquele dever de informação – assim, ainda quanto a uma situação de gravidez, se a trabalhadora estiver a candidatar-se ao lugar de técnica de radiologia tem o dever de informar que está grávida, porque tal estado é objetivamente incompatível com o desempenho da função a que se candidata.

Uma terceira área de projeção do direito à intimidade da vida privada, que tem sido trabalhada pela jurisprudência, tem que ver com a temática dos meios de vigilância à distância.

Nesta matéria, é de destacar um acórdão do STJ, de 08.02.2006 (Proc. n.º 05S3139)¹⁵, sobre sistemas de videovigilância nas instalações da empresa. Este acórdão qualifica tais sistemas como uma restrição à reserva da vida privada do trabalhador, considerando, por isso mesmo, que eles só devem ser admitidos nas seguintes condições: em primeiro lugar, estes sistemas devem prosseguir apenas o objetivo de proteção de pessoas e bens; em segundo lugar, tais equipamentos apenas são de admitir em ambientes com risco ou perigo para a atividade da empresa – portanto, não em qualquer local, mas apenas em ambientes de acesso público ou bastante transitados; e, em terceiro lugar, tais equipamentos só são admissíveis na condição de não serem utilizados para vigiar a atividade dos trabalhadores ou seja, a sua admissibilidade está funcionalizada ao objetivo de proteção de pessoas e bens e não pode ser desviada para outras finalidades.

É justamente por força desta última condição de admissibilidade deste tipo de equipamentos que, quando tratam destas matérias, os Tribunais colocam, muitas vezes, uma outra questão: a questão da prova ilícita.

A este propósito, ainda que o facto praticado pelo trabalhador seja, em si mesmo, ilícito, se a prova desse facto tiver sido obtida por meios de vigilância à distância, o despedimento soçobra por força da ilicitude da prova, ainda que seja bem fundado em termos substanciais.

Várias decisões emblemáticas exemplificam esta orientação da jurisprudência. É o caso do acórdão da RLx. de 3 de maio de 2006 (Proc. n.º 872/2006-4)¹⁶, que considerou ilícita a prova do furto executado por trabalhadores do estabelecimento por ter sido obtida através de câmaras de vigilância, já que as câmaras não estavam lá para este efeito – assim, tal prova, obtida com violação do direito de personalidade do trabalhador, não seria admissível. Porém, muitas outras decisões vão exatamente neste sentido¹⁷.

Em todo o caso, há também decisões que tutelam menos o direito à reserva da vida privada quando a utilização de meios eletrónicos esteja associada à prestação do trabalho. Neste sentido, por exemplo, o acórdão do STJ, de 22 de maio de 2007 (Proc. n.º 07S054)¹⁸, sobre a utilização do sistema de GPS dentro de veículos automóveis, que admitiu tal sistema, por considerar que ele não constitui uma forma de controlo da atividade do trabalhador motorista, mas sim um mecanismo de controlo do movimento do automóvel, que constitui o meio de desenvolvimento da prestação.

A última projeção do direito à privacidade do trabalhador no domínio laboral tem que ver com o relevo dos atos da vida pessoal do trabalhador, enquanto justa causa para o despedimento disciplinar.

Como acima se referiu, o princípio geral nesta matéria é o princípio da irrelevância dos atos da vida pessoal do trabalhador, para efeitos de configuração de uma situação de justa causa, para despedimento ou para efeitos de fundamentar a cessação do contrato por outra via. Contudo, a jurisprudência, tem admitido – e, a meu ver, bem – o relevo de tais atos quando encontra um nexó relevante entre esses mesmos atos e o cumprimento dos deveres do trabalhador, resultando num cumprimento desses deveres ou pondo em perigo o respetivo cumprimento para o futuro.

Alguns acórdãos ilustram esta orientação. Assim, o acórdão do STJ de 24 de setembro de 2008 (Proc. n.º 07S3793)¹⁹ admitiu a caducidade do contrato do trabalhador cozinheiro seropositivo, por entender que a possibilidade de contaminação dos alimentos configurava uma impossibilidade absoluta e superveniente, atenta a função desempenhada pelo trabalhador – ora, independentemente da questão de saber se uma decisão deste tipo seria hoje validada pela evolução médica que, entretanto, houve em relação a esta patologia, o que gostaríamos de destacar é o facto de o Tribunal ter dado relevo a uma situação pessoal do trabalhador (no caso, o seu estado de saúde), que, ainda por cima, nada tem de ilícito, para admitir a cessação do contrato.

Também o acórdão da RP de 09.03.1981²⁰ – que é, aliás, muito anterior ao Código do Trabalho de 2003, logo, ao tratamento legal específico da matéria dos direitos de personalidade em universo laboral – qualificou como justa para despedimento disciplinar os atos de intimidade sexual entre dois trabalhadores, no local de trabalho. Trata-se, como é sabido, de um acórdão que suscitou diferentes reações na doutrina, mas que é também particularmente interessante pelo facto de ter associada uma questão de prova do ato de intimidade sexual, já que a prova se baseava na observação dos referidos trabalhadores pela frincha da porta... Em todo o caso, independentemente da questão da prova, o facto é que, do ponto de vista substancial foi considerado que, embora dissesse respeito à vida íntima dos trabalhadores, um ato de intimidade sexual no local de trabalho ultrapassaria os limites da utilização funcional daquele espaço e, portanto, configuraria justa causa para despedimento.

A propósito de crimes praticados pelo trabalhador, mas fora da empresa, também o acórdão do STJ, de 31 de outubro de 1986,²¹ se pronunciou sobre o relevo disciplinar do crime de tráfico de droga praticado por um trabalhador de uma companhia seguradora; e, no mesmo sentido, o Ac. da RLx., de 31 de julho de 1985²², reconheceu o relevo disciplinar de crimes de furto e fraudes praticado pelo trabalhador, ainda que fora da empresa. Nos dois casos, meramente exemplificativos, o relevo da conduta extralaboral é relacionado com o tipo de funções do trabalhador e argumenta-se que ainda a prática dos crimes, apesar de estranha à empresa, compromete irremediavelmente a relação de confiança subjacente ao contrato de trabalho, o que justifica o despedimento.

Um outro exemplo bastante conhecido desta orientação é o Ac. do STJ de 11 de maio de 1994²³, que atribuiu relevo disciplinar à conduta do piloto de avião que, numa escala com tempo de pernoita, se embriaga e no dia seguinte transporta as pessoas no avião. Também neste caso, o Tribunal argumenta que, apesar de a situação ter ocorrido durante o período de repouso do trabalhador e de dizer respeito à sua conduta privada, ela mina a relação de confiança subjacente ao vínculo laboral de uma forma irremediável, tornando, assim, inexigível ao empregador a continuação ao vínculo.

Neste como noutros acórdãos, fica também patente a orientação da jurisprudência quanto ao modo de interpretar o requisito objetivo da justa causa disciplinar – *i. e.*, o requisito da impossibilidade prática de substância de vínculo –, não tanto como uma impossibilidade física ou material, mas como uma situação de inexigibilidade da continuação do vínculo para o empregador. Na verdade, seria sempre objetivamente possível manter o contrato com trabalhadores que se embriagam antes de irem pilotar o avião; contudo, atenta a função do trabalhador e a componente de confiança pessoal que subjaz ao vínculo de trabalho, não é evidentemente exigível ao empregador que mantenha o contrato.

No nosso entender, esta recondução do requisito da impossibilidade de subsistência do vínculo à ideia de inexigibilidade, é uma decorrência natural de algumas características especiais do contrato de trabalho. Trata-se, de facto, de um contrato *intuitus personae*, que, em alguns casos, reveste mesmo natureza fiduciária, portanto, a componente da confiança pessoal é relevante e merece ser também relevada em matéria de despedimento

3. No que respeita ao princípio de igualdade e não discriminação, trata-se, como é sabido, de matéria que tem tido bastante aplicação judicial, desde logo em aplicação direta do artigo 59.º, n.º 1 a), da Constituição, no que toca à projeção remuneratória deste princípio, na regra do “trabalho igual salário igual”, aplicação esta que foi feita muito antes de esse preceito constitucional ser vertido na lei – o que só aconteceu no Código do Trabalho de 2003. Há, portanto, uma longa tradição jurisprudencial no tocante a esta matéria, nomeadamente quanto ao conceito de trabalho igual, de acordo com os critérios da natureza, qualidade e quantidade²⁴.

4. No que toca ao direito à imagem do trabalhador, recordo um acórdão do Tribunal Constitucional – que, tanto quanto sei, permanece inédito, que sustenta a constitucionalidade de exigência de o trabalhador se apresentar barbeado ao serviço (trata-se de um motorista de autocarro). Neste caso, foi apreciada a compatibilidade de um direito fundamental (o direito à imagem), com interesses legítimos da entidade empregadora (no caso, a imagem da empresa e o sentimento de confiança que o motorista no exercício da sua função deve transmitir às pessoas que viajam no autocarro); mas, numa perspetiva civilista, poderíamos também equacionar a questão como um problema de limites ao direito à imagem, decorrentes de deveres contratuais e da boa-fé.

V. Notas de conclusão

1. Com a consciência de que a vastidão deste tema o torna virtualmente inesgotável, deixamos apenas duas notas finais.

A primeira nota é para salientar que o Direito de Trabalho tem sido um riquíssimo banco de ensaio para a dogmática geral dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade, dadas as características específicas do vínculo laboral que acima recordámos, *i. e.*, o seu carácter dominial, que decorre do facto de uma das partes ter um poder diretivo e um poder disciplinar sobre a outra parte e, ainda, a componente da pessoalidade do vínculo, no que toca ao trabalhador, que torna os seus direitos fundamentais e de personalidade mais vulneráveis.

2. A segunda nota é para realçar que, no desenvolvimento jurisprudencial desta matéria – de que pudemos dar aqui apenas uma pincelada muito vaga –, a jurisprudência tem sabido conjugar, com grande equilíbrio, os dois grandes valores em presença.

O primeiro valor é, obviamente, o princípio da eficácia civil imediata dos direitos fundamentais (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), nomeadamente nas relações privadas de poder como é, inequivocamente, o caso da relação laboral e, associada a este princípio, a ideia de que as restrições a estes direitos fundamentais devem ser, elas próprias, restritas, e preservar o núcleo essencial do direito fundamental.

O segundo valor em presença é o princípio de tutela da confiança. É este valor que justifica, por um lado, a imposição de algumas restrições aos direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador, em nome de interesses igualmente relevantes do empregador. E é ainda este princípio que justifica o relevo da ideia da confiança como princípio geral subjacente ao vínculo de trabalho e, em consequência, o relevo negativo de algumas condutas extralaborais do trabalhador (nomeadamente, para efeitos disciplinares), quando tais condutas ponham diretamente em causa ou façam perigar aquela relação de confiança entre as partes, para o futuro.

¹ Em especial sobre o relevo dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais no domínio laboral, ver J. João Abrantes, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, cit. p. 105 e ss., e, em especial, *Contrat de travail et droits fondamentaux – contribution à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais*, cit. (na versão portuguesa, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, cit.), *passim*, e ainda, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, in *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, 2004, p. 139-160, Rosário Palma Ramalho, “Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, cit., I, p. 157-178, “Direitos de personalidade e direitos fundamentais no domínio laboral”, in *Estudos em homenagem ao Prof. doutor Jorge Miranda*, II, Coimbra, 2012, p. 619-638, e *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – *Situações laborais individuais*, 4.ª ed., Coimbra, 2012, p. 139 e ss. e p. 386 e ss., M. Regina Redinha, “Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: atualidade e oportunidade da sua inclusão”, in *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, 2004, p. 161-172, Amadeu Guerra, *A privacidade no local de trabalho*, cit., *passim*, e Guilherme Dray, *Direitos de personalidade. Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Coimbra, 2006, p. 61 e ss.; e, na literatura estrangeira, entre muitos outros, destaca-se o trabalho fundamental de F. Gamillscheg, *Die Grundrechte in Arbeitsrecht*, AcP, 1964, 164, 5/6, p. 385-444, e, ainda deste autor, *Die allgemeinen Lehren der Grundrechte in Arbeitsrecht*, ArbuR, 1996, 2, p. 41-48. Sobre alguns direitos de personalidade e direitos fundamentais, em especial no contexto do contrato de trabalho, ver J. Leal Amado, *Pornografia, informática e despedimento*, QL, 1994, 2, p. 109-116, A. Menezes Cordeiro, “O respeito pela esfera privada do trabalhador”, in A. Moreira (coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, 1998, p. 16-37, “A liberdade de expressão do trabalhador”, in A. Moreira (coord.), *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, 1999, p. 24-43 e, ainda, “Contrato de Trabalho e objeção de consciência”, in A. MOREIRA (coord.), *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias*, Coimbra, 2003, p. 23-46, M. Teresa Moreira, *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, cit., *passim*, e *O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho*, cit., p. 369 e ss., G. Dole, *La liberté d’opinion et de conscience en Droit Comparé du Travail*, cit., I, *passim*, e D. Oliveira Festas, “O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho”, *ROA*, 2004, I/II, p. 369-458.

² Por todos, sobre o regime dos direitos de personalidade no Código Civil, R. Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, A. Menezes Cordeiro, "Os direitos de personalidade na civilística portuguesa", *ROA*, 2001, p. 1229-1256, D. Leite de Campos, "O Direito e os direitos de Personalidade", in *Nós - Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra, 2004, e P. Pais de Vasconcelos, *Direito de personalidade*, Coimbra, 2006.

³ Para uma perspetiva constitucionalista, ver Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV (*Direitos Fundamentais*), 4.ª ed., Coimbra, 2008, *passim* e, ainda, Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I (2.ª ed.), Coimbra, 2010 mas, também, J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, *passim* e, ainda, J. C. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001.

⁴ Em especial sobre estas componentes do contrato de trabalho, ver M. R. Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I – *Dogmática Geral*, 3.ª ed., Coimbra, 2012, 459 e ss., e, para mais desenvolvimentos, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, 2001, 751 e ss., Especificamente quanto ao elemento dominial do contrato, ainda M. R. Palma Ramalho, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Coimbra, 1993, 145 e ss., e 429 e ss.

⁵ Para mais desenvolvimentos sobre estas características do contrato de trabalho, ver Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., II, 84 e ss.

⁶ Especificamente sobre este ponto, Rosário Palma Ramalho, "O novo Código do Trabalho. Reflexões sobre a proposta de lei relativa ao novo Código do Trabalho", in *Estudos de Direito do Trabalho*, cit., I, 15-67 (p. 29 e ss.).

⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o dever de informação do trabalhador na fase da formação do contrato de trabalho, ver, ainda, o nosso *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., II, p. 139 e ss.

⁸ DR I Série-A, de 18.07.2003.

⁹ Sobre os limites impostos ao empregador na execução do contrato de trabalho, em consequência do direito à reserva da vida privada do trabalhador, ver, ainda, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., II, p. 386 e ss.

¹⁰ Relativamente a esta projeção com desenvolvimentos, ver, ainda, o nosso *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., II, p. 824 e s.

¹¹ Relativamente a este ponto, com desenvolvimentos, ver, ainda, o nosso *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., II, 148 e ss. e 581 e ss.

¹² www.dgsi.pt.

¹³ No mesmo sentido, Ac. RP de 26/06/2006 (Proc. n.º 0610399), www.dgsi.pt.

¹⁴ www.dgsi.pt.

¹⁵ www.dgsi.pt.

¹⁶ www.dgsi.pt.

¹⁷ Assim, o já referido Ac. STJ, de 07.05.2007, considerando ilícita a prova retirada da impressão das mensagens de correio eletrónico; ou o Ac. RP de 07.03.2012, também referido, sobre o uso de programas de mensagens instantâneas.

¹⁸ www.dgsi.pt.

¹⁹ www.dgsi.pt.

²⁰ CJ, 1981, II, 143.

²¹ BMJ 360-468.

²² BTE, 2.ª S., 1-2/1988, 217.

²³ BMJ 437-335.

²⁴ Em especial sobre este ponto, com indicações de jurisprudência, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., II, 586 e s.



Paulo Morgado de Carvalho

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES: DIREITO À RESERVA E À CONFIDENCIALIDADE RELATIVAMENTE A MENSAGENS PESSOAIS E À RESERVA DA VIDA PRIVADA DOS TRABALHADORES – A CONCRETIZAÇÃO PELOS TRIBUNAIS

PAULO MORGADO DE CARVALHO

I. Introdução

As novas tecnologias invadiram a vida quotidiana das pessoas e das empresas, produzindo efeitos na atividade económica, na organização e na produção laboral e nas condições de vida da sociedade e dos trabalhadores¹, trazendo consigo uma vasta gama de benefícios na área da informação e da comunicação, mas também riscos e perigos vários², nomeadamente no que respeita aos direitos de personalidade³.

Relativamente às relações entre empregadores e trabalhadores, destacamos os seguintes efeitos:

Em primeiro lugar, a fronteira entre a vida profissional e a vida pessoal tornou-se mais esbatida e nebulosa⁴.

Através da tecnologia informática, os trabalhadores passaram a poder desfrutar de tempo pessoal, nomeadamente de carácter privado, durante o trabalho.

Os trabalhadores que utilizam Internet para trabalhar movem-se mais facilmente de uma página *web* de carácter profissional para outra alheia à atividade laboral, com um simples clique no rato do computador.

Mas, ao mesmo tempo, são as tecnologias que fazem com que o trabalho invada o domicílio do trabalhador, pois este leva trabalho para casa e aí continua a exercer as suas funções sem qualquer limite temporal⁵.

O segundo efeito tem que ver com o aumento da possibilidade de controlo dos trabalhadores por parte dos empregadores⁶.

Na verdade, as novas tecnologias proporcionam ferramentas cada vez mais eficazes e insidiosas para o controlo dos trabalhadores, que podem minar o direito à privacidade e à liberdade, quer na fase da admissão à empresa, quer na fase da prestação de trabalho⁷.

Uma maior vigilância sobre os trabalhadores multiplica as possibilidades de recolher, armazenar e tratar dados pessoais dos trabalhadores, sobretudo com vista a utilizá-los como prova em processos disciplinares⁸.

Surge, assim, o confronto entre o poder de direção do empregador e o direito à privacidade do trabalhador, o qual nem sempre é fácil de resolver, precisamente quando estão em causa direitos constitucionalmente garantidos.

Constata-se, assim, que os efeitos produzidos pela introdução das tecnologias nos locais de trabalho vieram reacender o debate sobre o equilíbrio entre o direito fundamental à privacidade dos trabalhadores e o legítimo direito dos empregadores de gerirem a sua empresa e a controlar o desempenho da atividade daqueles e, sobretudo, entre o contrato de trabalho e os direitos de personalidade (ou dos direitos fundamentais da pessoa humana, como o designam os constitucionalistas)⁹.

Na verdade, a execução da relação laboral implica uma autolimitação dos direitos de personalidade do trabalhador, num regime de subordinação jurídica tendencialmente duradouro, que é suscetível de afetar os seus direitos fundamentais, quer como cidadão, quer como trabalhador¹⁰.

O critério diferenciador reside, pois, na subordinação jurídica típica do contrato de trabalho, que implica uma posição de supremacia do empregador e uma correlativa posição de subordinação do trabalhador (artigo 11.º do CT)¹¹.

O Código do Trabalho de 2003 veio, pela primeira vez, reconhecer alguns direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito da empresa, com o objetivo de disciplinar a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador, face à assimetria de poder presente na relação laboral.

O regime veio a manter-se, sem grandes alterações no regime do Código de 2009, traduzindo uma certa constitucionalização da relação laboral, tendo em conta que o trabalhador subordinado é simultaneamente cidadão e a cidadania não fica à porta da empresa¹².

Com efeito, no âmbito da empresa, o trabalhador mantém todos os seus direitos de cidadão, devendo qualquer limitação imposta aos seus direitos fundamentais revestir natureza excecional, não podendo justificar-se, senão, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da adequação, só devendo ser permitido o estritamente necessário para assegurar o justo equilíbrio entre a necessidade de assegurar a livre gestão dos meios produtivos e os interesses individuais¹³.

É certo que tais direitos já resultavam, quer de preceitos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais da pessoa humana (artigo 24.º e ss., da CRP, aplicáveis diretamente, nos termos do n.º 1, do artigo 18.º), quer de disposições do Código Civil, relativas à tutela geral da personalidade e aos direitos de personalidade (artigo 70.º e ss.)¹⁴.

Contudo, a tutela geral nem sempre se mostrou suficientemente plástica e dirigida para as especificidades da relação laboral¹⁵.

A consagração de direitos de personalidade especificamente aplicáveis à relação laboral constituiu uma mais-valia, que se repercutiu numa maior atenção dada a esta matéria pela doutrina juslaboralista e pelo enriquecimento surgido das várias decisões jurisprudenciais que, progressivamente, se foram debruçando sobre a temática em causa¹⁶.

De entre as especificidades, salienta-se que a proteção não é conferida de modo unilateral, uma vez que se atende à relação laboral no seu todo, consagrando-se a tutela dos direitos de personalidade de ambos os sujeitos laborais (empregador e trabalhador)¹⁷, tendo em vista garantir o justo equilíbrio entre a tutela jurídica do trabalhador e o princípio da liberdade de gestão empresarial¹⁸, ou seja, entre o direito fundamental à privacidade dos trabalhadores e os legítimos direitos dos empregadores de dirigir os trabalhadores e controlar as suas tarefas¹⁹.

Contudo, o equilíbrio nem sempre é fácil de conseguir, quando os direitos fundamentais e de personalidade estão em colisão com outros direitos constitucionais, como o direito à iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP) e o direito à liberdade de iniciativa de organização empresarial (artigo 80.º, alínea c), da CRP).

Na resolução desta questão, deverá ter-se presente que os poderes do empregador e a liberdade negocial têm por limite intransponível a "intangibilidade do conteúdo essencial de qualquer dos direitos fundamentais do trabalhador".

Assim, as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos", e não poderão afetar "a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos em questão (n.ºs 2 e 3, do artigo 18.º do CRP)"²⁰.

Logo, os direitos à dignidade e à privacidade dos trabalhadores não podem ceder perante argumentos de maior produtividade ou maior eficácia das empresas²¹.

Contudo, é o próprio Código do Trabalho a admitir que alguns dos direitos de personalidade possam sofrer limitações, desde que obedeçam a três ordens de requisitos:

- substantivos: em casos excecionais e segundo princípios de necessidade, proporcionalidade e adequação;
- formais: a entrega da respetiva fundamentação ao trabalhador, por escrito;
- procedimentais: exige-se, em certos casos, a intervenção de um médico e, noutros, quanto ao tratamento de dados pessoais, a intervenção da Comissão Nacional de Proteção de Dados)²².

II. A concretização dos direitos fundamentais laborais pelos tribunais

1. Introdução

Os direitos de personalidade previstos no Código do Trabalho constam dos artigos 14.º a 22.º e são os seguintes:

- a liberdade de expressão e de opinião no local de trabalho;
- o direito à reserva da intimidade da vida privada;
- o direito à integridade física e moral, que abarca o regime respeitante à realização de testes e exames médicos;
- e o direito à reserva e confidencialidade, relativamente ao conteúdo de mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional, que o trabalhador envie, receba ou consulte, nomeadamente através de correio eletrónico.

Importa, ainda, ter em conta o regime respeitante à utilização de meios de vigilância à distância e o tratamento de dados biométricos.

De entre eles, vou dedicar-me sobretudo aos aspetos respeitantes à confidencialidade relativamente a mensagens pessoais e à reserva da vida privada dos trabalhadores e, mais concretamente, à sua concretização pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelos Tribunais da Relação, sem prejuízo de abordar outras decisões relacionadas como os direitos fundamentais dos trabalhadores, que, pela sua importância, mereçam ser realçadas.

2. A Jurisprudência

2.1. Desde logo, a primeira questão tem que ver com a liberdade de expressão e de opinião.

Relativamente a esta questão, salienta-se o acórdão da Relação do Porto (RP), de 08.10.2012 (Paula Leal de Carvalho), proferido num procedimento cautelar de suspensão de despedimento intentado pelo trabalhador, em virtude de o empregador lhe ter instaurado um procedimento disciplinar.

Os factos consubstanciavam-se no seguinte:

O trabalhador foi admitido ao serviço do empregador, em 1 de junho de 2002, exercendo as funções de fiel de armazém de produtos alimentares, que se destinavam a ser consumidos pelos utentes do empregador. No exercício das suas funções, o trabalhador superintendia nas operações de entrada e saída de mercadorias e/ou materiais no armazém, executava ou fiscalizava os respetivos documentos, responsabilizava-se pela arrumação e conservação das mercadorias e/ou materiais, comunicava os níveis de *stocks* e colaborava na realização dos inventários. O trabalhador efetuou, à autoridade competente, uma denúncia, alegando ser vítima de assédio psicológico, bem como de irregularidades (por falta de higiene do local de trabalho), cometidas pelo empregador, o que determinou uma ação inspetiva ao armazém. No entanto, a denúncia de sujidade e falta de limpeza do armazém não foi objetivamente comprovada. Em face do exposto, o empregador suspendeu o trabalhador por falta de confiança no mesmo e instaurou procedimento disciplinar, que culminou na decisão de despedimento, por justa causa, radicada na referida denúncia efetuada quanto às condições de higiene do armazém.

O acórdão decidiu que o trabalhador não está impedido, nem isso viola o dever de lealdade para com o empregador, de denunciar situações que consubstanciem violação, por parte deste, de obrigações legais que sobre ele impendam, designadamente em matéria de condições de higiene e salubridade do local de trabalho.

Porém, efetuada tal denúncia, competirá ao trabalhador a prova da veracidade dos factos denunciados, sob pena de, não a fazendo, violar os deveres de lealdade, de respeito e de defesa do bom nome da sua entidade empregadora, o que, em virtude de não ter acontecido, levou o Tribunal a não decretar a suspensão do despedimento.

Nesta decisão estavam em confronto os direitos fundamentais à integridade física, à liberdade de expressão e informação, à segurança no emprego e à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde no trabalho, por parte do trabalhador (artigos 25.º, 26.º, n.º 1, 37.º, 53.º, 58.º e 59.º da CRP) e ao bom nome e reputação e à imagem, por parte do empregador (artigo 26.º, n.º 1 da CRP).

No âmbito do Código do Trabalho (CT), são reconhecidos, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do empregador e do trabalhador e do normal funcionamento da empresa (artigo 14.º) e a integridade física e moral (artigo 15.º).

A liberdade de expressão e de opinião constitui uma condição necessária da tutela da dignidade do trabalhador que não deve estar limitada pelo facto de exercer a sua atividade em regime de subordinação jurídica, pelo que se deverá entender que o mesmo tem direito a expressar e divulgar a sua opinião acerca de múltiplos aspetos da sua vida social, como se de um normal cidadão se tratasse.

Daí que, em princípio, um trabalhador pode legitimamente fazer-se mostrar na empresa, envergando o emblema de um partido político, de um clube de futebol ou do seu sindicato, uma vez que uma limitação a esse direito violaria o critério de proporcionalidade²³.

Todavia, a liberdade de opinião e de expressão não são ilimitadas nem absolutas, pois a situação de vantagem cessa na medida em que do seu exercício resulte ofensa dos direitos de personalidade de outros sujeitos laborais ou quando o mesmo seja suscetível de afetar o normal funcionamento da empresa²⁴.

Aliás, o artigo 128.º, n.º 1, alínea a), do CT, impõe o dever de respeito, de urbanidade e de probidade, no que respeita ao tratamento com o empregador, superiores hierárquicos, companheiros de trabalho e pessoas que se relacionam com a empresa, deveres que podem e devem ser assumidos como limites legítimos à liberdade de expressão e de opinião²⁵.

Logo, não será lícito ao trabalhador injuriar ou difamar um colega de trabalho, o empregador ou quem o represente, assim como não são de admitir quaisquer manifestações coletivas ou individuais de trabalhadores no local e no tempo de trabalho, que perturbem o processo produtivo e o normal funcionamento da empresa, pois, nestes casos, incorrerá em ilícitos disciplinares²⁶.

Como refere Guilherme Dray, a invocação da liberdade de expressão e de opinião, nestes casos, consubstancia uma hipótese típica de abuso de direito (artigo 334.º do CC) e o próprio artigo 37.º, n.º 3, da CRP admite a possibilidade de serem cometidas infrações no exercício do direito em causa.

Relativamente à conduta extralaboral, o trabalhador não está obrigado a exprimir posições e opiniões coincidentes com a ideologia do empregador ou que contribuam para a realização dos fins deste²⁷.

Todavia, importa salientar que estamos no âmbito de uma relação desigual e que o trabalhador tem direito de opinião e de crítica, desde que o faça com respeito e urbanidade, observando os deveres elementares que lhe estão adstritos.

Daí que "na relação laboral, assumidamente não paritária, em que, por vezes, se (com) funde o trabalho prestado com o prestador, a crítica (urbana e cordata, naturalmente, como em todos os aspetos sociais da nossa vivência em comum) que alerta, que encaminha o empregador não deve/não pode configurar qualquer violação dos deveres essenciais do contrato"²⁸.

Por outro lado, o trabalhador tem o direito de denunciar à autoridade competente situações de mau funcionamento da empresa, nomeadamente quando estão em causa violações de regras de segurança e de saúde no trabalho, cujas condições compete ao empregador assegurar, caso este não tenha eliminado ou corrigido tais situações por sua iniciativa ou após ter sido alertado pelo próprio trabalhador.

Mas, além disto, pode igualmente ocorrer que tais situações venham a ser corrigidas no espaço de tempo que medeia entre a denúncia à autoridade e a visita desta às instalações da empresa, pelo que só casuisticamente se poderá concluir por uma violação do dever de lealdade e respeito por parte de um trabalhador, que conduza à aplicação da sanção mais gravosa do elenco previsto no Código do Trabalho, ou seja, ao despedimento com alegação de justa causa.

2.2. Reserva da intimidade da vida privada, proteção de dados pessoais, teste e exames médicos

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 24.02.2008 (Mário Pereira), versa sobre aspetos relacionados com a intimidade privada, a proteção de dados pessoais e os testes e exames médicos, questões previstas nos artigos 16.º, 17.º e 19.º do Código do Trabalho²⁹.

No processo em causa, o autor, cozinheiro, intentou contra a ré, Sociedade Hoteleira, SA, uma ação de contrato de trabalho, por considerar que o facto de ser portador de HIV/SIDA não impossibilitava a manutenção do contrato de trabalho.

Na primeira instância, foi declarada a caducidade do vínculo jurídico-laboral, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva da prestação de trabalho, na sequência de informação do médico de trabalho, de inaptidão definitiva para o desempenho de qualquer das funções compreendidas na categoria profissional, não estando a entidade empregadora obrigada a atribuir-lhe outro posto de trabalho compatível com a sua situação clínica.

A decisão foi confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa³⁰ e, mais tarde, pelo acórdão do STJ, acima referido, que decidiu o seguinte:

- o A. é portador de HIV/SIDA, doença infetocontagiosa crónica, que o torna inapto para o exercício das funções de cozinheiro, dado ter de manipular alimentos e utilizar objetos cortantes e que o vírus respetivo existe no sangue, saliva, suor e nas lágrimas e pode ser transmitido a terceiros;
- o A. não podia exigir que a R. lhe atribua funções similares ou afins às que foram contratadas e para as quais foi considerado inapto, ou que crie um posto de trabalho para o ocupar, dado que não existiam vagas cujas funções lhe pudessem ser atribuídas.

Dois questões se confrontam neste acórdão:

- saber se existiam elementos para se concluir pela inaptidão do trabalhador, dada a sua situação clínica para exercer as funções para que foi contratado;
- na afirmativa, saber se seria de operar a caducidade do contrato de trabalho, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva.

Na primeira questão, coloca-se o confronto entre a saúde e a estabilidade da posição jurídico-laboral do trabalhador.

Desde logo, o empregador está obrigado a atuar em ordem a garantir a prevenção dos riscos de afetação da saúde dos seus trabalhadores.

Daí que, em certas circunstâncias, e de acordo com determinados requisitos, sujeite o trabalhador à realização de exames ou testes médicos para comprovação das condições físicas ou psíquicas.

O legislador excetua da proibição da realização de exames e testes as situações previstas na legislação de segurança e saúde no trabalho, previstas no artigo 108.º da lei n.º 102/2009, de 10 de setembro.

De acordo com esta norma, o empregador deve promover a realização de exames de saúde ao trabalhador, quer na admissão, quer posteriormente, segundo uma certa periodicidade ou quando alterações substanciais o justifiquem.

Nas restantes situações, a sujeição do candidato a emprego ou do trabalhador a exames ou testes médicos depende de três requisitos (artigo 19.º do Código do Trabalho):

- 1) o objetivo deve ser a proteção da segurança e saúde do trabalhador ou a realização de testes e exames deve resultar de particulares exigências inerentes à atividade³¹;
- 2) ao trabalhador ou candidato deve ser fornecida a fundamentação, por escrito, quanto à necessidade de realização de testes/exames;
- 3) o empregador não pode ter acesso ao resultado do exame/teste, mas apenas recebe uma comunicação do médico responsável, quanto à aptidão ou não para o desempenho da atividade³².

Os testes ou exames não podem ter uma finalidade abusiva, discriminatória ou arbitrária, sob pena de intromissão na vida privada, devendo adequar-se ao fim prosseguido e apelando-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, já que estão em causa outros interesses legítimos, consagrados constitucionalmente.

Ora, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar tem consagração constitucional, no n.º 1, do artigo 26.º, da CRP, constituindo um direito fundamental, dada a sua inserção no Título relativo aos direitos, liberdades e garantias.

Este direito analisa-se, principalmente, em dois direitos menores:

- direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar;
- o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem³³.

A doutrina portuguesa tem acolhido a teoria alemã das três esferas, segundo a qual se distingue a esfera da intimidade, a esfera da privacidade e a esfera da vida normal da relação³⁴.

No âmbito da esfera da intimidade, devemos incluir os dados relativos ao estado de saúde, que são considerados dados sensíveis (artigo 7.º, da lei n.º 67/98, de 26 de outubro)³⁵.

Por sua vez, o artigo 16.º do CT consagra o direito à reserva da intimidade da vida privada, postulando o seu n.º 2, que este direito abrange, quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

Trata-se de norma mais abrangente do que o artigo 80.º do Código Civil, na medida em que abrange, quer o acesso, quer a divulgação e a circulação de aspetos relacionados com a esfera íntima e pessoal das partes, o que significa que, além da intromissão, também a difusão de tais elementos não é permitida³⁶.

A reserva da intimidade da vida privada está, assim, ligada à proteção de dados pessoais e à realização ou apresentação de exames médicos para comprovação das condições físicas ou psíquicas do trabalhador (artigos 17.º e 19.º do Código do Trabalho).

No caso do acórdão, resulta que, numa consulta de medicina do trabalho, o médico tomou conhecimento da seropositividade do trabalhador e, posteriormente, terá revelado esta informação à direção do hotel, o que poderá constituir violação do sigilo profissional³⁷.

De facto, conforme estipula o n.º 3, do artigo 19.º, do Código do Trabalho, o médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade e disso informar a entidade empregadora, que não tem o direito de tomar conhecimento sobre o estado de saúde do trabalhador.

Também o Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre estas questões, tendo decidido, no acórdão n.º 306/2003³⁸, que a norma do segundo segmento do n.º 2, do artigo 17.º, do CT, na medida em que permite o acesso direto do empregador a informações relativas à saúde, ou ao estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador, viola o princípio da proibição do excesso nas restrições do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP.

Por sua vez, e num âmbito mais geral, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 368/2002³⁹, decidiu que “no âmbito das relações laborais, tem-se por certo que o direito à proteção da saúde, a todos reconhecido no artigo 64.º, n.º 1, da Constituição, bem como o dever de defender e promover a saúde, consignado no mesmo preceito constitucional, não podem deixar de credenciar suficientemente a obrigação para o trabalhador de se sujeitar, desde logo, aos exames médicos necessários e adequados para assegurar – tendo em conta a natureza e o modo de prestação do trabalho e sempre dentro de critérios de razoabilidade – que ele não representa um risco para terceiros, por exemplo, para minimizar os riscos de que outros trabalhadores ou o público possam vir a ser vítimas, em função de deficiente prestação por motivo de doença no exercício de uma atividade perigosa, ou para evitar situações de contágio para os restantes trabalhadores ou para terceiros, propiciadas pelo exercício da atividade profissional do trabalhador”.

Resulta deste acórdão e da regulamentação legal que os testes de seropositividade para o HIV, no âmbito da relação laboral, segundo uma interpretação conforme à Constituição, serão justificados em muito poucas situações, ou seja, são muito poucas as profissões que poderão justificar a exigência de um teste de HIV⁴⁰.

A Comissão Nacional de Proteção de Dados⁴¹ defende que o portador de HIV, na qualidade de candidato a emprego, não está obrigado, nem a fornecer informação que lhe diga respeito, nem a ser submetido a qualquer teste, visando respeitar o Código de Conduta da OIT, segundo o qual “uma infeção por VIH não pode ser causa de despedimento”⁴².

Em suma, só em casos excecionais, será legítimo impor um teste de HIV a um candidato a emprego ou a um trabalhador e que, em caso algum, isso justifica a violação do segredo profissional.

No caso vertente, o STJ decidiu o seguinte:

“Resultando dos factos apurados pelas instâncias – sobre os quais o Supremo não pode exercer censura –, em síntese, que o A. é portador de HIV positivo, que esta é uma doença infetocontagiosa crónica que o torna inapto para o exercício das funções de cozinheiro, dado ter de manipular alimentos e de utilizar objetos cortantes e que o vírus respetivo existe no sangue, saliva, suor e nas lágrimas e pode ser transmitido no caso de haver derrame dos mesmos sobre alimentos servidos em cru consumidos por quem tenha na boca uma ferida mucosa de qualquer espécie, é de entender que se verifica uma impossibilidade superveniente (porque surgida posteriormente à contratação do A.) e definitiva de o A. prestar à R. as suas funções de cozinheiro.”

Diz-se, ainda, no acórdão, que “O artigo 151.º do Código do Trabalho consagra um direito (faculdade) do empregador de impor ao trabalhador o exercício de funções afins ou funcionalmente ligadas à atividade contratada, não se vislumbrando possível extrair dele a consagração do dever do empregador de atribuir tais funções afins ou funcionalmente ligadas às contratadas, nem a obrigação de o empregador criar um posto de trabalho que não tenha a ver com a atividade contratada ou de que não precise – v. g., por ter trabalhador a exercer as respetivas funções – para ocupar o trabalhador que se incapacitou, em termos supervenientes e definitivos e por facto totalmente alheio à sua atividade profissional.

Pela sua importância, reproduz-se outra parte do aresto, no qual se refere que “Neste quadro, é de considerar que o contrato de trabalho que vinculava as partes, e no contexto do qual o autor exercia as funções de cozinheiro, caducou nos termos do artigo 387.º, alínea b), do CT, por se verificar a “impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho”.

A interpretação dos preceitos legais referidos, nos termos nelas enunciados, não incorre em violação dos artigos 13.º, 25.º, 26.º, 53.º e 58.º da Constituição da República.

Não afronta o princípio constitucional da igualdade, a decisão que apreciou a factualidade provada (sem a poder alterar), enquadrando-a na previsão da alínea b), do artigo 387.º, do CT, e concluiu pela verificação de uma situação de caducidade do contrato de trabalho, sem a mínima manifestação de discriminação em relação ao A., pelo facto de ser portador de HIV, apenas assim concluindo por se ter entendido que, no caso concreto e de acordo com a factualidade provada, tal afeção ditava a referida impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho.

Nenhuma discriminação desfavorável se fez aí ao A., em função da sua doença, em relação a outros trabalhadores, portadores ou não de igual ou diferente doença, e também eles impossibilitados, nos termos da citada alínea b), de prestar o trabalho aos respetivos empregadores”⁴³.

De tudo o que se vem afirmando, conclui-se, naturalmente, que a situação concreta é problemática, exigindo a mobilização dos princípios da adequação e da proporcionalidade na sua resolução.

Por um lado, importa realçar que o trabalhador merece proteção na intimidade da sua vida privada e não pode ser discriminado em virtude do seu estado de saúde.

Mas, também, não se pode esquecer que existe uma forte probabilidade do risco de contágio do vírus de imunodeficiência humana a terceiros, nomeadamente a outros trabalhadores, ao empregador e a clientes do hotel, que importa salvaguardar.

Daí que, se se admite como possível o afastamento do trabalhador das funções de cozinheiro, com base no referido risco de contágio, afigura-se que seria possível encontrar outra função compatível com as limitações resultantes do estado de saúde do trabalhador, principalmente numa sociedade hoteleira com as características da ré, que evitasse a caducidade do contrato de trabalho por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva do trabalhador.

2.3. Vigilância à distância (artigos 20.º e 21.º do CT)

O artigo 20.º do Código do Trabalho, sob a epígrafe “Meios de vigilância à distância”, estipula o seguinte:

1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 – A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem.

3 – Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: “Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão” ou “Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som”, seguido de símbolo identificativo.

4 – (...).”

Por sua vez, o artigo 21.º do mesmo Código, epigrafado “Utilização de meios de vigilância à distância”, dispõe o seguinte:

1 – A utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

2 – A autorização só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.

3 – Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância à distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

4 – O pedido de autorização a que se refere o n.º 1 deve ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível dez dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer.

5 – (...).”

A matéria em causa nestes preceitos tem sido objeto de posições doutrinárias e de decisões jurisprudenciais nem sempre convergentes, mas relativamente às quais importa ter como assente o seguinte:

- É proibida a utilização de meios de videovigilância, nomeadamente câmaras de vídeo, microfones dissimulados, equipamento audiovisual e outros mecanismos de registo de imagem e/ou de som, com a finalidade exclusiva de controlar o desempenho profissional do trabalhador⁴⁴;
- A proibição incide sobre o comportamento profissional do trabalhador no tempo e no local de trabalho, sendo vedado ao empregador controlar, não apenas as condutas que reentrem na esfera da vida privada do trabalhador, como vigiar ou fiscalizar o modo de execução da prestação de trabalho⁴⁵.
- Ressalvam-se, no entanto, as hipóteses previstas no n.º 2, do artigo 20.º (proteção de pessoas e bens ou existência de particulares exigências inerentes à natureza da atividade que justifiquem o uso de tais meios⁴⁶), sendo que, nestes casos, o empregador deve informar o trabalhador, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo⁴⁷.
- A vigilância oculta ou secreta é ilícita, ou seja, é proibida tal tipo de vigilância sem prévia informação e conhecimento dos trabalhadores e sem autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd)⁴⁸, a qual previamente verificará da sua necessidade, adequação e proporcionalidade⁴⁹.

A utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho depende, assim, da autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), que só pode ser concedida quando a utilização dos meios for:

- necessária;
- adequada e
- proporcional aos objetivos a atingir⁵⁰.

Haverá ainda que salientar um outro aspeto, que tem tido enorme relevância na jurisprudência que se tem debruçado sobre o tema, e que é o da utilização das imagens e/ou do som captados por sistema de videovigilância poderem ser utilizados como meio de prova e serem utilizados para fundamentar o exercício da ação disciplinar.

Nesta matéria, há sempre que ter em conta os seguintes princípios:

- da finalidade legítima, que pressupõe a adoção de um fim legítimo que justifique a utilização destes sistemas de controlo;
- da proporcionalidade, que implica que o recurso a estes sistemas só seja utilizado como *ultima ratio*;
- da transparência informativa, que se destina a garantir ao titular dos dados o poder de disposição dos seus próprios dados pessoais de imagem e de som.

Analisemos agora algumas das decisões jurisprudenciais sobre os aspetos referidos.

O primeiro acórdão, que constitui, de algum modo, referência sobre o tema, é o acórdão do STJ, de 08.02.2006 (Fernandes Cadilha), onde se decidiu que a instalação de sistemas de videovigilância nos locais de trabalho envolve a restrição do direito de reserva da vida privada e apenas poderá mostrar-se justificada quando for necessária à prossecução de interesses legítimos e dentro dos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade⁵¹.

Segundo o aresto, o empregador pode utilizar meios de vigilância à distância, sempre que tenha por finalidade a proteção e a segurança de pessoas e bens, devendo entender-se, contudo, que essa possibilidade se circunscreve a locais abertos ao público ou a espaços de acesso a pessoas estranhas à empresa, em que exista um razoável risco de ocorrência de delitos contra as pessoas ou contra o património.

Por outro lado, essa utilização deverá traduzir-se numa forma de vigilância genérica, destinada a detetar factos, situações ou acontecimentos incidentais, e não numa vigilância diretamente dirigida aos postos de trabalho ou ao campo de ação dos trabalhadores.

Decidiu ainda que, os mesmos princípios têm aplicação mesmo que o fundamento da autorização para a recolha de gravação de imagens seja constituído por um potencial risco para a saúde pública, que possa advir do desvio de medicamentos do interior de instalações de entidade que se dedica à atividade farmacêutica.

Logo, é ilícita, por violação do direito de reserva da vida privada, a captação de imagem através de câmaras de vídeo instaladas no local de trabalho e direcionadas para os trabalhadores, de tal modo que a atividade laboral se encontre sujeita a uma contínua e permanente observação.

Tratou-se de uma ação de um sindicato em que pedia a condenação da entidade empregadora a retirar as câmaras de videovigilância que teriam sido colocadas no local de trabalho com o objetivo exclusivo de controlar o desempenho profissional dos trabalhadores.

Neste processo, estava em causa a análise da licitude ou ilicitude de colocação das câmaras de vigilância no local de trabalho e, conseqüentemente, o confronto entre o direito à privacidade e à imagem dos trabalhadores e os interesses de proteção de pessoas e bens e razões de saúde pública (artigos 26.º da CRP e 79.º e 80.º do CC).

O STJ concluiu que a captação de imagens através de videovigilância, de forma permanente e contínua, constitui uma restrição inadmissível do direito à intimidade da vida privada, que deve passar pelo crivo do artigo 18.º da CRP.

De acordo com a decisão, a captação de imagens foi considerada ilícita, pois constituía um meio excessivo e importava um sacrifício superior ao benefício que se pretendia obter, independentemente do fim visado com tal captação.

Considerou-se, ainda, que a vigilância seria desproporcionada, mesmo que existissem as razões de saúde pública invocadas pela ré, que se dedicava à atividade de armazenista de produtos farmacêuticos e que já tinha sido confrontada com vários furtos de medicamentos.

No caso vertente, o local de trabalho era o mesmo onde estavam depositados os bens, cuja proteção se pretendia, pelo que o critério da decisão seria sempre o da finalidade prosseguida.

Daí que, em nosso entender, a licitude não será afetada mesmo que:

- incidentalmente, a atividade dos trabalhadores seja observável;
- o local não seja um espaço totalmente acessível ao público.

No entanto, é sempre necessário, averiguar se a medida é adequada, necessária e proporcional (artigo 18.º da CRP), o que, no caso, ficou por demonstrar.

Tem havido uniformidade da jurisprudência, como não podia deixar de ser face ao conteúdo da lei, sobre a questão de não ser permitida a utilização desses meios com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

Porém, já existem divergências, quer na doutrina⁵², quer na jurisprudência, no que respeita à admissibilidade desses meios como prova para fundamentar um procedimento disciplinar, naturalmente depois de observados os requisitos de autorização e informação prévias.

Na doutrina, uns vêm defendendo que, face ao conteúdo do n.º 1 do artigo 20.º, a utilização de meios de videovigilância e o seu registo não podem ser valorados como meios de prova⁵³.

Para outros, a utilização é legítima, desde que a violação por parte do trabalhador seja atentatória da finalidade de proteção e segurança das pessoas e bens, ou de particulares exigências inerentes à natureza da atividade.

Daí que possa ser possível utilizar o registo da prova, assim obtida, para demonstrar a prática de um crime, nomeadamente de furto, pelo trabalhador, quando tinha conhecimento de que eram feitas recolhas de imagens, nos termos do n.º 3, do artigo 20.º, e que os respetivos registos podiam ser utilizados em caso de cometimento de atos lesivos de pessoas e bens⁵⁴.

Relativamente à jurisprudência, salienta-se que, em dois casos sobre a Lei do Jogo, e anteriormente ao CT, o Tribunal da Relação do Porto julgou admissível como prova os registos realizados através da utilização de videovigilância⁵⁵.

Por sua vez, o Tribunal da Relação de Lisboa, nos acórdãos de 03.05.2006 e de 09.12.2008⁵⁶ pronunciou-se no sentido da inadmissibilidade do recurso às imagens registadas como meio de prova em processo disciplinar.

De acordo com estas decisões, a utilização de videovigilância nestas circunstâncias constitui uma intromissão abusiva na vida privada e, ao mesmo tempo, uma violação do direito à imagem do trabalhador.

No acórdão de 03.05.2006, os factos eram os seguintes:

O trabalhador exercia funções no balcão de uma farmácia (da R.) e trabalhava nessa empresa há 28 anos. A relação laboral cessou a 30 de outubro de 2001, por aplicação da sanção disciplinar de despedimento com justa causa, tendo como fundamento a violação culposa dos deveres de zelo e diligência e, ainda, por se considerar que houve desprezo do trabalhador pelos interesses patrimoniais e imagem da R. Os factos que conduziram a essa decisão reportam-se a dois acontecimentos, nomeadamente, um ocorrido a 3 de julho de 2001 e outro, a 2 de agosto de 2001, por os montantes constantes da caixa do trabalhador à hora de almoço não coincidirem com os valores constantes na folha de caixa produzida informaticamente. Mais se provou que, a 3 de julho de 2001, no fecho

do trabalhador, o montante do apuramento diário estava de acordo com o verificado no registo informático e que, no dia 2 de agosto de 2001, o montante apurado excedia o verificado no registo informático em 286.00 escudos. Provou-se, ainda, que era frequente existirem pequenas diferenças de saldos positivos ou negativos e que outros colegas do trabalhador também tinham pequenas falhas de caixa sem que algum deles tivesse sido alvo de perseguição.

O acórdão, que revogou a decisão da primeira instância, concluiu que “se o fim visado pela videovigilância é exclusivamente o de prevenir ou reagir a casos de furto, vandalismo ou outros referentes à segurança de um estabelecimento, relacionados com o público – e ainda assim com aviso aos que se encontram no estabelecimento ou a ele se deslocam de que estão a ser filmados, só nesta medida a videovigilância é legítima”.

De facto, a videovigilância, não só não pode ser utilizada como forma de controlar o exercício da atividade profissional do trabalhador, como não pode, por maioria de razão, ser utilizada como meio de prova em sede de procedimento disciplinar⁵⁷.

Assim, no caso concreto em análise, a divulgação de uma cassete constitui uma abusiva intromissão na vida privada e a violação do direito à imagem do trabalhador (artigos 26.º da CRP e 79.º do CC) criminalmente punível (artigo 199.º, n.º 1, alínea b), do CP)⁵⁸.

Da análise deste acórdão, concluiu-se que é lícito ao empregador exercer o poder de direção sobre o trabalhador, o qual é imanente à relação de trabalho, controlando e vigiando a atividade desenvolvida por este.

Contudo, o controlo/vigilância não pode colidir com os direitos e liberdades dos trabalhadores, no que respeita à salvaguarda da sua esfera pessoal e familiar e que, em caso de negação/violação pode conduzir à lesão, negação ou supressão de direitos fundamentais consagrados na CRP.

É também este o sentido do acórdão da RL, de 19.11.2008⁵⁹, que decidiu “não ser admissível, no processo laboral, e como meio de prova, a captação de imagens por sistema de videovigilância”.

O Tribunal invocou, na fundamentação, o disposto no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, no que concerne ao regime de nulidade das provas resultantes da abusiva intromissão da vida privada, bem como a inexistência de autorização prévia da CNPD, e a falta de consentimento da trabalhadora para o tratamento de dados pessoais resultantes da videovigilância, nos termos dos artigos 6.º, 27.º e 31.º, da lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

Contudo, a jurisprudência tem vindo a tomar posições divergentes quanto a esta matéria.

Com efeito, alguns arestos vêm admitindo a licitude das provas obtidas através do uso de videovigilância em certas circunstâncias.

Com efeito, o Ac. da RE, de 09.11.2010, decidiu que a limitação constante do n.º 1, do artigo 20.º, do CT, não deve ser acolhida quando a violação cometida pelo trabalhador seja igualmente atentatória da finalidade de proteção e segurança de pessoas e bens para que foi concedida, pois seria estranho que a videovigilância, instalada e utilizada para a proteção e segurança das pessoas e bens, não pudesse fundamentar uma atuação contra aqueles que, pelas funções que desempenham, mais poderão atentar contra as finalidades que a instalação visa defender⁶⁰.

Também o acórdão da RL, de 18.05.2005 (Seara Paixão), concluiu que não se vê que a utilização de câmaras de filmar no local de trabalho seja ofensivo dos direitos de imagem dos trabalhadores que aí laboram, pois os seus retratos não são expostos ao público por via de tais filmagens.

No acórdão da RP, de 04.02.2013⁶¹, decidiu-se que “sendo imputado pelo empregador ao trabalhador a prática de um ilícito disciplinar por violação do dever de lealdade, passível de integrar igualmente um crime de furto, é de admitir a exibição em audiência de julgamento das gravações de imagens num caso em que está alegado, sem impugnação, que o estabelecimento onde ocorreu aquele ilícito está a videovigilância autorizada pela CNPD, a existência e funcionamento desse sistema foi participado ao trabalhador, está devidamente publicitado por dois dísticos afixados nesse estabelecimento e o dito sistema foi implementado com vista a salvar bens e produtos à venda⁶²”.

A atender-se de outra forma, a norma do n.º 2, do artigo 20.º, do CT estaria completamente deslocada, não se justificando a sua inclusão no CT, cuja disciplina se destina a regular as relações entre trabalhadores e respetivos empregadores. Assim, esta norma tem de ter como destinatários os próprios trabalhadores da empresa, pois, de outro modo, não se compreende a sua inserção no diploma.

Por isso, e como se refere no Ac. da RE, de 19.11.2010, aceitamos que o n.º 2 constitui uma das exceções ao disposto no n.º 1, pois, de outra forma, tratar-se-ia de uma norma absolutamente inútil, uma vez que as regras que definem a autorização destes meios de vigilância à distância estão inseridas no diploma legal que fixa e determina a legalidade da sua utilização.

Além disso, também não vemos neste visionamento em audiência qualquer intromissão ou devassa da vida privada da trabalhadora, pois o que está em causa é uma atuação desta no âmbito e durante a prestação laboral.

Por outro lado, a doutrina do Ac. do STJ, de 08.02.2006, incidiu sobre uma questão de legalidade de utilização dos sistemas de videovigilância e que foi considerada excessiva e desproporcionada pelo STJ, face ao interesse económico invocado pelo empregador, o que é diferente da situação descrita no referido acórdão da RE, de 19.11.2010, já que não estava em causa a legalidade da videovigilância utilizada⁶³.

Por isso, "sendo ilícitas as filmagens utilizadas pelo empregador no processo disciplinar, daí não resulta a nulidade de todo o processo, antes determinando essa ilicitude que a sobredita recolha de imagens não possa ser considerada na indagação da justa causa"⁶⁴.

De facto, daqui não resulta que o procedimento disciplinar fique afetado de nulidade insanável. É que as causas de nulidade (ou de invalidade) constam de elenco taxativo, vertido no n.º 2, do artigo 430.º, do CT.

Uma outra situação, analisada pela jurisprudência, respeita a saber se a instalação e sua utilização de um sistema de GPS numa viatura constituía um meio de videovigilância e, em consequência, se poderia consubstanciar fundamento para resolução do contrato de trabalho.

O acórdão do STJ, de 22.05.2007 (Pinto Hespanhol) concluiu que integravam o conceito de meios de videovigilância, previstos no artigo 20.º do CT, todos os meios tecnológicos que permitissem controlar remotamente o desempenho profissional do trabalhador, e que o GPS não poderia assumir essa qualificação, uma vez que apenas permitia controlar a localização do veículo e respetivos percursos, mas não as circunstâncias, duração e desempenho profissional do trabalhador, não afetando, por isso, os seus direitos de personalidade, pelo que a resolução do contrato com fundamento na violação desses direitos carecia de justa causa⁶⁵.

Recentemente, o acórdão do STJ, de 13.11.2013 (Mário Belo Morgado)⁶⁶ decidiu no mesmo sentido do acórdão anterior.

De acordo com esta decisão, "... o dispositivo de GPS instalado, pelo empregador, em veículo automóvel utilizado pelo seu trabalhador no exercício das respetivas funções, não pode ser qualificado como meio de vigilância à distância no local de trabalho, nos termos definidos no referido preceito legal, porquanto apenas permite a localização do veículo em tempo real, referenciando-o em determinado espaço geográfico, não permitindo saber o que faz o respetivo condutor...", e "... encontrando-se o GPS instalado numa viatura exclusivamente afeta às necessidades do serviço, não permitindo a captação ou registo de imagem ou som, o seu uso não ofende os direitos de personalidade do trabalhador, nomeadamente a reserva da intimidade da sua vida privada e familiar...".

Em sentido diferente, concluiu o Ac. da RP, de 22.04.2013, (António José Ramos), onde ressalta que, seja através de uma interpretação extensiva ou de uma interpretação atualista, o dispositivo GPS instalado no veículo de um trabalhador deve ser englobado no conceito de meio de vigilância à distância⁶⁷.

Segundo este acórdão, "a utilização do GPS não escapou ao âmbito das relações laborais. Com efeito, o GPS converteu-se num instrumento de grande utilidade em atividades como o transporte terrestre, marítimo e aéreo, mas também é um instrumento eficaz para que o empresário possa conhecer como estão a ser utilizados os materiais postos à disposição do trabalhador e o que é mais controverso, onde está em cada momento".

E refere-se, igualmente, que a diferença entre o GPS e a videovigilância é que esta, além de permitir controlar não só onde o trabalhador se encontra a dado momento, permite saber o que o mesmo está a fazer. Isto é, assim, quando a atividade laboral se desenvolve nas instalações da entidade empregadora, mas se a mesma se desenrola extramuros, isto é, quando a própria natureza da atividade laboral pressupõe o seu desenvolvimento fora de um determinado local no interior das instalações empresariais, como é o caso das empresas de transporte, de táxi, de ambulância, etc. impõe-se a necessidade, não tanto de saber o que o trabalhador faz na cabine da viatura, mas, essencialmente, controlar por onde anda, onde se encontra, para onde se dirige com a mesma, bem como os fins com que se utiliza o património da empresa.

Salienta o mesmo acórdão que "com a utilização do GPS, o empregador pode seguir passo a passo o percurso do trabalhador e apesar de não ver o que este faz, sabe onde ele está a cada momento. E para se vigiar alguém não é necessário ver-lhe a face, mas tão só saber-se da sua posição, onde se encontra, por onde anda e por onde vai. E com os registos dos 'passos do trabalhador' e da sua posição pode o empregador proceder a um tratamento de dados pessoais, identificando o respetivo condutor/trabalhador, assim, caindo no âmbito do artigo 17.º, n.º 2 do Código do Trabalho⁶⁸.

Assim, a utilização do GPS, como equipamento eletrónico de vigilância e controlo que é, e o respetivo tratamento, implica uma limitação ou restrição ao direito à reserva da intimidade da vida privada, consignada no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, nomeadamente uma

restrição à liberdade de movimento, integrando esses dados por tal motivo, informação relativa à vida privada dos trabalhadores, pelo que deve estar sujeita à autorização prévia da Comissão Nacional de Proteção de Dados”.

Constata-se, assim, que as decisões não têm sido uniformes, embora o Supremo Tribunal venha a decidir no sentido de que o GPS não constitui um meio de vigilância à distância, nos termos acima expostos.

Com efeito, e como se salienta no referido acórdão de 13.11.2013, os factos relativos à localização geográfica de um camião de transporte de combustível não serão de considerar abrangidos pelo direito à reserva da intimidade da vida privada do respetivo motorista (no âmbito da relação jurídico-laboral existente entre este e o respetivo empregador), ou, em geral, pela esfera de proteção dos direitos de personalidade.

Apesar disto, sempre se dirá que as situações descritas colocam dificuldades ao julgador, principalmente quando tem de se deparar com novos instrumentos tecnológicos que não eram conhecidos ou não foram previstos no momento da produção legislativa.

Daí que, atendendo às finalidades visadas com a utilização do dispositivo e às circunstâncias de cada caso concreto, deverá analisar se o recurso ao dispositivo é pertinente, adequado, proporcional e não excessivo, face à globalidade dos interesses em jogo.

2.4. Confidencialidade das mensagens e de acesso à informação

Importa agora analisar as questões relativas à confidencialidade das mensagens e do acesso à informação.

Como já foi referido, o artigo 26.º da CRP estipula que a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra; à reserva da intimidade privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (n.º 1).

Por seu turno, o artigo 34.º, n.º 1, da mesma CRP, consagra como invioláveis os direitos ao domicílio e ao sigilo da correspondência e outros meios de comunicação privada, estando aqui abrangido o correio eletrónico⁶⁹, sendo as respetivas violações consagradas como infrações penais (artigo 194.º do Código Penal).

O n.º 4 do mesmo artigo prevê que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”.

No âmbito do Código do Trabalho (artigo 22.º), o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de carácter pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico.

Por isso, é proibido ao empregador aceder ou divulgar o conteúdo das mensagens de natureza não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte a partir ou no local de trabalho, independentemente da forma que as mesmas revistam (cartas, correio eletrónico, SMS, telefonemas, etc.).

Gozam da mesma proteção as comunicações telefónicas que o trabalhador haja efetuado a partir do seu local de trabalho, bem como os sítios de Internet por si visitados e as informações por si recolhidas, cujo controlo deve ser feito aleatoriamente, de forma não individualizada, e sem intuítos persecutórios⁷⁰.

Por isso, a visualização das mensagens, que apenas se justifica em casos esporádicos, deve ser feita na presença do trabalhador ou de quem o represente, cingindo-se à visualização do endereço do destinatário ou remetente da mensagem, do assunto, da data e hora do envio⁷¹.

É certo que os meios telefónicos e informáticos pertencem ao empregador, constituindo instrumentos de trabalho, não estando, por isso, obrigado a permitir ao trabalhador a sua utilização para finalidades pessoais, podendo restringir ou, para alguns, vedar o acesso desses meios ao trabalhador, quando se destinem a uso extraprofissional⁷².

De facto, o empregador tem o poder de regulamentar a utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente de correio eletrónico (n.º 2, do artigo 22.º, do CT), estabelecendo o tempo de utilização por parte dos trabalhadores e sancionar quem cometa abusos ou exceda os limites impostos⁷³.

Para a concretização da utilização destas regras, Guilherme Dray afirma que “qualquer meio utilizado será lícito, desde que se revele adequado para que se torne possível o seu conhecimento por parte dos trabalhadores da empresa”, elegendo, no entanto, o regulamento interno como o meio a utilizar por excelência⁷⁴.

Teresa Coelho Moreira defende que o meio mais apropriado é o estabelecimento de ‘cartas de boa conduta’, integrando, eventualmente, o regulamento interno e sujeito, assim, a todas as formalidades necessárias⁷⁵.

Por sua vez, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) estabeleceu, como orientação geral, que o “grau de utilização dos meios da empresa para fins privados, a delimitação das condições de tratamento e especificação das formas de controlo adotadas devem constar de Regulamento Interno...”⁷⁶

Contudo, esse poder e o estabelecimento de tais regras não lhe permitem controlar as páginas visitadas, sob pena de intromissão no direito à privacidade, que abrange o direito constitucionalmente previsto no artigo 35.º da CRP.

Caso o empregador não estabeleça essas regras, os trabalhadores terão, então, legitimidade para utilizar os referidos instrumentos para fins pessoais, desde que o façam de forma socialmente adequada, não excessiva ou abusiva⁷⁷.

Por outro lado, a existência de tais regras – e, sobretudo, o controlo do seu respeito pelos trabalhadores – não afeta, em caso algum, o direito à reserva e à confidencialidade que a nossa lei garante relativamente a mensagens pessoais e à informação não profissional que o trabalhador receba, consulte ou envie, designadamente através de correio eletrónico⁷⁸.

A proibição, que também vale em sede de procedimento disciplinar, levanta duas questões:

- distinguir entre o que é pessoal e o que diz respeito ao trabalho;
- apurar como o empregador pode conhecer a natureza pessoal da mensagem sem conhecer o seu conteúdo (o que, só por si, significaria violação ao n.º 1 do artigo).

A primeira questão deve ser resolvida de forma casuística, uma vez que se verificarão sempre situações de fronteira entre a esfera pessoal e a esfera profissional, disso sendo exemplo a situação em que um trabalhador envia uma mensagem a um membro do agregado familiar, dando conta de que chegará mais tarde por estar impedido no trabalho⁷⁹.

Relativamente à segunda questão, há várias pistas e soluções.

Para Júlio Gomes, o empregador pode aceder ao conteúdo de mensagens relativamente às quais pode acreditar que não são pessoais e, havendo uma justificação para que não seja o trabalhador a responder-lhe, como é o caso em que é recebida na empresa uma carta de um cliente, dirigida ao responsável pelas vendas da empresa, que se encontra de férias, pelo que será legítimo ao empregador abrir a carta⁸⁰.

Outros defendem a possibilidade de o empregador recorrer a uma listagem de tráfego de *e-mails*, consultando o assunto, o remetente, o destinatário e a hora a que os mesmos foram enviados ou recebidos, de molde a determinar se o trabalhador utilizou esse meio de forma abusiva⁸¹.

De acordo com a Lei de Proteção de Dados⁸², o trabalhador deve ser informado da existência de tratamento das suas finalidades, da existência de controlo, do grau de tolerância admitido e das consequências da má utilização ou utilização indevida dos meios de comunicação colocados à sua disposição⁸³.

Antes da adoção de qualquer medida de controlo eletrónico, o empregador tem de respeitar o princípio da finalidade⁸⁴, o que significa que os dados de caráter pessoal só podem ser recolhidos quando existam motivos determinados, explícitos e legítimos, devendo a pretensão do empregador estar em conformidade com o ordenamento jurídico e ser respeitadora dos valores fundamentais⁸⁵.

Este princípio é absolutamente basilar, sendo os demais princípios função deste, uma vez que os dados devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade que se pretende⁸⁶.

O empregador deve, por isso, respeitar sempre o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que constitui um princípio de controlo e um mecanismo de equilíbrio entre os diferentes direitos em causa⁸⁷, e que pressupõe um juízo prévio sobre a necessidade ou indispensabilidade da medida ou outro posterior sobre a proporcionalidade dos sacrifícios que comporta para os direitos fundamentais dos trabalhadores⁸⁸.

A jurisprudência tem sido chamada a pronunciar-se sobre o assunto, destacando-se alguns acórdãos, do qual o Ac. do STJ, de 05.07.2007 (Mário Pereira), constitui uma referência.

No caso concreto, o Tribunal foi chamado a decidir sobre a licitude do despedimento promovido pelo empregador e a questão em análise dizia respeito a saber se o empregador podia ou não ter tomado conhecimento do teor de um *e-mail* que a trabalhadora tinha enviado a uma colega, durante o horário, com instrumentos da empresa e para um endereço desta, referindo-se a um superior hierárquico em tons considerados jocosos e injuriosos, e se podia utilizar o seu conteúdo em sede de procedimento disciplinar.

O STJ veio a considerar que o acesso e a divulgação do conteúdo do *e-mail* constitui uma violação de direitos fundamentais, nomeadamente da privacidade e da confidencialidade das mensagens e, no contexto factual apurado, considerou que o empregador não podia ter acedido à mensagem, mas mesmo que o fizesse, não podia utilizá-la em sede de procedimento disciplinar, acabando por julgar o despedimento ilícito.

De acordo com o STJ, a definição de natureza profissional da mensagem obtém-se por contraposição à natureza profissional da comunicação, relevando, antes de mais, a vontade dos intervenientes na comunicação, ao postularem, de forma expressa ou implícita, a natureza profissional ou privada das mensagens que trocam, e considerou que a mensagem tinha natureza pessoal, pois não é o facto de os meios informáticos pertencerem ao empregador que afasta a natureza privada da mensagem e legitima este a aceder ao conteúdo, nem a falta de marca prévia, expressa e formal da pessoalidade da mensagem afasta a tutela aí prevista.

Igualmente, da prova não resultou que o empregador tivesse previamente usado da faculdade prevista no n.º 2, do artigo 22.º, regulando a utilização do correio eletrónico para fins privados dos seus trabalhadores, nomeadamente através de regulamento interno⁸⁹.

Este acórdão surge na sequência do recurso de revista interposto pela ré, da decisão proferida no acórdão da RP, de 26.06.2006 (Fernanda Soares), que havia decidido que o superior hierárquico da trabalhadora, que acedeu ao endereço eletrónico interno da empresa e lê um *e-mail* dirigido à funcionária que, por regra, acede ao referido correio, através de *password* que revela a outros funcionários que a tenham de a substituir na sua ausência, não viola o direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal, mas as expressões usadas pela trabalhadora, embora mereçam censura, não constituem justa causa de despedimento.

É que, além do mais, não ficou provado que o envio do *e-mail* e as expressões nele contidas tivessem sido do conhecimento dos demais trabalhadores da ré, ou que, por alguma forma, o ocorrido tivesse sido comentado na empresa.

Por outro lado, o endereço em causa era partilhado e não exclusivo da trabalhadora e, assim, as mensagens privadas caídas nesse endereço perdem muito do seu carácter privado, não podendo a trabalhadora ter a razoável expectativa de privacidade, de que a dita mensagem apenas seria lida pela destinatária, motivo pelo qual, nas circunstâncias descritas, o superior hierárquico tinha legitimidade para aceder ao referido endereço e ler as mensagens caídas nesse endereço.

No acórdão da RL, de 07.03.2012 (José Eduardo Sapateiro), foi considerado que, face à inexistência de qualquer regulamentação prévia para a utilização pessoal e profissional da Internet por parte dos trabalhadores da ré, verifica-se o acesso e conhecimento indevidos e ilícitos por parte da empresa ao conteúdo de conversas de teor estritamente pessoal da trabalhadora com três amigas e o marido/namorado, numa situação que se pode equiparar, de alguma maneira, à audição de vários telefonemas particulares (no fundo uma espécie de escutas ilegais), ou à leitura de cartas dessa mesma índole, sem que, quer o remetente, quer o destinatário, tenham dado o seu consentimento prévio a tal visionamento escrito das ditas conversas (artigos 16.º e 22.º do CT).

Diz-se, ainda, que o facto de as referidas conversas/mensagens eletrónicas se acharem guardadas no servidor central da ré, a ela pertencente, não lhes retira a sua natureza pessoal e confidencial.

Neste acórdão, estava também em causa a liberdade de expressão e de opinião, prevista no artigo 37.º da CRP, que permite que as pessoas, quando estão em circuitos fechados e privados com pessoas de confiança, falem à vontade, se queixem, exagerem, desabafem insultos, graçolas, afirmem coisas de forma leviana, no calor de uma conversa, uma vez que contam com a discrição dos seus interlocutores para a confidencialidade do conteúdo da mesma.

Por sua vez, no acórdão da RL, de 30.06.2011 (Isabel Tapadinhas), decidiu-se, no entanto, o seguinte:

Destinando-se o dever de reserva e confidencialidade previsto no artigo 22.º do CT, a proteger direitos pessoais, como o direito à reserva da vida privada consagrado no artigo 26.º da CRP e 80.º do CC, enquanto o dever de cooperação para a descoberta da verdade visa a satisfação do interesse público da administração da Justiça, a contraposição dos dois interesses em jogo deve, em concreto, ser dirimida, com prevalência do interesse preponderante, segundo um critério de proporcionalidade na restrição de direitos e interesses legalmente protegidos, como decorre do artigo 18.º da CRP, concedendo-se primazia ao último, ou seja, à descoberta de cooperação para a descoberta da verdade⁹⁰.

Com efeito, uma proteção sem limites de certos direitos fundamentais deixaria em muitos casos sem efetiva tutela o próprio direito de ação e os direitos fundamentais poderiam vir a ser invocados em claro abuso de direito⁹¹.

A prevalência, no caso concreto, do dever de cooperação para a descoberta da verdade sobre o dever de reserva da confidencialidade não colide com o disposto no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, uma vez que os factos que o recorrente pretende ver afastados do âmbito da prova que a recorrida pretende produzir são factos excluídos da esfera íntima e, também, da vida pública, para se situarem na área da vida privada e, portanto, não abrangidos pela tutela do direito à reserva quanto à intimidade da vida privada, não se encontrando a coberto do referido preceito constitucional e também do artigo 22.º do CT⁹².

Nas decisões em apreço, resulta patente o conflito ou colisão entre direitos constitucionalmente consagrados, nomeadamente entre a tutela do direito à confidencialidade e privacidade de que goza o trabalhador (artigos 14.º, 26.º e 34.º da CRP) e a liberdade de iniciativa e de gestão empresarial (artigo 61.º da CRP).

Só casuisticamente se pode verificar se foram observados os princípios e os requisitos exigidos, de modo a não ferir nenhum deles, ou, em caso de confronto, averiguar quais os interesses que devem prevalecer.

Através das suas decisões, os Tribunais têm contribuído significativamente para a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, resolvendo questões complexas e inovadoras, às quais nem sempre é fácil dar solução, principalmente quando, cada vez mais, o Direito do Trabalho está a ser alvo de uma verdadeira metamorfose⁹³.

¹ Com interesse sobre as novas tecnologias, ver, entre outros, António David Cattani, *Dicionário crítico sobre trabalho e tecnologia*, Brasil, Petrópolis, Editora Vozes, nomeadamente as p. 224-230; Fernando Amadeu Alves Pinto [et al.], *Informática e Internet, legislação nacional e comunitária*, Vislis Editores, 2004; Manuel Castells, *A sociedade em rede*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002; Gustavo Cardoso [et al.], *A sociedade em rede em Portugal*, Campo das Letras, 2005; Sobre a inovação tecnológica e as relações laborais no país vizinho, ver Jorge Aragón [et al.], *Las relaciones laborales y la innovación tecnológica en España*, Catarata, 2005. Com interesse, Joaquín Juan Albalade, *La participación de los trabajadores en la tecnología*, Madrid, CES, 2005.

² De acordo com Rita Garcia Pereira, "Os e-mails: O cavalo de Troia atual", *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, Coimbra, Almedina, n.º 7 (2005), p.149 e ss., "As modificações ocorridas no mundo do trabalho têm como consequência novos riscos no que concerne ao controlo empresarial, ao cumprimento pelos trabalhadores da atividade a que se obrigam e às questões de segurança, designadamente no que se refere a segredos de fabrico."

³ Acórdão do STJ, de 05.07.2007, (Mário Pereira), processo 07S043 (todos os acórdãos a que não se fizer especial referência sobre a publicação, poderão ser consultados em www.dgsi.pt). Sobre os direitos de personalidade, ver, entre outros, António Maria M. Pinheiro Torres, *Acerca dos direitos de personalidade*, Rei dos Livros, 2000, Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade*, Almedina, 2008, Pedro Pais de Vasconcelos, *Direitos de personalidade*, Almedina, 2006, e Rabindranath Capelo de Sousa, *Direitos de personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

⁴ Sobre o assunto, ver André Pestana Nascimento, "O impacto das novas tecnologias no Direito do Trabalho e a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador", *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, n.ºs 79-80 e 81, p. 215.

⁵ Segundo Paul-Henri Antonmattei, "NTIC et Vie Personnelle", *Droit Social, Droit du Travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication*, numéro spécial, sous la direction de Jean-Emmanuel Ray, n.º 1, 2002, p. 37 e 38, cit. por Rita Garcia Pereira, *op. cit.*, p. 150, as novas tecnologias favorecem o desenvolvimento da vida pessoal no trabalho muito mais do que o telefone ou o fax: com um mero clique, em segundos, um trabalhador pode abandonar a sua prestação para desenvolver a sua vida pessoal, tendo uma oferta muito variada. Por contraponto, favorecem os atentados à vida pessoal do trabalhador por relativizarem a fronteira antigamente estanque entre tempo de trabalho e repouso.

⁶ Teresa Coelho Moreira, "As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo eletrónico do empregador", in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2011, p. 14 e 15, refere que este poder de controlo e vigilância do empregador configura-se como uma manifestação do poder diretivo, sendo inerente ao próprio contrato de trabalho, vindo definido em direta relação com o poder de subordinação do trabalhador, e a "questão do poder de controlo, legitimada constitucional, legal e contratualmente, coloca-se, não tanto em relação à sua existência, mas, em relação ao seus limites, já que o controlo sobre a prestação de trabalho constitui um elemento natural e indispensável próprio de qualquer relação sinalagmática".

⁷ Sobre o assunto, ver Teresa Coelho Moreira, *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, 2004, e, da mesma autora, *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*, Almedina, 2010.

⁸ Sobre o assunto, ver Mark Jeffery, "Tecnologías de la información y privacidad de los trabajadores", in *Tecnología informática y privacidad de los trabajadores*, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, número 1, Thompson Aranzadi, p. 21 e ss. Ver, ainda, Remedios Roqueta Buj, *Uso y control de los medios de información y comunicación en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, e Lucrecio Rebollo Delgado, *Derechos fundamentales y protección de datos*, Dykinson, 2004.

⁹ Vem-se seguindo Teresa Coelho Moreira, "As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo eletrónico do empregador", *op. cit.*, p. 13 e ss. Com interesse, ver Immaculada Marín Alonso, *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa – su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 34 e 35, salienta que "El carácter invasivo de las tecnologías alcanza incluso a otros derechos fundamentales como, por ejemplo, a la vida privada de los ciudadanos, convirtiendo a ésta, en ocasiones, en una mercancía muy valiosa sujeta a transacciones comerciales. En tal dirección, se apunta que la aplicación de las innovaciones tecnológicas al ámbito empresarial constituyen poderosos medios de vigilancia, de memorización, de análisis y de intrusión en esferas que antes permanecían preservadas".

¹⁰ Segue-se, nesta parte, o acórdão da RP, de 04.02.2013 (João Diogo Rodrigues).

¹¹ Ac. do STJ, de 17.12.1994, in AD, 391.º-900.

¹² Júlio Vieira Gomes, *Direito do Trabalho*, I, Coimbra Editora, p. 265 e 266, onde também refere a ideia de "democratização da relação laboral".

¹³ José João Abrantes, "O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador", in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, IGT/CEJ, p. 151.

¹⁴ *Idem*, p. 139.

¹⁵ Nas palavras de Maria Regina Redinha, *Os direitos de personalidade no Código do Trabalho, A reforma do Código do Trabalho*, cit., p. 162 e 163.

¹⁶ Guilherme Machado Dray, *Direitos de personalidade*, Almedina, p. 63, refere que o regime dos direitos de personalidade previsto no Código do Trabalho, embora seja um regime especial em relação ao previsto no Código Civil, não deixa de ter pontos de contacto com este regime.

¹⁷ O que traduz uma perspetiva tendencialmente civilista do legislador do Código do Trabalho. Sobre a crítica ao facto de se dar relevância aos direitos de personalidade do empregador, numa relação desigual, Maria Regina Redinha, *Os direitos de personalidade...*, p. 170.

- ¹⁸ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Almedina, 5.ª edição, 2010, p. 379 e ss.
- ¹⁹ Teresa Coelho Moreira, "As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo eletrónico do empregador, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2011, p. 18.
- ²⁰ José João Abrantes, "O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador", in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, CEJ/IGT, 2004, p. 151.
- ²¹ Teresa Coelho Moreira, "As novas tecnologias...", p. 34.
- ²² Guilherme Dray, *Direitos de personalidade...*, p. 72.
- ²³ José João Abrantes, *Contrato de Trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, 2005, p. 258.
- ²⁴ Guilherme Dray, *Direitos de personalidade...*, p. 73.
- ²⁵ Paula Quintas, *Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspetiva exclusiva do trabalhador subordinado – Direitos (des)figurados*, Almedina, 2013, p. 159.
- ²⁶ Ver o acórdão do STJ, de 29.09.1999, no qual se decidiu que "o trabalhador que publica e afixa na empresa um artigo injurioso para superiores hierárquicos viola o dever de respeito e de urbanidade, constituindo esse comportamento justa causa de despedimento".
- ²⁷ Júlio Gomes, *op. cit.*, p. 279. Ressalvam-se, naturalmente, as empresas de tendência, que são as que se regem por determinada orientação política, ideológica ou religiosa.
- ²⁸ Paula Quintas, *Os direitos de personalidade...*, p. 188. Com interesse, o acórdão do STJ, de 04.12.2000, que decidiu que "Verificando-se que os tópicos elaborados pelo trabalhador em documento (que não foi tornado público) não teve o propósito de atingir a honra e o prestígio da ré, mas apenas alertar para o que, em seu entender, constituía um mau funcionamento da entidade patronal, embora a "arrogância" da forma como o referido documento se encontra elaborado torne a conduta do autor censurável, não consubstancia, contudo, comportamento cuja gravidade acarrete a insubsistência da relação de trabalho, configurando-se, por isso, o despedimento uma sanção desproporcionada e inadequada".
- ²⁹ Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol, "VIH/SIDA e Contrato de Trabalho", in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos professores doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume II, FDUC, Coimbra Editora, 2007, p. 792, nota 13. No Canadá, foi julgado um caso semelhante, de um cozinheiro de uma companhia ferroviária, que confidenciou que era seropositivo, ocorrendo, em consequência, que o capataz se recusou a ingerir as refeições por aquele cozinhas e advertiu os serviços da cozinha desse facto. O Tribunal autorizou a rescisão do contrato por iniciativa do trabalhador, tendo condenado o empregador numa indemnização pela perda de salários e pelos danos causados à sua reputação, bem como a enviar-lhe uma carta de desculpas, por não ter fornecido as devidas instruções quanto ao VIH/SIDA, propiciando atos discriminatórios por parte dos trabalhadores.
- ³⁰ Acórdão da RL, de 29.05.2007 (Relatora: Filomena Carvalho).
- ³¹ Como refere Guilherme Dray, anotação ao artigo 20.º do Código do Trabalho, in Pedro Romano Martinez [et al.], *Código do Trabalho Anotado*, 7.ª edição, Almedina, 2009, p. 152, "Se estiver em causa uma atividade de manuseamento de produtos tóxicos, justifica-se que o empregador possa exigir ao trabalhador a apresentação de exames médicos destinados a comprovar a inexistência de doenças de natureza respiratória (proteção do trabalhador); tratando-se do exercício de funções de enfermagem numa unidade de cuidados intensivos de um serviço hospitalar, justifica-se que o empregador possa exigir ao trabalhador testes comprovativos de que o mesmo não padece de qualquer doença infecciosa (proteção de terceiros); se estiver em causa a contratação de um piloto de aviação ou a de um praticante desportivo, é a própria natureza da atividade que parece justificar tal exigência". Sobre o assunto, ver João Palla Lizardo, "Exames médicos obrigatórios e direitos de personalidade – o acórdão da Relação de Lisboa, de 25.10.2000", in *Questões Laborais*, n.º 24, Ano XI, 2004, p. 215-224.
- ³² Ac. da RP de 24.09.2012 (Ferreira da Costa), processo 203/11.2TTBCL-AP1, decidiu que "O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, nestes incluído o estado de saúde respetivo. O empregador não pode, por princípio, exigir ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde, salvo se este der o seu consentimento".
- ³³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, 1993, p. 181.
- ³⁴ Sobre o assunto, ver Luís Manuel Teles Menezes Leitão, "A proteção dos dados pessoais no Contrato de Trabalho", in *A reforma do Código do Trabalho*, CEJ/IGT (Coordenação de Paulo Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2004, p. 126.
- ³⁵ Sobre o assunto, ver Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 30/2005, de 22.02.2005, (Mário Serrano), in www.dgsi.pt, no qual se salienta que os dados pessoais relativos à saúde integram a categoria dos dados pessoais mais sensíveis, pelo que se inscrevem na esfera íntima, cuja proteção emerge diretamente da aplicação do referido n.º 1, do artigo 26.º, da Constituição.
- ³⁶ Neste sentido, ver Guilherme Dray, anotação ao artigo 16.º do Código do Trabalho, in Pedro Romano Martinez [et al.], *Código do Trabalho Anotado*, 7.ª edição, Almedina, 2009, p. 144. Sobre o tema, ver Paulo Mota Pinto, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", BFDUC, 69 (1993), nomeadamente a p. 531.
- ³⁷ O segredo profissional só poderá ser quebrado havendo uma causa de justificação. Há, no entanto, disposições legais expressas que permitem a divulgação de informação clínica, nomeadamente a Lei de Bases da Luta Contra as Doenças Contagiosas, aprovada pela lei n.º 2036, de 9 de agosto de 1949, e a portaria n.º 1071/98, de 31 de dezembro, que enuncia as doenças de declaração obrigatória, etc. Atualmente, a infeção pelo HIV integra a lista de doenças de declaração obrigatória (portaria n.º 258/2005, de 16 de março), mas essa notificação não contém elementos de identificação pessoal.
- ³⁸ *Diário da República*, 1.ª Série-A, n.º 164, de 18.07.2003, p. 4142 e ss.
- ³⁹ *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 247, de 25 de outubro de 2002.
- ⁴⁰ Tem-se seguido André Gonçalves Dias Pereira, Consulta Solicitada pela Comissão Nacional de Luta contra a Sida, Discriminação de um trabalhador, in www.aidsportugal.com/Modules/WebC_Docs/GetDocument.aspx?DocumentId=13, p. 11-13.
- ⁴¹ Deliberação n.º 65/98, Autorização 59/97, bem como Deliberação 45/2003, in www.cnpd.pt.
- ⁴² Ver *Directrices Mixtas OIT/OMS sobre los servicios de salud y el VIH/SIDA*, OMS/OIT, Ginebra, Organização Internacional do Trabalho, 2005. Ver, ainda, no Direito francês, Joel Colonna, *Le Droit des Relations de Travail Confronté au VIH/SIDA*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002; Ver, também, Daniel Charles, Michel Miné e Carlos Rodriguez, *Le Sida et le Droit du Travail*, Paris, VO Éditions, 1999.
- ⁴³ Em sentido discordante à decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol, "Entre o direito à saúde e o direito a estar doente – Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de maio de 2007", in *Questões Laborais*, Ano XV, n.º 31, janeiro/junho 2008, p. 89-114; André Gonçalves Dias Pereira, "Discriminação de um trabalhador portador de VIH/Sida: Estudo de um caso", in *Lex Medicinæ – Revista portuguesa de direito da saúde*, n.º 6, 2006, p. 121-135. Com interesse, Paula Quintas, *Os direitos de personalidade...*, p. 296-315.
- ⁴⁴ Acórdão da RL, de 18.05.2005, processo 10740/2004-4, (Seara Paixão). Viriato Reis, "licitude da videovigilância no local de trabalho. Segurança de pessoas e bens. Direito à reserva da intimidade da vida privada e direito à imagem dos trabalhadores", *Revista do Ministério Público*, Ano 27, n.º 106, p. 185 e ss., defende que a proibição se mantém mesmo que o trabalhador tenha dado o seu consentimento ao controlo da sua atividade profissional através da utilização de videovigilância. Em sentido discordante, Albertina Pereira, "Vida Privada do Trabalhador", *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, Ano 1, 2002, Almedina, p. 47.
- ⁴⁵ Acórdão da RP, de 22.04.2013, (António José Ramos), processo 73/12.3TVNF.P1.

- ⁴⁶ Cabem aqui as situações de colocação de sistemas de vídeo em aeroportos, postos de combustíveis, supermercados e bancos, mas sempre de molde a preservar ao máximo a intimidade privada do trabalhador, pelo que não será de admitir a instalação em casas de banho, vestiários e afins. Teresa Coelho Moreira, em "Sistemas de video-vigilância e prova de ilícitos disciplinares", *Questões Laborais*, n.º 40, p. 253 e ss. (257-258) salienta que "E, mesmo nestes casos, só em situações excepcionais, dado o seu carácter extremamente intrusivo e que provoca, ou pode provocar, uma ansiedade constante que pode chegar a provocar problemas de saúde, quer físicos, quer psicológicos, pretendendo-se desta forma que o empregador possa realizar um controlo permanente e total".
- ⁴⁷ Ac. do STJ, de 22.05.2007 (Pinto Hespagnol), onde se refere que a utilização dos ditos meios será sempre ilícita (ainda que com aviso prévio da sua instalação feita ao trabalhador), desde que tenha a finalidade de controlar o seu desempenho profissional.
- ⁴⁸ Sobre o assunto, José João Abrantes, *Contrato de trabalho e meios de vigilância da atividade do trabalhador, estudos em homenagem ao professor Raúl Ventura*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2003, p. 809 e ss.; Ac. da RP, de 04.03.2013, processo 787/10.2TTVCT.P1 (Ferreira da Costa), e referências bibliográficas constantes deste aresto.
- ⁴⁹ A aplicação da Lei de Proteção de Dados resulta do n.º 4 do artigo 4.º da lei n.º 67/98, de 26 de outubro.
- ⁵⁰ Sobre o assunto, ver Catarina Sarmento e Castro, *Direito da Informática, privacidade e dados pessoais*, Almedina, 2005, p. 122-152.
- ⁵¹ Sobre o assunto, ver Teresa Coelho Moreira, "Limites à instalação de sistemas de videovigilância", *Revista do Ministério Público*, Ano 31, jul.-set. 2010, n.º 123, p. 293-304.
- ⁵² Sobre o assunto, ver Guilherme Dray, "Justa causa e esfera privada, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, II, Almedina, 2001, p. 81-86, e Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 233 e ss., e Teresa Coelho Moreira, "A admissibilidade probatória dos ilícitos disciplinares de trabalhadores detetados através de sistemas de videovigilância", in *Questões Laborais*, n.º 40, p. 253-261.
- ⁵³ Guilherme Dray, na anotação ao artigo 20.º do Código do Trabalho, in Pedro Romano Martinez [et al.], *Código do Trabalho Anotado*, 7.ª edição, Almedina, 2009, p.154, sustenta que os registos provenientes da utilização destes meios não podem ser utilizados como meios de prova em sede de procedimento disciplinar.
- ⁵⁴ David Oliveira Festas, "O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho", *Revista da Ordem dos Advogados*, novembro de 2004, p. 429; Amadeu Guerra, *A privacidade no local de trabalho – As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através dos sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 358, e André Pestana Nascimento, *op. cit.*, p. 239 e ss..
- ⁵⁵ Trata-se dos acórdãos proferidos ao abrigo da Lei do Jogo, de 20.09.1999, in CJ, 1999, IV, p. 258 e ss., e de 27.09.1999, processo 9910635.
- ⁵⁶ Acórdãos de 03.05.2006, processo 872/2006, e de 09.12.2008, processo n.º 9115/08.
- ⁵⁷ Guilherme Dray, "Justa Causa e Esfera Privada", in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, II, Almedina, 2001, p. 81-86, e Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, 1988, p. 233 e ss. No mesmo sentido, o acórdão da RP, de 09.05.2011, (Paula Leal de Carvalho), onde se decidiu que "O empregador não pode, em processo laboral, e como meio de prova, recorrer à utilização de imagens captadas por sistemas de videovigilância para fundamentar o exercício da ação disciplinar, ainda que a infração disciplinar possa, simultaneamente, constituir ilícito penal". Sobre a proteção penal da intimidade pessoal no país vizinho, ver Maria Ángeles Rueda Martín, *Protección penal de la Intimidade Personal e Informática*, Barcelona, Atelier, 2004.
- ⁵⁸ Acórdão da RL, de 03.05.2006, processo 872/2006-4 (Isabel Tapadinhas).
- ⁵⁹ Processo 7125/2008-4 (Ramalho Pinto).
- ⁶⁰ Processo 292/09.0TTSTB.E1, (Gonçalves Rocha). Diz-se, ainda, neste acórdão que "Por isso, e não se tendo admitido o visionamento do DVD com as imagens contendo atuação duma trabalhadora eventualmente atentatória da proteção e segurança de bens vendidos no estabelecimento da agravante, tem que se anular o processado desde o despacho impugnado, com repetição de toda a prova". No mesmo sentido, o Ac. da RE, de 07.12.2012, processo 292/09.0TTSTB.E2, (Paula do Paço). Também o acórdão da RL, de 16.11.2011, (Paula Sá Fernandes), decidiu que "Tendo-se apurado que o visionamento das imagens captadas pelas câmaras de videovigilância, autorizadas pela CNPD, serviu apenas para a entidade empregadora confirmar a atuação ilícita do trabalhador, que foi atentatória da finalidade de proteção de pessoas e bens, e não para o controlo do desempenho profissional, é ilícito o seu tratamento, como meio de prova, no âmbito do processo disciplinar.
- ⁶¹ Processo 229/11.6TTLMG.P1 (João Diogo Rodrigues).
- ⁶² Na doutrina, André Pestana Nascimento, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 79-81, p. 239. David Oliveira Festas, "O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho", *ROA*, ano 64, Vol. I/II, nov. 2004, considera abusiva a invocação pelo trabalhador do direito à reserva da intimidade da vida privada, para que se possa prevalecer dos seus comportamentos ilícitos durante a execução do trabalho.
- ⁶³ Situação um pouco diferente é a relatada no Ac. da RP, de 04.03.2013 (Ferreira da Costa), que decidiu que "Apesar de as provas obtidas pelo sistema de videovigilância não poderem ser consideradas em sede disciplinar, por ilícitas, tal não impede que a trabalhadora invoque tal matéria se decidir resolver o contrato, com a invocação de justa causa, pois em qualquer dos casos, estamos perante o mesmo comportamento ilícito da ré...". Por seu turno, o facto de os trabalhadores terem presenciado a instalação de um sistema de videovigilância nos escritórios da ré não significa que esta tenha cumprido o dever de informação, previsto pelo artigo 20.º, n.º 3, do CT.
- ⁶⁴ Acórdão do STJ, de 14.05.2008, processo 08S643 (Pinto Hespagnol), in www.dgsi.pt.
- ⁶⁵ No mesmo sentido, o Ac. da RE, de 27.10.2009, P. n.º 122/08.0TTABT.E1 (Gonçalves Rocha), onde se decidiu que "não havendo captação ou registo de imagem ou som, (...) não podemos concluir que se ponha em causa os direitos da personalidade que o A. invoca, nomeadamente a reserva da intimidade da vida privada e familiar, (...), pois [o GPS] apenas permite à empresa saber pontualmente, e em certo momento, a localização aproximada [do trabalhador], ou seja, apenas poderá ficar a saber que ele se encontra numa certa localidade, mas não numa certa rua ou em determinado local".
- ⁶⁶ Processo n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1.
- ⁶⁷ Este acórdão foi revogado pelo acórdão do STJ, de 13.11.2013, acima referido.
- ⁶⁸ Em abono desta posição, a Autorização n.º 857/2005 da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) em que uma empresa de telecomunicações fez um pedido de tratamento de dados pessoais com a finalidade de "registar o tratamento e análise de reclamações de clientes do serviço Frotalink". A CNPD salienta que "[a] identificação das viaturas pode processar tratamentos pessoais, estando em causa a proteção da privacidade e, eventualmente, o controlo de trabalhadores nos termos dos artigos 35.º, n.º 3, da Constituição e 7.º, da lei n.º 67/98".
- ⁶⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira na *Constituição...*, I, 4.ª edição, 2007, p. 544, referem que o envio de mensagens eletrónicas de pessoa a pessoa (*e-mail*) preenche os pressupostos da correspondência privada (Internet – serviço de comunicação privada), e que "a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, impõe-se também fora das relações Estado-cidadão, vinculando toda e qualquer pessoa a não devarassar as residência ou correspondência ou comunicações" (artigo 18.º, n.º 1).
- ⁷⁰ Guilherme Dray, *Direitos de personalidade...*, p. 87-89. Teresa Coelho Moreira, "Privacidade dos trabalhadores e a utilização das redes sociais online: algumas questões", in *Questões Laborais*, n.º 41, Coimbra Editora, p. 41-101 (92) salienta que, "Desta forma, defende-se que o poder de controlo e de vigilância do empregador não pode atingir uma dimensão tal que ofenda a dignidade da pessoa humana e o pleno gozo dos direitos fundamentais conferidos pela Constituição. A atividade de controlo deve ser exercida sob a ideia de exclusividade ótica técnico-organizativa da produção, tendo em atenção que tal atividade tem de atender aos valores constitucionais de proteção da pessoa, devendo o possível conflito de direitos resolver-se a favor dos interesses dos trabalhadores". Sobre as redes sociais, Maria Regina Redinha, "Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira aproximação)", *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, n.º 87, p. 33-44; Ana Fazendeiro, "Redes Sociais, espaço à margem da lei", *AB INSTANTIA*, abril 2013, Ano I, n.º 1, p. 99-111, e Ricardo Nascimento, "O uso de Redes Sociais no local de trabalho", *Maia Jurídica*, n.º 2 (jun.- dez. 2008), p- 31-38.

- ⁷¹ Sobre isto, com muito interesse, Teresa Coelho Moreira, "A privacidade dos trabalhadores e o controlo eletrónico", in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2011, p. 85-143.
- ⁷² Maria Regina Redinha e Maria Raquel Guimarães, "O uso do correio eletrónico no local de trabalho – Algumas reflexões", *Separata de estudos em homenagem ao professor doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, 2003, p. 663, e Teresa Coelho Moreira, in "Intimidade do Trabalhador e Tecnologia Informática", VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, 2004, p. 189.
- ⁷³ Sobre o assunto no Direito espanhol, Immaculada Marín Alonso, *El poder de control empresarial...*, p. 178 e ss.
- ⁷⁴ Guilherme Dray. Anotação ao artigo 22.º do Código do Trabalho, ..., p. 159.
- ⁷⁵ "O controlo das comunicações eletrónicas dos trabalhadores", in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2011, p. 57. No mesmo sentido, Amadeu Guerra, *A Privacidade...*, p. 332 e 366-368, e, ainda, Júlio Gomes, *Direito do Trabalho*, I, p. 382.
- ⁷⁶ "Princípios sobre a privacidade no local de trabalho – O tratamento de dados em centrais telefónicas, o controlo do e-mail e do acesso à Internet", documento aprovado pela CNPD, na sessão plenária de 29.10.2002, in www.cnpd.pt.
- ⁷⁷ André Pestana Nascimento, "O impacto das novas tecnologias no Direito do Trabalho e a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador", in *Prontuário de Direito do Trabalho*, cit., p. 248, e Júlio Vieira Gomes, *Direito do Trabalho*, I, p. 371.
- ⁷⁸ Acórdão da RL, de 05.06.2008, (Leopoldo Soares), processo 2970/2008-4, in www.dgsi.pt.
- ⁷⁹ Sonia Kietzmann Lopes, *Direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho*, CEJ, 2009, p. 36.
- ⁸⁰ *Direito do Trabalho...*, p. 384.
- ⁸¹ André Pestana Nascimento, *op. cit.*, p. 190 e ss. Defende-se ainda que o empregador pode lançar mão de *software* que proceda a uma pesquisa com base em determinadas palavras-chave, ou, para casos em que o empregador tenha estabelecido uma limitação temporal para a utilização, um *software* que escrete o tempo de utilização. Sobre isto, ver Teresa Coelho Moreira, *Intimidade do Trabalhador...*, p. 190 e ss.
- ⁸² Artigos 3.º, alíneas a) e b), 4.º, n.º 4 e 27.º.
- ⁸³ Amadeu Guerra, *op. cit.*, p. 378 e ss; ver, também, a deliberação da CNPD, de 29.10.2002, relativa aos Princípios sobre a Privacidade no Local de Trabalho, in www.cnpd.pt, e Sónia Kietzmann Lopes, *Direitos de personalidade...*, p. 37 e 38.
- ⁸⁴ Artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da diretiva 95/46/CE e artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Lei de Proteção de Dados Pessoais.
- ⁸⁵ Pela sua relevância, tem-se seguido Teresa Coelho Moreira, "O controlo das comunicações eletrónicas dos trabalhadores", in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2011, p. 40-41, cujo contributo doutrinário nesta matéria é extremamente relevante. Gomes Canotilho e Vital Moreira na *Constituição...*, afirmam que, nos termos do artigo 35.º da CRP, tem de existir a especificação das finalidades, pelo que as finalidades da recolha e do processamento devem ser especificados logo no momento da escolha.
- ⁸⁶ E devem ser exatos, completos e atualizados em função da finalidade, assumindo esta relevância no momento em que é assegurado o direito à informação, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, da LPDP, assim como no momento em que a autoridade de controlo vai apreciar os pedidos de autorização ou de notificação dos tratamentos de dados pessoais, como refere Teresa Coelho Moreira, no texto referido. Sobre esta questão, ver Amadeu Guerra, *A Privacidade no Local de Trabalho...*, p. 66-67.
- ⁸⁷ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2002, p. 268.
- ⁸⁸ Artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Lei de Proteção de Dados Pessoais.
- ⁸⁹ Júlio Vieira Gomes, *Direito do Trabalho*, I, p. 383.
- ⁹⁰ O direito à prova encontra-se consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da CRP, como componente do princípio geral do acesso ao Direito e aos tribunais, que a todos é assegurado, para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.
- ⁹¹ Salazar Casanova, "Provas ilícitas em Processo Civil. Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares", in *Direito e Justiça, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, XVIII, 2004, Tomo 1, p. 128.
- ⁹² Ac. de 30.06.2011, supracitado.
- ⁹³ Nas palavras de Teresa Coelho Moreira, "O controlo das comunicações eletrónicas dos trabalhadores", in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2011, p. 63.

III PAINEL
A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS:
Direito da Família e Crianças



Guilherme de Oliveira

DIREITO DA CRIANÇA À CONTINUIDADE DAS SUAS RELAÇÕES AFETIVAS

GUILHERME DE OLIVEIRA

1. Vou fazer a minha intervenção a recuar... Vou olhar para o artigo do Código Civil que contém o direito à convivência entre avós e netos (1887.º-A); vou olhar para ele de perto, para ver as palavras da norma, e depois vou recuando, primeiro, para apreciar os fundamentos do preceito e, quanto mais me afastar, espero alargar o campo de visão para alcançar outros temas do Direito da Família, que assentam em direitos fundamentais semelhantes e que podem ter relevo num debate como este.

No primeiro momento, encontro à minha frente o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1998, que reconheceu a legitimidade aos avós para virem defender o direito que têm ao convívio com os netos, direito que, supostamente, lhes está a ser negado pelos pais.

"Os pais não podem..." diz o artigo 1887.º-A, mas também não o podem outras pessoas que tenham a guarda da criança – a pessoa idónea a quem a criança tenha sido confiada, um tutor, uma família de acolhimento, um padrinho civil, um guarda de facto. Ou seja, embora a lei só refira os pais, creio que a regra deve aplicar-se a qualquer pessoa que tenha a guarda da criança. Estes outros sujeitos que citei têm até uma posição mais fraca do que os pais: como guardadores, são sempre mais fracos do que os pais, na hierarquia, no desenho da família e do Código Civil. Assim, a regra deve aplicar-se por maioria de razão.

Também deve notar-se que o artigo 1887.º-A refere os ascendentes e não especificamente os avós. O regime costuma ser apreciado a propósito dos avós e dos netos, mas a lei fala em ascendentes, portanto, bisavós, trisavós se for o caso.

Pode perguntar-se porque é que outras pessoas não podem tomar a iniciativa de pedir a manutenção do convívio, outras pessoas além dos ascendentes e dos irmãos.

É conhecido um caso interessante, que foi apreciado pela Relação de Coimbra, que mostra que havia interesse em saber se um padrinho devia conviver com a criança, um padrinho que tinha vivido com o afilhado nos primeiros 7 anos e agora estava fora da vida

dele (e foi, aliás, o Ministério Público que pediu que a Segurança Social avaliasse as condições para saber se o padrinho devia ter amplos direitos de visita; o Tribunal entendeu que não valia a pena, acabando a Relação de Coimbra por dizer que havia lugar a manutenção desse convívio com esse padrinho, que era uma pessoa muito importante na vida desse menor). Porque é que um padrinho assim não pode vir também reclamar a manutenção do convívio?

Tem de compreender-se que uma coisa é ter legitimidade para tomar iniciativa e alterar o que está regulado em matéria de responsabilidades parentais; outra, será o Tribunal entender que há um padrinho, há um vizinho do lado, há um grande amigo, que deve ter convívio com a criança e isso é outra coisa. Podemos compreender que a lei tenha de restringir o leque das pessoas com legitimidade para vir interferir no processo de regulação das responsabilidades parentais; embora o Tribunal deva estar aberto a considerar a vantagem para a criança do convívio com pessoas relevantes. Temos de aceitar que são os pais que têm a titularidade da ação de regulação das responsabilidades parentais e devem ser eles a assumir a responsabilidade do 'quando' e do 'como' do seu exercício. Não deve ampliar-se a legitimidade a muitas pessoas, ainda que invoquem um interesse legítimo. Aliás, os pais também têm o direito à proteção da família e têm o direito a que não apareçam muitos legitimados a interferir e a alterar o que foi acordado ou imposto. Admito, portanto, que nem todas as pessoas (mesmo aquele padrinho) possam vir a alterar e perturbar o regime que está conseguido.

2. Outro ponto que não é claro é o de saber quais são os requisitos deste direito dos avós.

Há opiniões diferentes: o acórdão do Supremo, de 1998, diz que o fundamento é o parentesco e uma relação de afeição e amor, como dois requisitos diferentes e cumulativos; as minhas colegas, Rosa Martins e Paula Vitor¹, admitem que pode bastar a prova do parentesco para sustentar o direito.

Não é muito claro se se deve dizer uma coisa ou outra.

A verdade é que a lei não exige a prova autónoma da relação afetiva para que os avós possam exercer o seu direito. Mas acho estranho que se possa prescindir da verificação de uma relação afetiva prévia.

De facto, não será por acaso que o título da nossa sessão "Privação das relações de afeto"; o título sugere o entendimento espontâneo de que a relação afetiva já existe. Sobretudo, não deixa de ser estranho que, por exemplo, que o tal padrinho que conviveu sete anos com a criança não tenha legitimidade para reclamar a manutenção da convivência, enquanto os avós, que porventura nunca tenham visto a criança ou que nunca se tenham interessado por ela, já tenham legitimidade, só por serem avós.

O nosso sistema é "biologista" mas talvez não devamos exagerar.

Tendo isto em conta, eu tendo a supor que aquele requisito está implícito na norma, e a exigir a prova de que há uma relação prévia que se quer continuar.

3. Estes são dois ou três problemas que a leitura do artigo me levantou. Mas, se recuarmos um pouco para os fundamentos da norma, penso que ganhamos uma certa distância para ver mais.

Os fundamentos parecem ser o direito à historicidade pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade – dois direitos constitucionais que são relativamente reconhecidos no Direito da Família.

Ninguém tem dúvidas, penso eu, que tanto os avós como os netos têm estes direitos; o direito à manutenção das relações pessoais não é só dos netos, é também dos avós.

Sendo assim, põe-se uma pergunta: estes direitos são direitos subjetivos dos avós ou são poderes funcionais?

É conhecida a distinção, segundo a qual os pais têm poderes funcionais, porque são titulares de direitos mas não os exercem no seu interesse, mas sim no interesse dos filhos.

Eu creio que os avós têm mesmo um direito subjetivo e que o exercem no seu interesse. Afinal, eles também têm o direito à historicidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade; têm o direito e exercem-no para si, para satisfazer o interesse que sentem em manter o convívio com os netos. Os netos fazem parte da sua história, e o dar-se aos netos faz parte da sua liberdade e do desenvolvimento da sua personalidade.

Assim, tendo a ver este direito dos avós como um direito subjetivo propriamente dito.

É claro que é um direito que tem limites intensos – desde logo o que resulta da tutela do interesse do filho, evidentemente, que prima facilmente sobre o direito dos avós.

Eu talvez compreendesse melhor que o direito dos avós fosse um poder funcional, se os avós estivessem, digamos, ordenados quanto ao exercício das responsabilidades parentais, numa certa "escala" prevista na lei, a seguir aos pais, provavelmente. Mas não há uma "escala" de responsabilidades parentais como existe a "escala" dos obrigados a alimentos, que estão ordenados de tal modo que,

quando não se consegue o cumprimento pelos primeiros procede-se quanto aos segundos, e assim por diante. Os poderes funcionais das responsabilidades parentais são apenas conferidos aos pais; não há outros obrigados numa "escala" legal.

Se for assim, o interesse do filho não é propriamente o "critério orientador do direito dos avós"; é apenas um limite, óbvio e forte, do direito dos avós.

4. Ao recuar para estes fundamentos – historicidade pessoal e direito ao desenvolvimento da personalidade – notei que o artigo 1887.^o-A foi introduzido no Código Civil, em 1995. Curiosamente, o objetivo principal dessa reforma foi dar relevância às relações com os avós e com os irmãos, e foi o de caminhar em direção à "parentalidade conjunta". O projeto de alteração do artigo 1906.^o foi uma das tentativas que se conhecem, e que não resultou, no sentido de dizer que os filhos devem manter relações com os pais depois da dissolução do casamento. E, ao verificar que a reforma procurava introduzir conjuntamente os regimes do artigo 1906.^o e do artigo 1887.^o-A, eu penso que nesse momento houve uma grande alteração do modo como se passou a entender a criança: em vez de uma entidade confiada a um dos progenitores, isolada do resto do mundo, passou a ver-se a criança como um sujeito com uma história pessoal, com o direito à historicidade pessoal e com ao direito ao desenvolvimento da sua personalidade e, portanto, um sujeito que deve manter convívio com os dois progenitores mesmo depois do divórcio e também com as pessoas com quem se habituou a viver, sejam avós, sejam padrinhos, sejam amigos e vizinhos. O espírito da reforma de 1995 pode ter iluminado o direito que veio a seguir.

5. Se eu continuar a recuar, embora sem sair do lugar dos fundamentos do artigo 1887.^o-A (o direito à historicidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade), eu posso abrir o ângulo de visão e ver outros temas além do tema do "convívio" entre os avós e os netos. Assim, o inevitável tema da imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade, que também se fundamenta no direito à historicidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade (e também à constituição da família, convenhamos).

Este é um tema já velho que não está fechado, mas é um tema que já tem uma discussão longa. Estou a falar agora dele, não só porque vem a propósito dos fundamentos do artigo 1887.^o-A, mas, também, porque tenho encarado essa discussão de uma maneira um pouco diferente, ultimamente. Embora já o tenha escrito há dezenas de anos, dou agora mais valor a outro ponto de vista para encarar o mesmo problema: vale a pena encarar este direito à imprescritibilidade das ações de investigação do ponto de vista da caducidade do dever de perflhar.

Eu creio que um progenitor fora do casamento tem o "dever jurídico de perflhar"². Tem este dever porque sabe que é o pai; e porque, desde que há averiguação oficiosa, o Estado empenha-se todo no estabelecimento do vínculo: empenha a conservatória do Registo Civil e o Ministério Público, à procura do pai. Ora, num sistema como este, se o progenitor sabe que é o pai, eu não posso deixar de lhe impor um dever jurídico de perflhar; não apenas um dever moral.

Então, se o progenitor tem o dever jurídico de perflhar, pode perguntar-se quando é que ele caduca? Caduca 10 anos depois do nascimento? 20 anos depois? Caduca quando o progenitor tem 60, 65, 80 anos? Não é fácil responder a estas perguntas.

Creio, finalmente, que o dever de assumir a responsabilidade pela procriação nunca caduca; como não deve caducar o direito de forçar o progenitor a reconhecer a paternidade através da ação de investigação.

6. Os direitos fundamentais à historicidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade também um dia podem vir a ser invocados nos tribunais (que é o nosso assunto de hoje), a propósito do direito ao divórcio.

Está em vigor um regime relativamente novo, de 2008, que consagra o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges; nesta modalidade, que substitui, de certo modo, o velho divórcio litigioso, o divórcio ainda é 'bilateral'; isto é, ainda é pedido por um cônjuge contra o outro, com alegação e prova de fundamentos. Pode dizer-se que os fundamentos são simplificados, nuns casos mais simplificados que noutros, mas ainda é um divórcio bilateral, ainda há um autor e um réu. Em Espanha, desde 2005, o divórcio é 'unilateral': o cônjuge que pede o divórcio alega que já não sente amor, *affectio maritalis*, e não é preciso nem alegar separação de facto, nem qualquer outra causa que mostre a rotura do casamento; nem existe, verdadeiramente, um réu.

Um dia, em Portugal, alguém virá defender que não deve ser necessário pedir o divórcio contra o outro cônjuge, porque o divórcio é um assunto só do autor, da sua historicidade pessoal e do seu desenvolvimento pessoal, da sua liberdade e, portanto, o autor apenas deve ter de formular a pretensão de deixar de estar casado. Em Espanha, aliás, havia um sistema igual ao que vigora em Portugal; entretanto, os tribunais começaram a facilitar muito a alegação dos factos que mostravam a rotura do casamento e, a certa altura, passou a ser suficiente alegar a falta de amor. Quando este momento chegou, a transição formal do divórcio bilateral para um divórcio unilateral não causou dificuldades nem estranheza; afinal, tratou-se apenas de consagrar na lei a prática dos tribunais.

7. Também creio que um destes direitos, o direito ao desenvolvimento da personalidade, pode vir a ser invocado a propósito de um tema muito discreto no nosso Código Civil, e em que há, suponho, uma clara inconstitucionalidade: o regime de bens imperativo de separação absoluta imperativa, relativamente às pessoas que casam com mais de 60 anos.

A imposição radica na tradicional desconfiança relativamente ao casamento de pessoas idosas, vulgarmente acusadas de procurar apenas vantagens patrimoniais. Este fundamento tradicional deve ter perdido todo o sentido, não só pela alteração enorme da longevidade que se tem verificado, mas também pela crescente sentimentalização do casamento e da família contemporâneas. Mesmo assim, se antes da reforma de 1977 a imposição da separação de bens era eficaz no sentido de evitar aquisições patrimoniais pelo matrimónio, depois dessa reforma – quando o cônjuge passou para a primeira classe de sucessíveis – não tem sentido evitar a comunhão do património e o levantamento de meações, para logo admitir a aquisição patrimonial por morte. Ou seja, a imposição do regime de separação de bens nem sequer atinge o objetivo que se propõe.

Com todas estas debilidades, não é possível defender a subsistência de tal regime contra a severa limitação da liberdade que ele significa – uma limitação da liberdade de convencionar o regime de bens, como qualquer outro nubente.

8. Um outro direito constitucional – o direito à constituição da família – pode vir a surgir nos tribunais, mais tarde ou mais cedo, a propósito do regime legal da procriação medicamente assistida, que exclui as mulheres sós, isto é, as mulheres que não vivem com outro homem, e os casais homossexuais.

Na verdade, o artigo 6.º da lei n.º 32/2006 só admite o acesso de mulheres casadas que vivam em conjunto com o marido, ou vivam em união de facto há mais de dois anos com o homem. Este requisito visa garantir que o filho que vier a nascer se encontre numa família estável. Pode dizer-se que a lei tentou prevenir o dano de nascer numa família monoparental ou numa família biparental que se encontra desagregada logo no momento do nascimento do filho.

Mas a conceção do legislador é contestada por muitos. Na verdade, há muitas pessoas para quem uma mulher sozinha deve ter o direito de aceder aos serviços técnicos; certamente porque entendem que a monoparentalidade, por si só, não causa danos ao filho que vier a nascer, ou então porque entendem que o direito da mulher à parentalidade singular prima sobre os interesses do futuro filho. Por outro lado, pode haver quem pense que duas pessoas casadas, vivendo separadas de facto, devem poder aceder às técnicas, porque a separação não causa danos, só por si, ao filho, ou então porque o direito dos pais prevalece sobre o do futuro filho. Pessoalmente, continuo convencido de que os requisitos legais continuam a ser apropriados, mas reconheço que o crescimento explosivo dos divórcios, das famílias monoparentais e recombinadas, e da força dos direitos reprodutivos, tornou estes requisitos de dupla parentalidade e da estabilidade menos imperiosos do que já foram.

A lei do acesso às técnicas de Procriação Assistida também impõe a diversidade de sexos das pessoas interessadas. Devem ter prevalecido, na elaboração deste regime, as ideias que também vingaram, anos mais tarde, quando se proibiu a adoção por casais do mesmo sexo: a ideia de que o risco será o de a criança vir a ser educada no seio de uma família homossexual e a ideia de que os filhos nascidos serão estigmatizados socialmente por se apresentarem com duas figuras maternas ou duas figuras paternas. É claro que esta argumentação é contestada por muitos. A primeira ideia tem sido afastada por estudos aparentemente consistentes, no sentido de que ser educado por uma família homossexual não constitui um risco nem tem consequências específicas³. Pessoalmente, continuo convencido de que a segunda razão tem sentido; na verdade, se há um problema muito visível de reconhecimento de direitos aos casais do mesmo sexo, é porque a sociedade ainda rejeita bastante a ideia; e se não hesito em aceitar o reconhecimento dos direitos que cabem aos adultos, como o casamento, ainda continuo a pensar que as crianças não devem correr o risco de se sujeitarem à provável discriminação social que a parentalidade do mesmo sexo seguramente ainda suscita. Facilmente se percebe que este argumento apenas pretende dar valor à ideia comum de que os interesses das crianças devem estar em primeiro lugar.

Porém, tanto no primeiro assunto referido, como neste, tem havido uma evolução nos sentimentos sociais acerca desta realidade, e não é de estranhar que o problema venha a ser discutido nos tribunais, com base nos direitos constitucionais implicados.

9. Vale a pena acrescentar um outro assunto, muito discreto, que envolve o direito à historicidade pessoal, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à constituição da família, a propósito do direito ao estabelecimento dos vínculos de parentesco. Refiro-me aos casos de progeneritura muito precoce – em que as mães e os pais têm apenas 15 anos.

O que se torna insólito nestes casos é que essas mães possam fazer o estabelecimento da maternidade, formalmente, no Registo Civil, enquanto os pais não podem, porque não têm 16 anos; de facto, só com 16 anos é que os pais podem perfilhar. Ou seja, há um tempo em que a criança pode ter mãe mas não pode ter pai, juridicamente, embora o jovem de 15 anos esteja a acompanhar a mãe e o filho, e ninguém tenha dúvidas de que ele é o pai.

E como deve fazer-se o registo do nascimento com as menções da filiação, é forçoso que fique a paternidade incógnita; o que, naturalmente, levará a iniciar uma averiguação oficiosa, o que se torna ridículo nestes casos, em que se sabe quem é o pai, que aliás quer assumir o seu estatuto. E o procedimento não será menos insólito quando chegar ao ponto de condenar o jovem a assumir o estatuto no termo de uma ação de investigação...

Mais tarde ou mais cedo, este assunto será apreciado pelos tribunais.

10. Por último, o direito fundamental à constituição da família pode vir a ser discutido em casos que estão a aparecer no mundo norte-americano, e que se tornaram conhecidos a partir da sentença do Tribunal de Ontário, de 02.01.2007, conhecida como o *Three parents case*.

Nesta hipótese, uma mulher que vivia num casal homossexual e teve um filho, beneficiando do auxílio de um amigo. Ao pretender-se estabelecer a filiação da criança, perguntou-se quem é mãe e quem é pai? A mãe é a senhora que teve o parto, naturalmente; mas também a senhora que vive com ela, ou que é casada com ela, porque também desempenha o mesmo papel de mãe. E o homem que forneceu o esperma – o pai biológico – que quer ter uma função ativa no cuidado da criança, aliás com o acordo das duas senhoras.

Parecia não bastar atribuir aos três interessados as responsabilidades parentais sem lhes reconhecer um verdadeiro estatuto de “pais”. Também não foi considerado satisfatório reconhecer duas figuras parentais e atribui à terceira pessoa um direito de visita amplo, porque esta solução não refletia a intensidade das relações afetivas entre todos. Em suma, nenhuma das três pessoas admitia ser excluída da parentalidade, nenhuma admitia assumir um estatuto inferior ao das outras, e todas estavam de acordo sobre isto. E o Tribunal canadiano admitiu que o melhor interesse da criança era o de ter três figuras parentais – duas mães e um pai.

Desde então, têm sido discutidos outros casos semelhantes, e a lei da Califórnia acaba de consagrar esta possibilidade de o Tribunal determinar que há mais do que duas figuras parentais.

Pode dizer-se que o direito à constituição da família está a vencer a velha e forte imposição da natureza que reconhece dois progenitores. Nós – que chegámos até aqui fruto da reprodução sexuada – temos uma dificuldade inata de aceitar que a procriação implique menos do que dois, ou mais do que dois.

¹ “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in *Julgar*, n.º 10, p. 59-67, p. 66.

² *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Almedina, 1979, p. 108-111.

³ P. ex. Ellen C. PERRIN, Benjamin S. SIEGEL and the Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, “Promoting the Well-Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian”, *Pediatrics*, Vol. 131, 4, April 2013.



Helder Roque

DIREITO DA CRIANÇA À CONTINUIDADE DAS SUAS RELAÇÕES AFETIVAS

HÉLDER ROQUE

Antes da alteração legislativa aditada pela lei n.º 84/95, de 31 de agosto, em que se traduziu o artigo 1887.º-A, do CC, a única possibilidade de atribuição à criança do direito ao relacionamento com os avós, independentemente da vontade dos pais, consistia no normativo do artigo 1918.º, do CC, ou seja, a confiança aos avós, em caso de perigo para a segurança, saúde, formação moral ou educação de um menor e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, negando a jurisprudência aos avós, fora deste cenário de perigo, o direito de obter a guarda dos netos¹, ou, inclusivamente, a concessão do direito de visita, que a jurisprudência só admitia, através da aludida providência limitativa do exercício das responsabilidades parentais, a que se reporta ainda o artigo 1920.º-B, alínea d), do CC, não podendo o simples conflito entre pais e avós fundamentar essa limitação.

Este entendimento baseava-se na consideração de que o ato de proporcionar convívio dos netos aos avós, por parte dos pais, era uma obrigação moral destes, não judicialmente exigível pelos avós.

Esta negação fundamentava-se no facto de o ordenamento jurídico não estabelecer, em caso algum, o direito de visita a favor dos avós e, por outro lado, esse direito integrar o poder paternal que pertencia apenas aquele dos progenitores que não tinha a guarda dos filhos, atento o disposto pelo n.º 3, do artigo 1905.º, do CC, entretanto, eliminado.

Porém, as novas representações sociais das crianças e da geração em que se integram os avós provocaram uma mudança significativa da posição social e jurídica destes sujeitos, com reflexos na regulação das suas relações pessoais pelo Direito.

Na verdade, as responsabilidades parentais contêm um conjunto de princípios reconhecidos pelo Estado aos progenitores, em representação dos legítimos interesses dos filhos que, em proveito destes, a bem da sua educação e desenvolvimento, podem repartir com terceiros, em especial, quando situados no mesmo espaço familiar ou de afetividade.

Contudo, o argumento que decorria de o ordenamento jurídico não estabelecer, em caso algum, o direito de visita, a favor dos avós, foi afastado com a introdução do artigo 1887.⁹-A, do CC, que reconheceu a existência autónoma de um direito dos avós às relações pessoais com os netos, disciplinando alguns aspetos das mesmas, ao dispor que “os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”, enquanto que o segundo argumento, de o direito de visita integrar o poder paternal que não pertence aos avós, é, perfeitamente marginal, porquanto o direito de visita pode não se traduzir numa faceta das responsabilidades parentais, como acontece, p. ex., no caso limite da inibição total das responsabilidades parentais, com a presença do direito de visita do menor.

A lei fala em “ascendentes”, isto é, os parentes na linha reta ascendente da criança, a que deve acrescer uma relação “alicerçada na afeição e amor reciprocamente sentidos, em geral, entre pessoas do mesmo sangue e muito próximas entre si”², ainda que a não verificação deste último pressuposto não determine, inexoravelmente, a recusa da titularidade desse direito³ – [titularidade].

O normativo legal acabado de transcrever, cujo espírito é o de proteger a continuidade dos laços afetivos, tem subjacente a presunção de que o convívio do menor com os ascendentes e com os irmãos é positivo para aquele e para o desenvolvimento da sua personalidade, cujo interesse é o elemento decisivo para, em caso de conflito entre os pais e os avós do menor, conceder ou negar o direito de visita aos segundos⁴ – [fundamento].

Este relacionamento da criança com os avós, como direito autónomo que é, contribui decisivamente para a sua formação moral e da sua personalidade, como fator de transmissão da cultura e do diálogo intergeracional e é um meio de conhecimento da sua história pessoal, sendo proibida a privação injustificada desses contactos por iniciativa dos progenitores e, ainda, para o alargamento da “família nuclear”⁵ – [finalidade].

A relação com os irmãos promove o desenvolvimento moral das crianças, especialmente o seu sentido de justiça e de reciprocidade e o seu enriquecimento interior e social, através de participação em experiências comuns e da partilha de sentimentos de amizade.

O artigo 1887.⁹-A, do CC, não consagra, unicamente, um direito do menor ao convívio com os avós e irmãos, mas, também, um direito destes ao convívio com o neto e com o irmão, um correspondente direito de visita⁶.

Outro entendimento sustenta, contudo, que não existe qualquer direito de visita que tenha por objeto os menores, nomeadamente, não existe o direito de visita dos avós, mas antes e apenas o direito da criança de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com os pais, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da mesma, não podendo deixar de relevar a sua vontade, não se tendo provado que não tenha maturidade suficiente para formar uma opinião autónoma, de não querer conviver com os avós, como impõe o respeito pelo seu direito constitucional ao desenvolvimento da personalidade, e resulta do artigo 12.⁹, n.⁹ 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança⁷, ou como “um direito autónomo ao convívio com os irmãos e os avós, designado por direito de visita”, apenas por parte do neto⁸ ou o direito de continuar a relacionar-se com a avó e esta o direito de conviver com o menor⁹, ou de um direito de convívio recíproco – [natureza jurídica].

No conceito de manifesto desinteresse pelo filho está essencialmente em causa a qualidade e a continuidade dos vínculos afetivos próprios da filiação¹⁰. Mas, este direito de visita concedido aos avós não se confunde com o direito de guarda e correlativo exercício das responsabilidades parentais¹¹, e nem sequer confere os mesmos poderes que pertencem ao progenitor sem a guarda do menor, não sendo uma faceta nem uma consequência das responsabilidades parentais, tratando-se de dois direitos com objeto, finalidade e natureza jurídica distintas.

O princípio da continuidade das relações afetivas encontra-se, desde logo, interligado ao princípio da pessoa de referência, que melhor o garante¹².

A atribuição da guarda da criança à sua figura de referência, independentemente dos laços biológicos, constitui a solução mais conforme ao interesse da criança, uma vez que permite promover a continuidade do ambiente e das relações afetivas principais da criança e respeitar a sua vontade e sentimentos.

E a continuidade das relações afetivas próprias da filiação mostra-se mais garantida com a predisposição de cada um dos progenitores em favorecerem as relações com o outro, o denominado princípio do “*friendly parent provision*”.

Porém, esta continuidade das relações afetivas que o artigo 1887.⁹-A, do CC, pretende garantir só assume verdadeiro relevo nos casos de rutura ou de desagregação da vida conjugal dos progenitores, geradores, em muitas situações, de um afastamento forçado entre os avós e os netos, porquanto, é frequente que o progenitor sobrevivente ou residente impeça o normal relacionamento da criança com os pais do outro progenitor.

Não que o direito de visita dos avós se ache circunscrito aos casos de rutura entre os progenitores, mas apenas que é nestas situações que o princípio da continuidade ganha maior acuidade¹³, razão pela qual se pode explicar que o legislador do Código Civil de 1966 não se tenha mostrado sensível a tutelar o direito dos menores ao convívio dos avós, já porque, então, ainda não era significativo o fenómeno da rutura familiar, já porque a menor esperança de vida não colocava os avós em condições de poder proporcionar esse convívio aos netos.

Por isso, os avós, hoje mais jovens e disponíveis do que no passado e em condições de prestar outro tipo de apoio, até económico, fruto das reformas emergentes, proporcionam uma ligação mais estreita e duradoura entre as gerações e, nessa medida, garantem a observância do princípio da continuidade das relações afetivas.

Com efeito, a criança é titular de direitos fundamentais, como o direito ao desenvolvimento integral, consagrado pelo artigo 69.º, n.º 1, da CRP, que engloba o direito ao respeito pelas suas relações afetivas profundas, e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto pelo artigo 26.º, n.º 1, da CRP, que, entrando em conflito com os direitos dos pais, deverão prevalecer sobre os destes, caso os mesmos não apresentem razões suficientemente fortes para proibir a relação da criança com os avós, pois que a prevalência do direito da criança está na continuidade das suas relações afetivas.

Em caso de conflito entre os pais e os avós da criança, o critério para conceder ou negar o direito de visita é o interesse da criança que prevalece sempre relativamente aos interesses dos avós, devendo o direito de visita ser limitado ou suprimido, se prejudicar ou afetar negativamente a criança na sua estabilidade psicológica, desenvolvimento ou segurança.

Assim, a regra geral a observar será a de que o direito de visita de terceiros só seria reconhecido quando a ausência da relação entre a criança e os terceiros criasse uma situação abrangida pelo artigo 1918.º, pois que, além desse limite, os detalhes e as opções relativas à educação dos filhos continuariam a pertencer aos pais.

Na verdade, quando não for possível compatibilizar os direitos de todos os intervenientes de uma interação familiar – os conflitos que possam surgir entre os pais e os avós no acesso aos cuidados de uma criança –, não podem os avós ter acesso aos netos contra a vontade dos seus pais, a menos que a imposição dos progenitores se revele criadora de perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação do filho, nos termos do disposto pelo artigo 1918.º, do CC.

Neste enquadramento legislativo-doutrinário, decidiu-se que "havendo proibição de relacionamento entre a menor e os requerentes, seus avós paternos, que com ela conviveram estreitamente até aos 11 anos de idade, a tutela dos interesses em jogo pressupõe e reclama que estes últimos possam vir a juízo pedir a decretação das providências adequadas ao restabelecimento da sua convivência com a neta, nomeadamente, o direito de visita, no âmbito do exercício das responsabilidades parentais, relativamente aos seus progenitores, titulares do direito de guarda dos menores, sendo certo que o interesse do menor condiciona o direito de visita dos avós, podendo conduzir à sua limitação ou mesmo supressão, quando seja suscetível de lhe causar prejuízos ou de o afetar, negativamente"¹⁴.

O poder-dever de educar os filhos e de lhes proporcionar uma formação integral cabe, exclusivamente, aos progenitores que exercem as responsabilidades parentais, pertencendo-lhe "a gestão do convívio entre irmãos ou entre avós e netos, a qual deve ser pautada por princípios de racionalidade e de equilíbrio, visando-se a salvaguarda dos superiores interesses dos menores"¹⁵, sendo certo que as influências que a criança receba dos avós durante os contactos com estes serão, em princípio, enriquecedoras, não devendo os avós substituir as orientações educativas mais relevantes ditadas pelos pais.

O segundo argumento é insubsistente, uma vez que não é reconhecida a categoria jurídica do "direito de visita [dos] avós", mas apenas o direito da criança a manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com os pais e outras pessoas, salvo se prejudiciais aos interesses das crianças, ou reconhecendo-se essa categoria, regulamenta esses direitos de forma restrita.

Aliás, tal como acontece em relação aos pais, também os avós ou os irmãos não são titulares do direito de visita, que é, tão-só, um direito subjetivo das crianças.

O artigo 1887.º-A, do CC, não estendeu a proteção à "grande família psicológica" da criança – outros parentes além de avós e irmãos – e com todas as pessoas, mesmo não parentes, que tenham com ela uma relação significativa

O direito dos avós e dos netos pertence à categoria dos direitos familiares pessoais, dos direitos subjetivos, intimamente ligados à pessoa do seu titular, direitos de personalidade, não sendo o direito dos avós um poder funcional, pois que os menores são, simultaneamente, os titulares do direito ao convívio e do interesse que através dele se prossegue, sendo que esse interesse é, em primeira linha, avaliado pelos progenitores, de cuja avaliação da conformidade desse direito ao convívio com os interesses da criança podem retirar a conclusão sobre a existência de uma causa justa para impedir os contactos entre avós e netos.

¹ RP, de 01.06.1993, www.dgsi.pt; RP, de 11.10.1994, CJ, Ano 2004, T4, 209 e 210; RLx, de 23.04.1996, CJ, Ano XXI, T3, 73 a 76; RP, de 01.10.1992; RP, de 09.03.1993; RP, de 07.01.1998, CJ, Ano XXIV, T1, 7; em sentido contrário, atribuindo a guarda aos avós, RP, de 10.01.1991; RLx, de 18.01.1996; RLX, de 02.02.1996; RP, de 01.03.1999, CJ, Ano 1999, T2, 171.

² STJ, de 03.03.1998, CJ (STJ), Ano VI, T1, 119.

³ Rosa Martins e Paula Távora Vitor, "O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente", *Julgar*, n.º 10, Coimbra Editora, 66, citando Corvo López, p. 380, nota 28.

⁴ STJ, de 18.11.2010, Revista n.º 1034/06.7TMCBR-A.C1.S1 - 7.ª Secção.

⁵ RC, de 05.07.2005; RP, de 07.01.1999, CJ, Ano XIV, T1, 181.

⁶ STJ, de 03.03.1998, CJ (STJ), Ano VI, T1, 119; RL, de 08.07.2004; RP, de 07.01.1999, CJ.

⁷ RL, de 17.02.2004; RP, de 09.03.1993, www.dgsi.pt;

⁸ RL, de 12.06.2003, CJ, Ano XXVIII, T3, 110.

⁹ RP, de 07.01.1998, CJ, Ano XXIV, T1, 180.

¹⁰ STJ, de 31.01.2006, Revista n.º 4059/05 - 6.ª Secção.

¹¹ Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 1997, p. 15, 18 e 19.

¹² RLx, de 02.12.2010; RP, de 20.10.2009; RP, de 28.10.2008; RLX, de 01.04.2004;

¹³ STJ, de 09.12.2004. A colocação de obstáculos.

¹⁴ STJ, de 03.03.1998, CJ (STJ), Ano VI, T1, 119.

¹⁵ RC, de 05.07.2005.

IV PAINEL
A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS:
Direito Penal



José Souto de Moura

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA PENAL DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOSÉ ADRIANO MACHADO SOUTO DE MOURA

O tema proposto enquadra-se na temática mais ampla da concretização dos direitos fundamentais na jurisprudência dos tribunais, concretamente do Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

Procurei, então, partir da noção de direitos fundamentais para aludir à sua principal incidência na área penal, substantiva e adjetiva.

A seguir, as exigências da razoabilidade e da proporcionalidade levaram-me a procurar áreas em que a jurisprudência penal do STJ mais evidencie aquelas preocupações, já que, de alguma maneira, em todas as decisões relativas a direitos fundamentais elas estarão presentes, ou deverão estar presentes.

Fui então levado a escolher, selecionando duas áreas: no domínio substantivo, a questão da medida da pena, onde a preocupação de proporcionalidade assume importância fundamental. Na área processual, a problemática da prisão ilegal e do pedido de *habeas corpus* é aquela em que o STJ mais é chamado a pronunciar-se sobre a compressão do direito fundamental à liberdade, com urgência, e fora da lógica dos recursos.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Costuma referir-se que a expressão “direitos fundamentais” remonta à Constituição alemã, de março de 1849, mas foi sobretudo com a teorização de Jellinek dos “direitos públicos subjetivos” que ela veio a tomar forma. Apareceu à data com o sentido de direitos subjetivos garantidos por normas de Direito Público, que protegem tais direitos contra os poderes públicos, no sentido mais amplo.

A densificação da noção de direitos fundamentais extravasaria rapidamente o âmbito dos “direitos resistência” às intervenções tidas por abusivas, do Estado, para se estender ao domínio dos “direitos exigência”, a prestações que o Estado deve fazer. Inscrita na Lei

Fundamental da RFA de 1949¹, a categoria dos direitos fundamentais viria a estar bem presente, por exemplo, na nossa Constituição da República, de 1976 (CR), e na Constituição espanhola de 1978.

"Direitos e deveres fundamentais" é mesmo a epígrafe da 1.ª parte da CR, tal como, aliás, do Título I da Constituição espanhola.

A nossa CR distingue os chamados "Direitos, liberdades e garantias" (Título II) dos "Direitos e deveres económicos, sociais e culturais" (Título III), inscrevendo naqueles os "Direitos, liberdades e garantias pessoais (Capítulo I), onde se incluem os direitos fundamentais que mais têm que ver com a Justiça Penal: artigos 24.º, n.º 2, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º ou 32.º da CR.

É sabido que, de acordo com o artigo 16.º, n.º 1, da CR, "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional", acrescentando-se, no n.º 2, que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem". Importará ter, então, em especial conta, as fontes europeias de consagração dos direitos a que nos vimos a referir. É o caso da "Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e Liberdades Fundamentais", tendo especial interesse, para a nossa problemática, o teor dos artigos 5.º, 6.º e 7.º da Convenção, e o artigo 2.º do Protocolo n.º 7 (duplo grau de jurisdição).

Mais recentemente, a "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia" consagrou o seu Título VI à Justiça (artigos 47.º a 50.º).

Note-se que, enquanto a Convenção Europeia fala dos "direitos do Homem", a Carta da União Europeia consagra "direitos fundamentais".

A diferença terminológica não nos deve levar a pensar que estamos, necessariamente, perante diferenças do conteúdo dos direitos.

Os direitos humanos são os direitos que assistem a todo o ser humano pelo simples facto de ter nascido, e independentemente de se ter tornado sujeito de uma determinada relação jurídica. São direitos reconhecidos, anteriormente, e para além de qualquer institucionalização, quer a nível público, quer privado. Os direitos humanos podem vincular, à luz do direito internacional, ou não, ficando, neste caso, com a condição de direitos morais (passe a expressão) ou de princípios morais.

Já os direitos fundamentais são a tradução, a nível estatal, dos direitos humanos e, assim, têm sede nas Constituições dos Estados. São sempre, portanto, direito positivo.

A Carta da UE ganhou o valor jurídico do tratado com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Porém, estava vocacionada para ser parte da Constituição Europeia que não chegou a ver a luz. Concretamente da II Parte da CE. Daí, porventura, a designação adotada, e que se conforta com o facto de a Carta acolher as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

2. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, a que já se tem preferido chamar princípio da "proibição de excesso"², assume-se como princípio constitucional chave, de controlo das atuações restritivas da liberdade individual e tem, portanto, a nível penal (no domínio, por exemplo, das penas), ou processual penal (no tocante, por exemplo a medidas de coação), uma importância ímpar.

O princípio da proibição de excesso decorre facilmente da dignidade de toda a pessoa humana, do propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1.º da CR), do respeito e garantia de efetivação, dos direitos e liberdades fundamentais, sem os quais não se pode falar do Estado de Direito, que Portugal é, ou pretende ser (artigo 2.º da CR).

A partir da revisão constitucional de 1982, o n.º 2, do artigo 18.º, da CR estipulou que "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."

Ora, poderá ver-se sem custo, neste preceito, a consagração do princípio da proibição de excesso, o qual, por sua vez, se socorre das ideias de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Está sempre em causa, nesta temática, o uso de um meio restritivo de direitos para se lograr alcançar um certo benefício. Ora, a escolha do meio (v. g. a pena de prisão) tem de obedecer aos critérios de idoneidade e da necessidade, enquanto que o uso que é feito desse meio tem de respeitar uma exigência de proporcionalidade (cf. medida da pena que se aplique).

Assim, um meio gravoso só é de utilizar se se mostrar apto para prossecução de um fim. Mas também tem de se revelar indispensável à prossecução desse fim. Ou seja, estando disponíveis vários instrumentos para se alcançar o objetivo desejado, será sempre preferível o meio menos gravoso que logra conseguir tal objetivo.

Eleito o meio eficaz e indispensável à prossecução das finalidades pretendidas, importa ver se o uso que dele é feito respeita a proibição do excesso.

A proporcionalidade, em sentido estrito, implica que o meio escolhido deve ser usado na medida correta, se for suscetível de uso em mais ou menos. Deve haver uma correspondência entre o sacrifício imposto e o benefício a alcançar, de tal modo que esse sacrifício se não mostre insuficiente ou exagerado, ponderados os valores atingidos para se lograr o propósito pretendido.

Porém, é claro que a própria escolha do meio também tem de respeitar esta ideia de proporcionalidade: a justa medida não se limita à intensidade do uso do meio, mas tem de se acautelar que o meio tido por necessário e adequado, pelo simples facto de dele se lançar mão, não viole o equilíbrio que deve existir entre "a importância do fim visado e a gravidade do sacrifício imposto"³.

A ideia da razoabilidade, que se pretendesse autonomizar da de proporcionalidade, orientar-se-ia, por sua vez, para uma concentração exclusiva das consequências de restrição na esfera pessoal do afetado.

Já não estaria em causa um equilíbrio meio-fim, em tese geral, e sim a ponderação das consequências concretas, e eventualmente inusitadas, causadas pela restrição na pessoa que a sofre. Não nos parece, porém, que se mostre necessário dar grande relevo à distinção, na temática que nos ocupa. Isto, se tivermos em conta que a proporcionalidade, enquanto equilíbrio entre vantagem a alcançar o sacrifício imposto, nunca poderá prescindir da dimensão que esse sacrifício assume junto da pessoa atingida, tendo em conta, evidentemente, a informação de que se dispõe.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO GARANTIAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

É consequência direta do Estado de Direito que o cidadão saiba ou possa saber com o que deve contar quando confrontado com o sistema jurídico em que se integra.

Há, portanto, um princípio de segurança jurídica enquanto "confiança legítima", que se aplica, antes de mais, face ao Direito legislado, mas, também e subsequentemente, no tocante ao Direito aplicado. Ou seja, quanto ao modo como o Direito é aplicado pelos tribunais.

Em matéria repressiva, designadamente penal substantiva, a previsibilidade das consequências do ato punível reclama a aplicação de normas certas e precisas, com respeito pelos conhecidos princípios da legalidade, não retroatividade e aplicação da lei mais favorável, "*ne bis in idem*", e acesso à revisão da sentença condenatória, além das limitações que a Lei Fundamental coloca às penas. Tudo isto resulta do previsto nos artigos 29.º e 30.º da CR. No domínio adjetivo, avultam as garantias do processo penal consagradas no artigo 32.º da CR, com realce para os direitos do arguido.

Note-se que, paralelamente, o artigo 27.º da CR diz-nos que "todos têm direito à liberdade e à segurança".

"Liberdade" é aqui a liberdade física, ambulatória, e a "segurança" referida no preceito respeita apenas à não violação dessa liberdade, devendo as duas expressões ser sempre encaradas em conjunto.

Não se trata, pois, de "segurança", enquanto garantia de proteção dos direitos, em geral, mas, sim, enquanto garantia de que a liberdade individual só será prejudicada, nos termos e pelos motivos dos artigos 27.º, 28.º e 30.º da CR, ao que poderá acrescentar-se a possibilidade de eliminação da restrição à liberdade, através da petição de *habeas corpus*, do artigo 31.º, da CR.

O sistema penal conflui – todo ele – para o momento do julgamento, o qual, no caso de redundar numa condenação, implica a aplicação de uma pena. A escolha e a medida da pena surgem, pois, com a dimensão fulcral de todo o sistema.

Por outro lado, o STJ, enquanto tribunal de revista alargada, que só conhece de direito e está vocacionado para o julgamento da criminalidade mais grave, é confrontado por regra com sentenças condenatórias que aplicam penas de prisão. Exatamente, um dos casos, em que é autorizada a limitação do direito fundamental à liberdade, consagrada no n.º 2, do artigo 27.º, da CR.

Ora, a aplicação das penas, e designadamente da pena de prisão, tem de obedecer, também, ao princípio de segurança jurídica na vertente subjetiva da confiança.

A "confiança legítima", já se viu, não se cinge à produção legislativa, mas vai até uma exigência da previsibilidade na atuação dos tribunais.

Tem de haver, pois, um mínimo de regularidade e estabilidade da jurisprudência, concretamente do STJ, sem prejuízo, evidentemente, da atenção devida às singularidades do caso concreto.

Acresce que o STJ, enquanto mais alta instância da jurisdição penal, deve ter, e tem, um papel orientador. Não só ao nível dos acórdãos de fixação de jurisprudência, como ainda por estar numa situação em que pode ter a visão global da jurisprudência que é produzida em todo o país, nas 1.ª e 2.ª instâncias. Portanto, com as decisões que produz, está em condições de fornecer referências que permitem evitar discrepâncias nas decisões dos outros tribunais, para as quais não se encontre justificação razoável.

Se se pode reconhecer na jurisprudência do STJ esse papel orientador, em matéria de medida de pena, vejamos então como.

4. MEDIDA DA PENA E FINS DAS PENAS

O artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dizia que "A lei deve ser a mesma para todos, quer quando protege quer quando pune". E a lei francesa, de 21 a 30 de janeiro de 1790, acrescentou que "Os crimes do mesmo género serão punidos pela mesma espécie de pena, qualquer que seja a classe e o estatuto dos culpados".

O iluminismo estabeleceu o dogma da igualdade de todos perante a lei, o que acentuou as aparentes aporias entre essa igualdade e a necessidade de uma justiça que passa pela individualização da pena. Na verdade, a escolha e medida da pena estão condicionadas pelo tipo legal de crime cometido, pelas circunstâncias da infração e pela personalidade do seu autor.

Porque a pessoa a punir não é um cidadão abstrato que violou o contrato social, mas um delinquente concreto, então, colhendo o pensamento certo de Saleilles, a individualização da pena não se opõe à igualdade, mas, pelo contrário, é um meio ao serviço da igualdade, numa perspetiva de Justiça⁴. A questão é que, em nome de preocupações de igualdade de tratamento, o juiz fundamenta as opções que tome e colha informação sobre aquilo que em casos semelhantes fazem os seus colegas.

A complexidade e a diversidade das opções que o juiz pode tomar são sempre um terreno potencial de desigualdades. Se não é possível eliminá-las, importa não desistir de as atenuar.

Sabe-se como o Direito Penal americano⁵ enveredou pelo uso de *guidelines* que viriam a redundar em tabelas aritméticas de medida da pena (por regra com contabilização em meses), onde se padronizam circunstâncias reputadas relevantes para a medida da pena. Diferenças de cultura, em geral, e ao nível do sistema penal, em particular, desaconselhariam, desde logo, a importação dessa espécie de método, além das reticências que em si levantaria quanto à justiça do caso, sob pretexto de uma maior segurança.

Porém, do sistema das *guidelines* devemos retirar uma preocupação constante, que tem de ser comum aos sistemas continentais, e que levará a uma tentativa "de limitação dos poderes discricionários dos tribunais, tornando as decisões mais transparentes, previsíveis, padronizadas, e que se traduziriam num procedimento menos discriminatório"⁶.

Um primeiro passo pode ser dado se houver consenso, desde logo, quanto aos fins que se pretendem prosseguir com a aplicação das penas e quanto ao papel da culpa na dogmática penal.

Ao nível da jurisprudência do STJ, é hoje praticamente uniforme o entendimento a tal respeito, o qual foi influenciado, sobretudo, pela doutrina coimbrã (Figueiredo Dias, Anabela Rodrigues)⁷.

Assim, em primeiro lugar, atender-se-á ao disposto no artigo 40.º do CP, nos termos do qual toda a pena tem como finalidade "a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade". Em matéria de culpabilidade, diz-nos o n.º 2 do preceito que "Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa". É por isso que, quando o artigo 71.º, n.º 1, refere que a medida da pena é feita "em função da culpa do agente e das exigências de prevenção", importará interpretar a expressão "em função da culpa" com o sentido de, "considerando a culpa do agente", e essa consideração pode perfeitamente circunscrever-se a uma função de limite e não tem de significar equivalência quantitativa.

Com este artigo 40.º do CP fica-nos a indicação de que a pena assume agora, e entre nós, um cariz utilitário, no sentido de eminentemente preventivo, não lhe cabendo, como finalidade, a retribuição *qua tale* da culpa. E se a matéria dos fins das penas acaba, em última instância, por ter uma vertente metajurídica, subsidiária, portanto, das convicções pessoais de cada um, o certo é que esta temática pode ser abordada ao nível do direito positivo, se o artigo 40.º, citado, for interpretado de acordo com o diploma fundamental.

Vem-se entendendo, então, que o artigo 18.º da CR, já citado, aponta para uma natureza utilitária da pena e, portanto, para fins preventivos, sem concessões à direta retribuição da culpa. Se os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos para salvaguarda de outros direitos, também constitucionalmente protegidos, então dificilmente se aceitaria o acrescentar de um mal (sofrimento do condenado) ao mal já acontecido (sofrimento da vítima, dano social), com a pretensão de compensar ou neutralizar o mal do crime, para, supostamente, se atingir uma situação de equilíbrio "cósmico", ou de "justiça" como igualdade ontológica. No entanto, em face da justiça que se espera que o Estado proporcione, estaríamos confrontados, a meu ver, com uma verdadeira ficção, melhor, com um puro exorcismo.

O mal do crime é passado, portanto inapagável, e a compensação tem o seu terreno próprio na área da responsabilidade civil. A pretensão de com a pena-castigo se atingir uma equivalência ao mal do crime não passa de uma utopia. E se é inegável que a sociedade costuma exprimir das mais variadas formas a censura e o apreço, respetivamente à prática do mal e do bem, fá-lo no domínio moral, que não deve ser transposto, sem mais, para o Direito Penal.

Claro que o que dito fica não pode fazer esquecer esses sentimentos morais da comunidade e, portanto, a prevenção geral positiva tem um importante papel de pacificação social, porque os sentimentos de repulsa ou de revolta dos cidadãos serão catalisados pela Justiça Penal, assim se evitando manifestações emotivas à margem do sistema⁸.

Sendo junto da sociedade que se pretende fazer sentir o efeito da prevenção geral positiva, a auscultação das expectativas comunitárias, ou do sentimento jurídico coletivo, torna-se ponto de passagem obrigatório, quando o julgador é chamado a selecionar medidas de pena, o que exige especiais cuidados, que se prendem com a extensão do conhecimento que haja do crime, com o pluralismo de valores da nossa sociedade e com o papel, nela, da comunicação social.

Ao lado da prevenção geral positiva ou até intimidatória, a pena prossegue consabidamente finalidades 'especial-preventivas'. Então, a partir da moldura legal do crime, haverá que formar uma submoldura para o caso concreto, limitada, no máximo, pelo ponto ótimo da satisfação das necessidades de prevenção geral positiva e, no mínimo, pela medida ainda ajustável àquelas necessidades. As exigências de prevenção especial ditarão a pena concreta, tudo, evidentemente, sem ultrapassar o grau de censura que o agente pode suportar, ou seja, a sua culpa.

A culpa é um estado ou situação da pessoa, resultante do desvio entre o modo como atuou e aquele como podia e devia não ter atuado. Colocado perante os outros, o culpado é objeto de uma imputação com dimensão ética, fica diminuído perante a comunidade e o Direito Penal não faz mais do que protagonizar um juízo de censura dirigido ao agente, substituindo-se a essa mesma comunidade. Mas esse juízo de censura não terá outra consequência senão a de viabilizar a punição (pressuposto)⁹ e estabelecer o limite dessa mesma punição¹⁰. Ir além disso seria retribuir a culpa.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal tem-se orientado quase unanimemente num sentido igual ao que acaba de se referir¹¹ e esta regularidade é benéfica, porque não é indiferente para a medida da pena a posição que se tome sobre os fins das penas.

5. MEDIDA DA PENA, CORREIOS DE DROGA E HOMICÍDIO "PASSIONAL"

Para quem esteja a ser julgado pela prática de um crime, constitui uma garantia fundamental ter um tratamento condicionado pelas especificidades do seu caso. Porém, também constitui uma evidência que, em muitas situações, as variáveis a ponderar se repetem. Então, foi possível chegar a resultados parecidos em matéria de medida da pena, os quais, podem ser lidos como "bitolas" da jurisprudência do ST, para certo tipo de casos, e ser fator de alguma previsibilidade, para os arguidos.

A utilidade da informação que a esse respeito se transmita à primeira e à segunda instâncias, existirá se se puderem eliminar discrepâncias nas decisões proferidas, para as quais se não descortine razão. A semelhança possível da medida das penas aplicadas e sublinho possível, será fator de segurança na aplicação dessas penas e as indicações fornecidas pelos acórdãos do STJ poderão ser um contributo para se conseguir essa segurança.

5.1. Já noutra contexto me referi ao trabalho da Assessoria das Secções Criminais do STJ, na recolha de alguns dados que permitirão a leitura comparada das várias decisões aqui produzidas, nunca sendo demais alertar para os cuidados de que essa leitura terá de rodear-se. Volto de novo ao assunto, no pressuposto de que estou perante públicos diferentes e, sobretudo, porque os dados de então se atualizaram.

Assim, a respeito do crime de tráfico de estupefacientes do artigo 21.º, do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, protagonizado pelos chamados "correios de droga", analisámos 248 acórdãos do STJ, sendo um de 1997, um de 1999, dois de 2001 e todos os outros de fevereiro de 2002 até março de 2013, inclusive. Foi então possível extrair conclusões como as que se seguem:

1) Nesses 248 acórdãos (sabido que num ou noutro acórdão houve mais de um arguido condenado e que nem todos terminaram com decisão de fundo), comparando as penas em que os arguidos vinham condenados e as aplicadas no STJ, verificamos que foram mantidas 165 penas, ou seja, cerca de 66%.

2) Foram baixadas 82 penas de prisão, portanto, à volta de 30% das penas aplicadas. O mínimo que se baixou foi de quatro meses de prisão e o máximo de três anos de prisão. Em média, operou-se em matéria de abaixamento com um ano de prisão e, quando a diferença foi além dos dois anos, ficou a dever-se a atenuação especial, resultante da aplicação do artigo 4.º, do DL 401/82, de 23 de setembro (Direito Penal especial para jovens entre os 16 e os 21 anos).

3) Só se agravaram seis penas, ou seja, 2,4%. Metade foram penas suspensas que passaram a penas de prisão efetiva, certo que, o escasso número de penas, elevadas no STJ, pode explicar-se pelo princípio da proibição da *reformatio in pejus* e por ser raro o MP interpor recurso, nestes casos, para que o Tribunal *ad quem* suba as penas.

4) Quanto às penas acessórias de expulsão do território nacional, foram aplicadas, em primeira instância, só em 23 casos (9% das condenações), foram mantidas no STJ na maior parte dos casos, tendo sido eliminadas sete. Em nenhum caso se acrescentou, no Supremo Tribunal, tal pena acessória.

5) Quanto ao tipo de produto apreendido, em seis processos estava em causa haxixe, noutros cinco diferentes derivados da "canabis", em oito heroína e em dois processos o tráfico respeitava a MDMA, MDEA e anfetaminas e, na esmagadora maioria dos casos (227 processos), os "correios de droga" foram condenados pelo tráfico de cocaína, o que corresponde a pouco mais de 91%.

6) Quanto ao percurso do produto estupefaciente, verificámos que em 117 processos era proveniente do Brasil e em 80 processos era proveniente da Venezuela, ou seja, em perto de 80% das situações a origem era esta, distribuindo-se as restantes origens por inúmeros países, sem significado quanto a cada um deles.

7) A respeito da medida das penas propriamente dita, centrando-nos na cocaína por ser o estupefaciente mais posto a circular, verificámos uma relação entre a quantidade de produto estupefaciente apreendido e a sanção aplicada. Verificou-se que, em quantidades transportadas de 8 Kg de cocaína, e até 14 Kg, as penas estenderam-se geralmente de cinco a sete anos e seis meses de prisão. Para quantidades inferiores a 8 Kg de cocaína, as penas foram em regra mais baixas do que os cinco anos de prisão e a partir de três anos de prisão.

Poder-se-á, pois, afirmar que, neste domínio, face a uma moldura penal do crime de quatro a 12 anos de prisão (tráfico simples), existem, em princípio, variações de dois anos, em cada um dos dois setores, em que estão em causa menos, ou mais de 8 Kg de cocaína apreendida.

5.2. Outra recolha de elementos efetuada disse respeito ao crime de homicídio, que poderíamos enquadrar na designação de crime passional, envolvendo homem e mulher (cônjuges, ex-cônjuges, companheiros ou, de qualquer modo, casal relacionado amorosamente).

Estamos perante um domínio, o do crime passional, em que sobressaem os crimes de homicídio qualificado em atenção à culpa e em que a variedade de circunstâncias atendidas é muito grande. Mesmo assim, é possível encontrar alguma regularidade na medida das penas aplicadas.

O período analisado foi de 2005 a 2013 (maio) e chegaram ao Supremo, naquele âmbito, 72 casos. Destes, 45 crimes objeto de condenação foram de homicídio qualificado do artigo 132.º do CP e outros 26 de homicídio simples, do artigo 131.º do CP. Só uma condenação respeitou ao crime de homicídio privilegiado do artigo 133.º do CP, que foi também o único caso em que uma mulher matou um homem. Em todos os outros, o homicida era do género masculino.

Se nos fixarmos apenas nos casos em que não teve lugar qualquer atenuação especial (que ocorre nos crimes tentados, por exemplo), os crimes de homicídio qualificado consumado foram punidos com penas que na maioria dos casos foram de 20 anos (12 penas), 17 anos (nove penas) ou 18 anos de prisão (seis penas). As penas nunca baixaram dos 14 anos, num limite legal inferior, de 12, e não ultrapassaram os 20 anos num limite legal, superior, de 25 anos de prisão (há um caso único de condenação em 23 anos de prisão).

No que respeita ao crime de homicídio simples, numa moldura abstrata de oito a 16 anos de prisão, o maior número de penas aplicadas foi de nove anos, 12 anos e 14 anos de prisão. Por regra, as penas situaram-se a partir dos nove anos de prisão sem ultrapassar os 14.

Estamos perante um domínio, o do crime passional, em que sobressaem os crimes de homicídio qualificado em atenção à culpa e em que a variedade de circunstâncias atendidas é muito grande. Mesmo assim, é possível encontrar alguma regularidade na medida das penas aplicadas.

6. PENA CONJUNTA

No caso de concurso de crimes, importa encontrar uma pena única conjunta, fruto de um cúmulo jurídico, de tal modo que se terá de operar com uma "moldura de cúmulo", que vai da parcelar mais grave até à soma aritméticas de todas as parcelares (artigo 77.º, n.º 2 do CP). Acontece, frequentemente, que esta "moldura de cúmulo" se apresenta muito ampla, sendo, portanto, essencial que se encontrem critérios jurisprudenciais orientadores da eleição da pena a aplicar em cúmulo, sob pena de se sujeitarem os arguidos a discrepâncias para que não encontrarão fundamento. Também, nesta temática, importará cuidar das expectativas legítimas que acalentem.

Não faltou quem defendesse que o ponto de partida para determinação da pena conjunta deveria ser o meio da submoldura disponível para efeito de cúmulo, ou seja, metade da diferença entre a parcelar mais grave e a soma total das penas que entram no cúmulo.

Outro modo de atuação que persiste para alguns, como nos dá a entender P. P. Albuquerque, seria o da eleição de $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{3}$ da diferença apontada, em função da personalidade revelada, é dizer, da maior ($\frac{1}{2}$) ou menor ($\frac{1}{3}$) desconformidade ao direito da personalidade do agente (in "Comentário do Código Penal" p. 244). Tudo com a preocupação de adoção de critérios que se revelassem o menos vagos possíveis e proporcionassem, pois, maior segurança, em face da lei que temos, mas com evidente déficit da flexibilidade reclamada pela análise do caso concreto.

Vem, no entanto, ganhando força uma orientação que, inspirada na origem, pela lição do saudoso conselheiro Carmona da Mota,¹² procura, não tanto obter resultados precisos através do emprego de uma fórmula matemática, de tipo algorítmico, mas fornecer critérios para distinguir entre as várias situações.

Essa orientação procurará conciliar, o melhor possível, aquilo que se apresenta como duas exigências antitéticas: de um lado, a justiça do caso, que não se compadece com cálculos aritméticos frios, aplicados de modo uniforme a um tipo de situações demasiado amplo. Por outro lado, ter em conta que, abdicar completamente de pontos de partida, conhecidos, para a consideração das especificidades do caso pode conduzir ao uso de margens de discricionariedade exageradas. E essas margens de discricionariedade serão exageradas, não só quando falhe a necessária justificação para a opção tomada, como quando, em termos comparativos, a justiça do caso abstrai completamente da justiça que tenha sido feita em situações paralelas. É que a Justiça nunca poderá deixar de tratar o que é presumido igual, o mais possível de maneira igual.

Se os juízes fazem jurisprudência e não jurisciência (exata), também é certo que o cidadão tem de perceber minimamente as diferenças de pena aplicada a situações que se não distinguem relevantemente.

Acolher-se-á, então, a ideia de que a pena conjunta se terá de situar até onde a empurrar um efeito "expansivo" da parcelar mais grave, exigido pelas outras penas, e um efeito "repulsivo" que se faz sentir a partir do limite da soma aritmética de todas as penas. Ora, são estes efeitos "expansivo" e "repulsivo" que se prendem necessariamente com uma preocupação de proporcionalidade, a qual surge como variante com alguma autonomia em relação aos critérios da "imagem global do ilícito" e da "personalidade do arguido" que nos dá, laconicamente, o artigo 77.º, n.º 1, do CP.

Assim, essa proporcionalidade deve existir entre o peso relativo de cada parcelar, tendo em conta o conjunto de todas elas, de tal modo que se deva traduzir, na eleição da pena única, um tratamento diferenciado para a criminalidade bagatelar, média e grave.

1) A "representação" das parcelares que acrescem à pena mais grave, na pena conjunta, deve corresponder a uma fração cada vez mais elevada, quanto maior for a gravidade dos crimes, traduzida nas parcelares que acrescem à pena parcelar mais alta aplicada.

2) Se a pena parcelar é uma entre muitas outras semelhantes, o peso relativo do crime que traduz é diminuto em relação ao ilícito global e, portanto, só uma fração muito baixa dessa[s] pena[s] parcelar[es] deverá contar para a pena conjunta. Efeito expansivo baixo, portanto.

3) E porque a pena do limite máximo dos 25 anos só deverá ter lugar em casos extremos, o efeito repulsivo a partir desse limite terá de se fazer sentir, tanto mais, quanto mais baixa for a parcelar mais grave e maior o somatório das restantes penas parcelares.

A propósito da consideração do limite dos limites dos 25 anos de prisão, importa ter presente que ele só é defensável numa perspectiva de pena utilitária, designadamente de reinserção social do arguido¹³. Uma punição inspirada pela retribuição da culpa dificilmente poderia deixar de estabelecer, sempre, uma equivalência entre o comportamento do agente e a pena a aplicar em cúmulo. Esta pena poderia não ter, nessa hipótese, limite fixo, competindo depois aos serviços encarregues da sua execução, decidir que parte da mesma deveria ser cumprida.

7. HABEAS CORPUS

Depois das referências que acabamos de fazer à prisão, enquanto pena, e à determinação da sua medida, importa aludir ao expediente que permite reagir, de forma urgente e expedita, às situações de prisão ilegal. Portanto, ao pedido de *habeas corpus*.

Sabe-se que a expressão tem designado realidades diferentes ao longo do tempo e dos locais, mas sempre com o denominador comum de ser um instituto jurídico de proteção de direitos individuais fundamentais, designadamente, do direito à liberdade¹⁴. Consiste na essência numa "intervenção do poder judicial para fazer cessar as ofensas do direito de liberdade pelos abusos de autoridade"¹⁵ e, antes de mais, os abusos da autoridade policial.

Prevista hoje no artigo 31.º da CR, está pensada no CPP para se atalharem a situações de detenção e de prisão ilegais, sendo neste último caso, quando é posta em crise uma situação que já mereceu controle judicial, que o pedido é dirigido ao STJ.

A abundante jurisprudência do Supremo Tribunal em matéria de *habeas corpus* revela-nos o entendimento uniforme, segundo o qual se trata de uma medida de caráter excecional, que não se substitui nem colide com a possibilidade de interposição de recurso, cujo objeto seja, à mesma, fazer cessar a situação de prisão, invocando fundamento diverso. É um meio de tutela da liberdade que acresce quantitativamente à possibilidade de recurso, porque visa situações a que importa pôr cobro com urgência e que, por isso, não têm outra tutela. Não uma via simplesmente destinada a atalhar a situações reputadas mais graves e, portanto, só qualitativamente diferentes dos recursos, na apontada tutela da liberdade¹⁶.

Assentando a providência de *habeas corpus* numa prisão ilegal resultante de abuso de poder, e coexistindo enquanto meio impugnatório previsto pelo legislador, ao lado dos recursos, daí a sua caracterização como medida excecional. Trata-se, portanto, de providência destinada a atalhar, de modo urgente e simplificado, a casos de ilegalidade patente, flagrante, evidente. Não de ilegalidade que se revele simplesmente discutível.

Estas características, a que acresce a possibilidade de o requerimento de *habeas corpus* poder ser subscrito pelo próprio preso ou por qualquer cidadão, portanto, sem apoio de nenhum advogado, e de ter por alvo uma decisão que é já judicial e não uma atuação policial eventualmente menos informada, talvez possam explicar porque é que nos últimos cinco anos o STJ tenha julgado 653 pedidos de *habeas corpus* e deferido apenas 19. Ou seja, 2,9 %.

Se passarmos em revista estas 19 decisões, vemos que se fundam em razões muito variadas, sem se poder detetar propriamente um erro reiterado de direito, cometido pelas instâncias.

No entanto, verificámos que quatro decisões de libertação (de 03.09.2008, 23.09.2009, 27.08.2009 e 18.06.2009) se ficaram a dever à aplicação do regime global mais favorável em matéria de sucessão das leis no tempo. Assim se reterá que a disciplina do artigo 123.º, do DL 48/95, de 15 de março, segundo a qual a vigência da declaração de contumácia suspende o prazo de prescrição da pena, não se aplica se o facto criminoso foi praticado antes da vigência da lei nova; que se aplica sempre a lei mais favorável antiga, em matéria de alteração de prazos máximos de prisão preventiva, designadamente após a introdução do n.º 6, do artigo 215.º, do CPP; que a lei nova mais favorável quanto ao prazo da prisão preventiva se aplica, mesmo que o início dessa prisão preventiva seja anterior.

Em três casos de libertação (de 17.08.2010, 04.02.2010 e 22.01.2013), verificou-se uma errónea e flagrante aplicação do direito, porque não tinha sido cometido qualquer crime (o produto apreendido não era estupefaciente), porque se deparou com uma suspensão inexplicável do prazo de prescrição da pena, ou porque nenhum dos crimes pelos quais o arguido estava preso admitia prisão preventiva.

Noutros três casos foram apreciadas situações subsequentes à concessão de liberdade condicional pelo TEP (a 04.12.2008, 01.10.2009 e 18.02.2009). Concedida a liberdade condicional, o arguido deve ser libertado, não podendo aguardar em prisão o trânsito em julgado da decisão ulterior do TEP que revogou a liberdade condicional. Ordenada a expulsão de território nacional a seguir à concessão de liberdade, não pode o condenado ficar privado dessa liberdade por prazo desrazoável, à espera da efetivação da expulsão (num dos casos ultrapassou três meses).

Em duas situações, estava em causa a declaração de especial complexidade da investigação (decisões de 12.11.2009 e 23.06.2010). Notificado o arguido para se pronunciar quanto a tal declaração (n.º 4, do artigo 215.º, do CPP), sem concessão de prazo, deve entender-se que o prazo para tal é de dez dias, sendo irrelevante a declaração de especial complexidade produzida antes. A declaração de especial complexidade não produz o alongamento do prazo de prisão preventiva se produzida depois de ter decorrido o prazo máximo previsto para situações em que não existe essa declaração.

Três outros casos prenderam-se com o cumprimento de pena de prisão que tinha sido substituída por multa, apesar do pagamento da multa (decisão de 03.09.2008), ou por mais dias de prisão do que os de multa (decisão de 21.07.2009), ou com a ordem de prisão do arguido sem se deixar transitar o despacho que ordenou o cumprimento da prisão, substituída, nos termos do artigo 43.º, n.º 2, do CP (decisão de 14.03.2013).

As restantes decisões tiveram que ver com a consideração do crime de tráfico menor (do artigo 25.º, do DL 15/93, de 15 de março), como não sendo de considerar "criminalidade altamente organizada", para efeitos de alargamento do prazo do artigo 215.º, n.º 2, do CPP (decisão de 25.07.2008), com o cumprimento da pena de prisão em regime de semidetenção (decisão de 05.06.2008), com a extensão à medida de coação de obrigação de permanência na habitação, das garantias concedidas à prisão preventiva (decisão de 13.02.2008) e, finalmente, com a manutenção em prisão além do prazo (fora do condicionalismo do n.º 4, do artigo 29.º, da lei

n.º 65/2003, de 23 de agosto – motivos humanitários graves), por atrasos na entrega à autoridade estrangeira emissora de MDE (decisão de 18.04.2013).

- Dir-se-á, a terminar, que existe total consenso, no STJ, quanto ao indeferimento do pedido de *habeas corpus* com fundamento na omissão do TEP, da avaliação das condições de concessão de liberdade condicional, exceto se essa concessão for obrigatória.
- Também se vem entendendo que a nossa lei não prevê a apreciação de pedidos de *habeas corpus* simplesmente preventivos, tendo em conta o fundado risco de prisão ilegal, por se entender que é condição *sine qua non* que o beneficiário do pedido esteja efetivamente preso.
- Finalmente, as decisões do STJ têm sempre entendido que, decorrendo um prazo máximo de prisão preventiva, a extensão desse prazo devido a certo ato processual (acusação *v. g.*) depende só da ocorrência do ato dentro daquele prazo inicial e não da respetiva notificação ao recluso nas mesmas condições.
- Apontar-se-á como questão em que ainda não há uniformidade de posturas, a da equiparação da medida de coação de obrigação de permanência na habitação, à de prisão preventiva, para efeito de sustentar um pedido de *habeas corpus*.

¹ Artigo 1.º da LF, da RFA, de 23.05.1949:

"Proteção dos Direitos do Homem

1 – A dignidade do homem é intangível. Todo o poder público está obrigado a respeitá-la e a protegê-la.

2 – Em consequência, o povo alemão reconhece ao homem direitos invioláveis e imprescritíveis como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

3 – Os direitos fundamentais que se enunciam a seguir obrigam o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário enquanto direito diretamente aplicável."

² Cf. J. Reis Novais in *Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 161.

³ Cf. José Melo Alexandrino, in *Direitos fundamentais – Introdução Geral*, p. 137.

⁴ Cf. C. Barberger, "Égalité et Individualization de la Peine", in *L'Individualization de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, direction de R. Ottenhof, p. 209.

⁵ Com repercussões tímidas no Reino Unido e na Austrália, por exemplo.

⁶ Cf. K. F. AAS, in *Sentencing in the Age of Information – from Faust to Macintosh*, p. 10.

⁷ Não se ignoram, porém, vozes autorizadas que, na doutrina, apontam para a importância da finalidade retributiva da pena. Assim, Faria Costa, "Uma ponte entre o Direito Penal e a Filosofia Penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena" in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, p. 205, ou Lourenço Martins in *Medida da pena – Finalidades – Escolha*, p. 427, *v. g.*

⁸ Além desta função de pacificação social, a prevenção geral positiva pode ter uma função pedagógica, enquanto reforço da autocensura individual, por quantos têm de refrear os seus impulsos para infringir e se satisfazem por não terem cedido ao crime, subtraindo-se a qualquer pena. Apontar-se-á, ainda, um efeito de confiança no sistema, não tanto porque as pessoas verificam que o Direito Penal é para se cumprir (todo o direito, por definição, é para se cumprir), mas porque daí advém um maior sentimento de segurança, ou seja, de proteção dos bens jurídicos.

⁹ A reação penal, para quem não pode ser responsabilizado, é a medida de segurança.

¹⁰ Punir além da culpa é instrumentalizar o agente ao serviço de uma política social e, portanto, violar a sua dignidade enquanto pessoa.

¹¹ Não conhecemos nenhuma decisão do STJ dos últimos 12 anos em que se pretendesse que a pena deveria ser a "retribuição justa do mal praticado" ou "a justa retribuição da culpa", para usar expressões que, até então, se podiam ler em acórdãos do STJ.

¹² "Colóquio de Direito Penal e Processo Penal", 2009.06.18, Página do STJ, <http://www.stj.pt>

¹³ Lembremos que no Projeto Eduardo Correia se estabelecia um limite de dez anos, exatamente em nome da prevenção especial positiva, e a Comissão de 1963-1964 aprovou-o.

¹⁴ *Habeas Corpus* é a abreviatura de *habeas corpus ad subjiciendum*, que significa "que tenhas o teu corpo sob o teu controle", e constitui instituto de origem britânica, aparecido com a *Magna Carta Libertatum*, de 1215. O *Habeas Corpus Act*, propriamente dito, data de 1679.

¹⁵ Cf. relatório do DL 35 043, de 20.10.1945, que regulava o pedido de *habeas corpus*, previsto no artigo 8.º, § 4, da CRP de 1933.

¹⁶ "Remédio excepcional para proteger a liberdade individual nos casos em que não haja qualquer outro meio legal de fazer cessar a ofensa ilegítima dessa liberdade. Com a cessação de ilegalidade da ofensa fica realizado o fim próprio do *habeas corpus*. De outro modo, tratar-se-ia de simples duplicação dos meios legais de recurso." *Idem*.

PROGRAMA DA CONFERÊNCIA

DIA 8 DE JULHO

09h30 ABERTURA

Fernando Negrão (Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)

António Pedro Barbas Homem (Diretor do Centro de Estudos Judiciários)

I PAINEL | A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS: Direito Privado

10h00 DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E À INTEGRIDADE PESSOAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

António Menezes Cordeiro* (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

João Pires da Rosa (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)

Maria de Fátima da Graça Carvalho (Procuradora-Geral-Adjunta)

MODERAÇÃO: Jorge Lacão (Deputado)

14h00 DIREITO À IMAGEM E À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

João Bernardo (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)

Francisco Teixeira da Mota* (Advogado)

MODERAÇÃO: Hugo Velosa (Deputado)

II PAINEL | A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS: Direito Laboral

15h30 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES: DIREITO À RESERVA E À CONFIDENCIALIDADE RELATIVAMENTE A MENSAGENS PESSOAIS E À RESERVA DA VIDA PRIVADA DOS TRABALHADORES

Bravo Serra* (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)

Maria do Rosário Palma Ramalho (Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Paulo Morgado de Carvalho (Procurador da República)

MODERAÇÃO: João Oliveira (Deputado)

DIA 9 DE JULHO

III PAINEL | A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS: Direito da Família e Crianças

10h00 DIREITO DA CRIANÇA À CONTINUIDADE DAS SUAS RELAÇÕES AFETIVAS

Guilherme de Oliveira (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Hélder Roque (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)

Helena Gonçalves* (Procuradora da República)

Moderação: Cecília Honório (Deputada)

IV PAINEL | A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS TRIBUNAIS: Direito Penal

14h00 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA PENAL DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

José Adriano Machado Souto de Moura (Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)

José António Barreiros** (Advogado)

Moderação: Teresa Anjinho (Deputada)

* Estes oradores optaram por não publicar as suas intervenções.

** Por motivos imprevistos de ordem pessoal, este orador não esteve presente.

NOTAS BIOGRÁFICAS DOS ORADORES

MARIA DE FÁTIMA DA GRAÇA CARVALHO

Magistrada do Ministério Público, desde 1979, tendo exercido funções em diversos tribunais.

Assessora do alto-comissário contra a corrupção, em comissão de serviço, entre 1989 e 1992.

Subinspetora-geral da IGAI, em comissão de serviço, entre 1996 e 2002.

Vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, desde 2003.

Representante do Estado português no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e no Comité Diretor dos Direitos do Homem do Conselho da Europa, desde 23 de fevereiro de 2010.

GUILHERME DE OLIVEIRA

Licenciado, em 1972, pós-graduado, em 1978, doutorado em Direito Civil, em 1984, e agregado em Ciências Jurídicas, em 1996.

Foi assistente, desde 1973, professor auxiliar, desde 1984, professor associado, desde 1988, professor catedrático, desde 1996, sempre na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Tem regido várias disciplinas no âmbito do Direito Civil, sobretudo Direito da Família e Direito das Sucessões, tanto na licenciatura em Direito como no curso de mestrado em Ciências Jurídico-civilísticas.

É corregente da disciplina de Ética, Deontologia e Direito Médico, da licenciatura em Medicina da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra.

É membro fundador e diretor científico do Centro de Direito Biomédico e do Centro de Direito da Família, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cabendo-lhe, nessa qualidade, dirigir os cursos de pós-graduação em Direito da Medicina e em Proteção de Menores.

Tem publicados diversos trabalhos e proferido conferências, no âmbito do Direito da Família, Direito das Sucessões e Direito Biomédico.

HÉLDER JOÃO MARTINS NOGUEIRA ROQUE

Foi Subdelegado do Procurador da República, a partir de fevereiro de 1975.

Foi juiz-estagiário, em outubro de 1980, com exercício da Judicatura, em 1.ª instância, até 1997.

Foi juiz desembargador no Tribunal da Relação de Coimbra, onde se manteve, até 2008.

Vogal eleito do Conselho Superior da Magistratura.

Diretor de estágios do Centro de Estudos Judiciários e membro dos júris das provas orais de acesso ao CEJ.

Membro do Conselho Geral da Associação dos Juizes Portugueses.

Docente do Curso de Pós-graduação em Proteção de Menores, organizado pelo Centro de Direito de Família da Faculdade de Direito de Coimbra.

É juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, desde 23 de outubro de 2008.

JOÃO LUÍS MARQUES BERNARDO

Nasceu em 1951, em Pinhel, e é licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Foi delegado do procurador da República na ilha Graciosa, em Moura, no Seixal e em Lisboa.

Foi juiz em Idanha-a-Nova e Penamacor, Vila Real de Santo António, Celorico de Basto e Mondim de Basto, Barcelos e Braga.

Foi juiz-desembargador no Tribunal da Relação do Porto.

É juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, desde 14 de setembro de 2005.

JOÃO MENDONÇA PIRES DA ROSA

Nasceu em 1946, em Fermentelos (Águeda) e é licenciado em Direito.

Foi delegado do procurador da República em Amarante, Benavente, Estarreja, Porto (Tribunal de Menores) e Figueira da Foz.

Foi juiz-estagiário na comarca do Porto e juiz de direito nas comarcas de Coruche, Setúbal, Águeda, Aveiro e Porto (8.º Juízo Cível).

Foi juiz-desembargador nos Tribunais da Relação do Porto e de Coimbra.

É juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, desde 8 de maio de 2003.

JOSÉ ADRIANO MACHADO SOUTO DE MOURA

Nasceu no Porto, em 1950, e é licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Foi delegado do procurador da República em Ponte da Barca, Vila do Conde, Ponta Delgada e Porto.

Foi procurador da República em Setúbal.

Docente do Centro de Estudos Judiciários, entre 1986 e 1991.

Diretor de estágios do Ministério Público, até 1993.

Foi vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, entre 1993 e 2000.

Foi membro do Núcleo de Estudos Ambientais do Ministério da Justiça.

Perito designado pelo Governo português para vários grupos de trabalho do Conselho da Europa nas áreas penal e processual penal.

Chefe de Delegação no Comité Diretor dos Problemas Criminais do Conselho da Europa (1992/2000), em representação do Governo português.

Presidente do grupo permanente Direito Penal Material, do Conselho da União Europeia, durante a presidência portuguesa, no primeiro semestre de 2000.

Procurador-geral da República, entre 2000 e 2006.

Procurador-geral-adjunto coordenador no Supremo Tribunal de Justiça, em 2006.

É juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, desde 26 de outubro de 2006.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO

Licenciada em Direito (1984), pela Universidade Católica Portuguesa (Lisboa).

Mestre em Ciências Jurídicas (Direito do Trabalho), em 1992, pela Faculdade de Direito de Lisboa.

Doutorada em Ciências Jurídicas (Direito do Trabalho), em 2001, na Faculdade de Direito de Lisboa.

Agregação em Ciências Jurídicas (Direito do Trabalho), em 2009, pela Faculdade de Direito de Lisboa.

Tem regido várias disciplinas no âmbito do Direito do Trabalho, tanto na licenciatura em Direito, como no mestrado e no doutoramento.

Membro do Instituto de Direito Privado e vice-presidente do Instituto de Direito do Trabalho.

Jurisconsulto convidado da Organização Internacional do Trabalho e da Comissão Europeia, para coordenar ou participar em diversos projetos de dimensão internacional/comunitária, nas áreas do Direito do Trabalho, do Direito Social da União Europeia e do Direito da Igualdade.

Tem publicadas obras de referência e proferido diversas conferências no âmbito do Direito do Trabalho.

PAULO JORGE VIEIRA MORGADO DE CARVALHO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Pós-graduado em Estudos Europeus pela Faculdade de Direito de Lisboa.

Magistrado do Ministério Público, desde 1986, tendo exercido funções nas comarcas de Odemira, Seixal, Setúbal, Tribunal do Trabalho de Almada e Tribunal de Execução das Penas de Lisboa.

Magistrado do Ministério Público, coordenador da comarca de Santarém, desde abril de 2014.

Inspetor-geral do Trabalho, da Inspeção-Geral do Trabalho, de agosto de 2004 a 2007 e da Autoridade para as Condições do Trabalho, de 2007 a maio de 2010.

Colabora regularmente com Universidades portuguesas, enquanto conferencista e formador.

Tem publicados diversos artigos e proferido conferências, no âmbito do Direito do Trabalho.

Tem integrado grupos de trabalho para revisão de legislação de âmbito laboral.

FICHA TÉCNICA

Título:

Estado de Direito e direitos fundamentais: A concretização dos direitos fundamentais pelos Tribunais.

Conferência: Assembleia da República, 8 e 9 de julho de 2013 (PDF)

Iniciativa: Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias | Centro de Estudos Judiciários

Fotografia: Luís Saraiva

Edição: Assembleia da República. Divisão de Edições

Revisão e coordenação editorial: Maria da Luz Dias

Paginação: Ana Rita Charola a partir do design gráfico original de Linha de Letras

ISBN: 978-972-556-640-4

Lisboa, julho de 2015

© Assembleia da República.

Direitos reservados nos termos do artigo 52.º da lei n.º 28/2003, de 30 de julho.

