



Ana Lambelho

*Algumas considerações sobre a utilização da prova digital em Direito do
Trabalho*

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne2v2\)2022.ic-02](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne2v2)2022.ic-02)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Algumas Considerações sobre a Utilização da Prova Digital em Direito do Trabalho

Some Considerations on the Use of Digital Evidence in Labour Law

Ana LAMBELHO¹

RESUMO: Na presente comunicação far-se-á uma análise perfunctória do tema da utilização da prova digital no âmbito da relação laboral, com particular incidência na prova obtida através de mensagens eletrónicas.

A prova digital é colocada ao lado dos demais meios de prova dos vários aspetos laborais que os nossos tribunais são chamados a resolver — qualificação do vínculo; tempos de trabalho; trabalho suplementar; despedimento; cessação do contrato por outros meios, etc. —, pelo que se coloca com maior acuidade o problema da utilização dos documentos eletrónicos como meio de prova.

Nesta análise, passaremos em revista a questão da aporção da prova ao processo, a questão da licitude da obtenção da prova e a questão do valor da prova obtida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; prova digital; documento eletrónico.

ABSTRACT: This communication briefly analyzes the use of digital evidence in the employment relationship, especially the one obtained through electronic messaging.

Digital evidence is placed side by side with other means of evidence when it comes to the legal issues that labour courts are called to decide upon - qualification of the contract; working time; overtime work; dismissal; termination of contract by other means, etc.. The use of digital evidence hence requires a closer scrutiny, since its use has become so important.

In this work we will review the main aspects on how to present this type of evidence in court, the legality of evidence collection methods and the value of the evidence obtained.

KEYWORDS: Labour Law; digital evidence; electronic document.

1. Considerações introdutórias

A revolução digital está a transformar radicalmente a forma como nos relacionamos, como comunicamos e como trabalhamos. A utilização massiva da internet e de programas informáticos no trabalho conduz a que o tipo de prova à disposição dos empregadores e dos trabalhadores se tenha alterado, relegando, muitas vezes, para segundo plano os meios de prova mais tradicionais como a prova documental (em papel) e a prova testemunhal.

¹ Docente do Departamento de Ciências Jurídicas da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria e investigadora do IJP-IPLeiria, Portugal. ana.lambelho@ipleiria.pt.

Não se pode dizer que este seja propriamente um fenómeno novo. Na verdade, a utilização do email e dos sistemas de videovigilância como prova em sede laboral há muito que se verifica, o que não significa que os termos em que tal pode ocorrer sejam unanimemente aceites. Por outro lado, à medida que avança a técnica, vão aparecendo novas fontes de prova, sendo frequente a aportação aos processos judiciais de meios probatórios relacionados com os modernos sistemas eletrónicos e telemáticos e, a breve trecho (espera-se), com recurso a inteligência artificial. Acresce que vão-se aprimorando os termos da sua admissibilidade, nomeadamente no confronto com a proteção dos direitos fundamentais consagrados tanto em instrumentos de direito interno como internacional.

A prova digital é colocada ao lado dos demais meios de prova dos vários aspetos laborais que os nossos tribunais são chamados a resolver: qualificação do vínculo; tempos de trabalho; trabalho suplementar; avaliação dos trabalhadores; despedimento ou cessação do contrato por outros meios.

Considerando que, no Código de Processo do Trabalho português, não existem especificidades quanto às provas e meios de prova admissíveis e que, portanto, se aplicam subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil, entendemos que o tema da prova digital em Direito do Trabalho tem aqui lugar neste segundo painel em que se abordam os desafios do desenvolvimento tecnológico para o Processo Civil.

2. A prova digital no contexto das demais provas

A matéria da prova vem materialmente regulada no Código Civil, nos artigos 341.º e seguintes.

Como ensina Ana Prata, em sentido lato, prova é a demonstração da realidade de um facto ou da existência de um ato jurídico; num sentido mais restrito, a prova é um processo que tem por fim tal demonstração².

Nos termos do Código Civil (CC), a prova faz-se através de presunções, de documentos, de confissão, de perícias, de inspeções ou de testemunhas. Considerando o previsto no Código de Processo Civil (CPC), podemos

² PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*, 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2005, p. 982.

acrescentar as declarações de parte. Em nenhum dos diplomas se menciona a prova digital.

Em Portugal existe um acervo de normas que regulam a prova digital, a saber: a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho³; a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro⁴; DL n.º 12/2021, de 09 de fevereiro⁵; o Regulamento (UE) n.º 910/2014, do PE e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno.

Não temos, porém, uma definição legal de prova digital. Sendo um tipo de prova, também a prova digital há de permitir demonstrar um facto ou a existência de um ato jurídico, mas é aquela que se obtém a partir de um dispositivo eletrónico ou meio digital. “No essencial, a prova digital é composta por uma sequência de *bits* e existe independentemente do suporte material no qual se encontre incorporada”⁶.

O Regulamento (UE) n.º 910/2014 define documento eletrónico como “qualquer conteúdo armazenado em formato eletrónico, nomeadamente texto ou gravação sonora, visual ou audiovisual”.

Deste modo, a prova digital aparece-nos como um tipo de documento – o documento eletrónico – que deve ser entendido como todo o suporte digital que registe informação.

Os legisladores da União Europeia e nacional assumem que a prova digital é uma prova documental, embora concordemos com João Marques Martins quando defende que o documento eletrónico é uma nova espécie de documento

³ Regula a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas coletivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

⁴ Conhecida como a Lei do Cibercrime. Transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

⁵ Assegura a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (UE) [910/2014](#), relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno.

⁶ FIDALGO, Sónia. A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital – direitos fundamentais (ainda mais) em perigo. In RODRIGUES, Anabela Miranda, *Inteligência artificial no Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 184.

que não se encontra prevista no CC, embora, para efeitos probatórios, possa ser equiparado ao documento escrito⁷.

A doutrina tem apontado que um dos principais problemas associados à prova digital é o da sua autenticidade e integridade. Pode dizer-se que este não é um problema novo nem específico da prova digital. Também na tradicional prova documental é possível contestar a veracidade do documento e, tal como acontece na prova digital, o avanço da técnica permite apurar as formas de fraude nas provas “analógicas”. Porém, o facto de a prova digital poder ser modificada, destruída ou apagada por quem a criou, por terceiro ou pelo próprio sistema operativo, incluindo de forma remota, tanto antes de ser recolhida como durante ou após a sua recolha, torna-a mais frágil e volátil⁸.

Uma outra dificuldade muitas vezes associada à prova digital é a da identificação do seu autor e a da data da prática do ato ou do seu conhecimento pelo destinatário, no caso das comunicações recetícias. Mas, uma vez mais, não se trata de uma questão nova: o que é necessário é utilizar mecanismos (digitais) que permitam a comprovação da autoria e da receção da comunicação. Caso seja apresentada uma prova digital e a sua autoria e veracidade não sejam contestadas pela outra parte, elas fazem prova dos factos nela contidos.

As novas tecnologias associadas à internet e à inteligência artificial permitem uma mais fácil lesão dos direitos de personalidade do trabalhador (e do empregador) e, por outro lado, uma maior intensidade dessa lesão e, por essa via, provocam mais danos. De facto, a afirmação e a defesa do direito à reserva da intimidade da vida privada, à imagem, à inviolabilidade das comunicações e à autodeterminação informacional não são aspetos novos no âmbito laboral, embora ganhem, atualmente, maior acuidade precisamente em virtude do potencial lesivo da tecnologia a que se recorre – a que se tem de recorrer – no desempenho da atividade laboral.

Os meios de obtenção de provas digitais são potencialmente mais lesivos dos direitos fundamentais do que os meios de obtenção de prova tradicionais,

⁷ MARTINS, João Marques. Documentos eletrónicos e meios de prova. In Cordeiro, António Menezes (coord.). *Código civil - livro do cinquentenário*. Coimbra: Almedina, 2019. - Vol. I., p. 810.

⁸ Neste sentido FIDALGO, Sónia. A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital – direitos fundamentais (ainda mais) em perigo. *Cit.*, p. 134.

sobretudo, porque podem ser discretos, silenciosos, ocultos e, por utilizarem tecnologia inovadora, estarem fora do domínio do homem médio.

São vários os meios de obtenção de prova digital que podem ser considerados a nível laboral: videovigilância, GPS, correio eletrónico, utilização de SMS e de outras fontes como chats, utilização da informação das redes sociais, gravação de som (ou de conversas), programas digitais de controlo da assiduidade, programas de controlo do volume ou do tipo de dados transmitidos aquando da utilização de dispositivos eletrónicos, registos de acessos a programas informáticos, redes ou sites, programas ou dispositivos que utilizem a inteligência artificial e que auxiliem o empregador na tomada de decisões, etc.. Alguns têm regulação específica em sede laboral – como a utilização de meios de vigilância a distância e de dados biométricos – outros não.

Nesta comunicação iremos analisar, em particular, prova digital obtida através de mensagens eletrónicas (correio eletrónico, SMS e mensagens instantâneas), embora algumas das considerações possam ser replicadas para provas digitais obtidas por outros meios.

3. A prova digital obtida através de mensagens eletrónicas no contexto laboral

3.1 A questão da aporção da prova ao processo

Um dos primeiros problemas que se coloca relativamente à prova digital é o da forma da sua apresentação em juízo.

A prova eletrónica é imaterial e carece das características da perdurabilidade e da inalterabilidade de outras provas, como a prova documental clássica, na medida em que a informação que contém é facilmente manipulável (por quem a aporta ao processo ou por terceiros) ou eliminada, sendo (eventualmente) difícil detetar as modificações efetuadas⁹.

⁹ SALAS VELASCO, Ana C. La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso. *In* QUINTANA PELLICER, Josep de; MIRÓN HERNÁNDEZ, Mar; PÉREZ DURÁN, Francisco (diretores). *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social Noves tecnologies i relacions laborals*, 2.ª edição. [Em linha]. Disponível em http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/jornades_catalanes/xxix_jornades_catalanes_dret_social.pdf, consultado pela última vez em 20/05/2021.

Muitas vezes, um meio de trazer as provas digitais ao processo é através da impressão do email ou das conversas instantâneas¹⁰. Todavia, esse documento em papel não permite aferir da veracidade e integridade da prova digital que lhe serve de base¹¹. Por isso, poderá vir acompanhada de relatório de perito informático que reporte a forma como se obteve a informação e as ações levadas a cabo para garantir a autenticidade e inalterabilidade da informação carreada para o processo¹².

Quando se apresentem em juízo os próprios documentos eletrónicos eles deverão vir acompanhados dos certificados digitais. Caso estes não existam, pode juntar-se prova pericial que ateste a sua autenticidade, inalterabilidade e, quando possível, datas de criação, transmissão e/ou receção¹³.

Analisada, ainda que sumariamente, a questão do modo de apresentação da prova digital em juízo, debrucemo-nos agora sobre a questão da licitude da prova apresentada, uma vez que, como já se disse, uma das características desta fonte de prova é o seu carácter intrusivo, na medida em que, em muitos casos, contém dados pessoais e o acesso de terceiros a estes dados afeta direitos fundamentais¹⁴.

3.2. A questão da licitude da obtenção da prova

Para que a prova possa ser utilizada tem de ser obtida por meios lícitos. A busca da verdade não pode ser feita por qualquer modo e, portanto, não se pode sobrepor aos princípios do Estado de Direito Democrático.

Sendo a prova ilícita, os dados obtidos não poderão ser utilizados na tomada de nenhuma decisão. O vício fere de invalidade não apenas esses dados

¹⁰ Neste sentido, por exemplo, VIDAL LÓPEZ, P. La prueba digital en el procedimiento laboral, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 952, 2019, p. 11.

¹¹ Ver Sentença do TSJ da Galiza, de 28/01/2016, rec. 4577/2015, na qual se nega o valor probatório da impressão de uma conversa de mensagens instantâneas por telefone – *whatsapp* – por não se ter aportado ao processo prova que permita apreciar a sua autenticidade e veracidade.

¹² Neste sentido, SALAS VELASCO, Ana C. La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso. *Cit.*, p. 230.

¹³ “A prova digital e a prova pericial estão intimamente ligadas, pela simples razão de que a prova digital, por regra, tem de ser explicada”. FIDALGO, Sónia. A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital – direitos fundamentais (ainda mais) em perigo. *Cit.*, p. 142.

¹⁴ Neste sentido, *vide*, por exemplo, SALAS VELASCO, Ana C. La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso. *Cit.*, p. 223.

mas também outros possíveis meios de prova que venham depois a ser obtidos ou produzidos em resultado daqueles.

Quando é que a obtenção do meio de prova é lícita? Sobretudo em duas situações¹⁵: A) quando para a sua obtenção não se violam os direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador ou as normas sobre proteção de dados; B) Quando é o próprio autor ou o destinatário da comunicação que a aporta¹⁶.

¹⁵ Alguns autores apontam dois requisitos para a ilicitude da prova: a vulneração de um direito fundamental e a existência de uma conexão funcional entre a ofensa dos direitos fundamentais e o resultado probatório. Neste sentido, por exemplo, VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés. Los dispositivos de geolocalización del trabajador como medio de prueba en el proceso laboral, AIS: *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*, Vol. 9, dezembro de 2021. [Em linha]. p. 34, disponível em <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/28108/27182>, consultado pela última vez em 27/01/2022. A este propósito veja-se, a título de exemplo, o acórdão do TRL de 08/10/2020, processo n.º 7352/14.3TDLSB.L1-9, onde se discutiu se a ilicitude da prova obtida através do acesso não autorizado ao computador de um trabalhador deveria repercutir-se na validade da prova desses mesmos factos obtida por posterior busca e apreensão judicial (processualmente válida) e por confissão do trabalhador. No caso, um colega do trabalhador acedeu ao computador deste, sem autorização, descobrindo ficheiros que permitiam provar que o trabalhador utilizava o equipamento, que lhe tinha sido atribuído para fins exclusivamente profissionais, para atividades relacionadas com o abuso sexual de crianças. A entidade empregadora denunciou o caso às autoridades policiais que realizaram buscas e apreensão de ficheiros. Posteriormente, o trabalhador confessou os factos em juízo. Com base nas provas obtidas, o trabalhador foi despedido. O tribunal entendeu que a prova digital obtida pela entidade empregadora que, sem autorização, acedeu aos ficheiros privados do trabalhador é proibida/nula, não podendo ser utilizada, restando saber se “a proibição de prova vale apenas para o meio de prova obtido diretamente de modo proibido, ou se também afeta outros meios de prova obtidos indiretamente através da prova proibida. Ou seja, impõe-se apurar se a invalidade que afetou a primitiva pesquisa informática efetuada ao computador do arguido afetou a busca e apreensão que posteriormente, e de forma processualmente válida se concretizou e, bem assim, a própria confissão do arguido”. Trata-se do conhecido problema do “efeito à distância das provas proibidas”. O tribunal de recurso entendeu que sem a primeira busca (nula) não teria existido a segunda, pelo que também esta deveria considerar-se nula. Já quanto à confissão, o TRL entendeu que o tribunal *a quo* não poderia ter concluído que estava contaminada pela restante prova sem que dos autos resultassem factos que pusessem em causa a confissão integral e sem reservas.

¹⁶ Por exemplo, se é o trabalhador que leva a juízo mensagens instantâneas para provar a existência de assédio. Firmou-se jurisprudência quanto à desnecessidade de intervenção judicial na obtenção e junção ao processo dessas mensagens, se o seu destinatário (normalmente o lesado) der autorização para essa junção – por exemplo quando é ele mesmo quem faculta o telefone para a obtenção das mensagens (ac. TRP de 3/4/2013). Idêntica solução é defendida em Espanha pela doutrina e pela jurisprudência constitucional e infraconstitucional. Como nos é dito por MARGARITA ROSA FONS CARBONELL, a primeira vez que o Tribunal Constitucional espanhol estabeleceu que o direito à confidencialidade das comunicações, salvo decisão judicial, não pode opor-se a quem tomou parte na comunicação, foi na sentença n.º 114/1984, de 29 de novembro, sendo, posteriormente, a doutrina secundada por outros tribunais. FONS CARBONELL, Margarita Rosa. Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral. In QUINTANA PELLICER, Josep de; MIRÓN HERNÁNDEZ, Mar; PÉREZ DURÁN, Francisco (diretores). XXIX Jornades Catalanes de Dret Social Noves tecnologies i relacions laborals, 2.ª edição. [Em linha]. p. 294, disponível em http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/jornades_catalanes/xxix_jornades_catalanes_dret_social.pdf, consultado pela última vez em 20/5/2021. Já assim não será se as mensagens estão armazenadas em aparelho de quem não autoriza a obtenção das mensagens: neste caso exige-se intervenção judicial, nos termos do artigo 17º da Lei do Cibercrime. O regime

A questão da (não) violação dos direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador ou as normas sobre proteção de dados (A) merece mais algumas considerações. Por um lado, o empregador não pode ordenar uma perícia genérica aos computadores da empresa para verificar a existência de uma infração disciplinar¹⁷. Por outro lado, o controlo das comunicações efetuadas pelo trabalhador com recurso a meios técnicos do empregador (computador ou telefone da empresa; email pessoal ou profissional ou mensagens instantâneas) não é livre, podendo a resposta sobre a (i)licitude do meio de obtenção de prova ser diferente consoante existam ou não regras pré-definidas quanto à utilização desses equipamentos.

Se não existem regras que regulem a utilização dos equipamentos eletrónicos, em princípio, o trabalhador pode utilizar os equipamentos do empregador¹⁸, desde que, com tal utilização, não seja violado o princípio da boa fé nem o princípio da proporcionalidade. O ponto de partida é o de que o trabalhador não é um mero autómato, pelo que lhe são concedidas certas “distrações” desde que razoavelmente não ponham em causa o bom exercício da sua atividade profissional; nunca são admissíveis as escutas nem os acessos, ainda que remotos e/ou ocultos, aos aparelhos utilizados nas comunicações^{19/20}.

de apreensão de SMS tem o mesmo enquadramento legal do regime da apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de comunicações de idêntica natureza.

¹⁷ Nos termos do ac. TRE de 13-07-2017, processo 1860/15.6T8FAR.E1, o empregador não pode mandar realizar perícia a todos os computadores para aferir se os emails trocados entre os trabalhadores aliciam os seus clientes, por tal ser “abstractamente adequada a devassar a vida privada quer dos trabalhadores quer dos terceiros que com os mesmos se tenham correspondido por esta via, não havendo dúvidas que a recolha, a consulta e a subsequente utilização como meio de prova dos e-mails dos trabalhadores cai na previsão do artigo 3.º da LPD”.

¹⁸ Expressamente neste sentido, por exemplo, o ac. do TRP de 15/12/2016, proc. 208/14.1TTVFR-D.P1.

¹⁹ Neste sentido, o ac. do STJ de 05/07/2007, proc. n.º 07S043, o ac. do TRL de 05/06/2008, proc. n.º 2970/2008-4, o ac. TRP de 08/02/2010, proc. n.º 452/08.0TTVFR.P1, o ac. do TRL de 7/03/2012, proc. n.º 24163/09.0T2SNT.L1-4, o acórdão do TRP de 15/12/2016, proc. n.º 208/14.1TTVFR-D.P1, e o já mencionado ac. do TRL de 08/10/2020, processo n.º 7352/14.3TDLSB.L1-9.

²⁰ No ac. do TEDH de 3/4/2017, processo Copland contra Reino Unido, afirma-se que o trabalhador tem a legítima expectativa de privacidade no local de trabalho que não pode ser afastada pelo facto de se usarem equipamentos de comunicação ou dispositivos eletrónicos do empregador. Contudo, o Tribunal também afirma que a prestação de informações adequadas pelo empregador ao trabalhador sobre a existência de controlo das comunicações poderá reduzir a sua legítima expectativa de privacidade. Criticando este entendimento *vide* MOREIRA, Teresa Coelho. Breve comentário à decisão do TEDH, de 5 de setembro de 2017 – Bărbulescu v. Romania. In *Direitos Fundamentais e de personalidade do trabalhador*, 3.ª edição [em linha]. Lisboa: CEJ, junho 2019, p. 54, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&usern

A existência de regras que regulem a utilização dos equipamentos eletrónicos, não afeta o direito à reserva e à confidencialidade das mensagens. Assim, caso existam regras que proíbam o uso dos dispositivos eletrónicos do empregador para fins pessoais, o empregador não poderá aceder ao conteúdo da comunicação, embora possa sancionar o trabalhador por violação do dever de obediência. Em princípio, o empregador continua a não poder aceder ao conteúdo das mensagens, mesmo quando pretenda investigar e provar a eventual infração disciplinar decorrente do incumprimento de tais regras de utilização²¹. O trabalhador deverá ter conhecimento de que existem mecanismos de controlo da utilização dos dispositivos para fins pessoais, não podendo ser utilizado como meio de obtenção de prova um instrumento de controlo oculto²². O empregador pode instalar filtros de controlo dos emails e pode realizar inspeções à utilização do email profissional e dos aparelhos eletrónicos, em geral, sem necessidade de autorização judicial. Este controlo do empregador deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da boa fé, ser aleatório e incidir, em especial, em setores críticos da empresa²³. No caso dos emails, a sua consulta deve ser feita na presença do trabalhador ou do seu representante e o empregador deve aceder apenas ao destinatário, assunto, data de envio/receção e tipo de anexo²⁴. Não basta o mero aviso de que a comunicação

[ame=quest](#), originalmente publicado no *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º II, 2017, pp. 143-158.

²¹ VASCONCELOS, J. *O Contrato de Trabalho. 100 Questões*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004, pp. 91-93. Entende-se que não basta o mero aviso ao trabalhador de que os seus correios eletrónicos/comunicações podem ser controlados para que seja lícito o acesso ao conteúdo das comunicações. Neste sentido, MOREIRA, Teresa Coelho. Breve comentário à decisão do TEDH, de 5 de setembro de 2017 – Bărbulescu v. Romania. *Cit.* p. 53.

²² Neste sentido, por exemplo, o ac. do TRP de 22 de abril de 2013, proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.

²³ Como refere Teresa Coelho Moreira “quando existe uma política clara e transparente acerca da utilização destes meios bem como o estabelecimento de limites proporcionais e de acordo com o princípio da boa-fé, respeitando-se assim os princípios da informação e da publicidade, deve considerar-se lícita a possibilidade de acesso do empregador às comunicações eletrónicas profissionais do trabalhador sem necessidade de autorização judicial”. MOREIRA, Teresa Coelho. Breve comentário à decisão do TEDH, de 5 de setembro de 2017 – Bărbulescu v. Romania. *Cit.* p. 59. Ainda assim, sempre deverá lançar-se mão do princípio da proporcionalidade para aferir da licitude do meio de controlo utilizado pelo empregador. Neste sentido, por exemplo, o ac. do TRP de 24 de janeiro de 2018, proc. n.º 2066/15.0T8PNF.P1.

²⁴ Sobre este aspeto *vide* a Deliberação n.º 1638/2013 da CNPD. Também neste sentido DRAY, Guilherme. Comunicações eletrónicas e privacidade no contexto laboral. *Cit.*, p. 76, e MOREIRA, Teresa Coelho. Breve comentário à decisão do TEDH, de 5 de setembro de 2017 – Bărbulescu v. Romania. *Cit.* p. 59.

pode ser controlada para que seja lícito ao empregador aceder ao conteúdo da comunicação²⁵.

Pode ainda dar-se o caso de o empregador querer fazer uso de SMS, mensagens instantâneas ou mesmo emails obtidos de dispositivos que não são instrumentos de trabalho. Também nestes casos prova assim obtida só será lícita se não violar os direitos fundamentais do trabalhador, como o direito à reserva da intimidade da vida privada, a liberdade de expressão e de opinião e a reserva da confidencialidade das comunicações²⁶.

²⁵ Vide ac.do TEDH, de 5/9/2017, processo Bărbulescu v. Romania, em que o TEDH analisou a questão da admissibilidade do conteúdo de mensagens pessoais, enviadas através de uma conta criada para efeitos profissionais por ordem do empregador, poderem ser usadas para efeitos disciplinares. No caso, existiam regras internas da empresa que proibiam a utilização para fins pessoais dos meios tecnológicos utilizados pelos trabalhadores. O fundamento do despedimento não foi o teor das mensagens trocadas (a que o empregador acedeu), mas a violação das regras sobre utilização do equipamento informático da empresa. O TEDH considerou o despedimento ilícito porque existiu violação do direito à reserva da vida privada. A decisão deste processo a que ora nos referimos é a do Tribunal Pleno. Este processo foi previamente objeto de apreciação pela 4.ª secção do TEDH em 12/01/2016, que decidiu no sentido de o tribunal romeno ter agido em conformidade com a Lei e, portanto, de o despedimento ser lícito. Em sentido que parece diverso decidiu o mesmo TEDH no acórdão de 22/02/2018, no caso Libert contra França. Aqui, a empresa permitia a utilização de computador para fins pessoais; feita a vistoria a um computador, verificou-se que o trabalhador armazenava conteúdos pornográficos e certificados falsos feitos em benefício de terceiros. Desta feita o TEDH considerou lícita a prova, porque o fim prosseguido pelo empregador – assegurar a proteção de dados e que os trabalhadores não utilizavam os equipamentos informáticos para fins diversos – era legítimo e porque a lei substantiva de França permitia ao empregador aceder aos arquivos do computador de trabalho diferenciando «arquivos pessoais» de «arquivos privados» (os arquivos em causa não estavam corretamente identificados como privados), justificando a intervenção por pretender garantir a proteção dos direitos de terceiros. São essencialmente duas as diferenças deste caso para o caso Bărbulescu: no caso Libert o empregador é uma empresa pública pelo que não se aplica a doutrina das obrigações positivas, mas se verifica se a ingerência estava prevista na Lei; “*Pero hay una segunda diferencia, seguramente más decisiva. El empresario examinó directamente el contenido del disco duro del ordenador, sin instalar ningún sistema de vigilancia que introdujera la medida en el ámbito de aplicación de las normas sobre protección de datos. No se plantea, en consecuencia, el tema del derecho de información previa. El TEDH examina el caso desde la perspectiva exclusivamente de la legislación laboral protectora del derecho a la intimidad. El debate se centra en el cumplimiento de las garantías internas que impiden al empresario abrir los correos electrónicos que el trabajador haya identificado como personales*”. GARCÍA VITORIA, Ignacio. La protección de datos como eje de la jurisprudencia del Tribunal de Estasburgo sobre la privacidad del trabajador y el control empresarial. *Revista catalana de dret públic*, [Em linha]. 28 de fevereiro de 2018, disponível em <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/02/28/la-proteccion-de-datos-como-eje-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-estasburgo-sobre-la-privacidad-del-trabajador-y-el-control-empresarial-ignacio-garcia-vitoria/>, consultado pela última vez em 20/5/2021. Conclui-se que o avanço que pareceu acontecer no caso Bărbulescu teve aqui um freio.

²⁶ Por ofender estes direitos, entendeu o tribunal que o empregador não poderia utilizar como prova “[a]s mensagens emitidas pelo trabalhador num grupo privado e fechado do WhatsApp, que chegaram ao conhecimento da empregadora, por via indireta, uma vez que não era destinatária das mesmas” (ac. do TRE de 28/03/2019, proc. n.º 747/18.5T8PTM.E1). A questão da utilização da informação colocada pelo trabalhador nas redes sociais para fins disciplinares é controversa e tem merecido a atenção da doutrina e da jurisprudência. Não desenvolvemos aqui o assunto por não ser o objeto do presente estudo.

3.3. A questão do valor da prova obtida

Caso o meio de obtenção da prova seja ilícito, a prova também o será e não poderá ser utilizada.

O correio eletrónico, as SMS e as mensagens instantâneas são documentos eletrónicos nos termos do artigo 3.º, n.º 35 do Regulamento (UE) n.º 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, e do DL n.º 12/2021. A sua força probatória depende de:

- **ter assinatura eletrónica** – a assinatura eletrónica pode ser *i)* simples²⁷; *ii)* avançada²⁸ e *iii)* qualificada²⁹ – “uma assinatura eletrónica avançada criada por um dispositivo qualificado de criação de assinaturas eletrónicas e que se baseie num certificado qualificado de assinatura eletrónica”;

- **ter selo eletrónico** – isto é, “os dados em formato eletrónico apenso ou logicamente associado a outros dados em formato eletrónico” (artigo 3.º, n.º 25, do Regulamento). Este selo garante a origem e a integridade dos dados eletrónicos. O selo eletrónico pode ser avançado - um selo eletrónico que obedeça aos requisitos estabelecidos no artigo 36.º do Regulamento – ou qualificado – “selo eletrónico avançado criado por um dispositivo qualificado de criação de selos eletrónicos e que se baseie num certificado qualificado de selo eletrónico” (artigo 3.º, n.ºs 26 e 27 do Regulamento);

- **ter selo temporal** - selos temporais “são dados em formato eletrónico que vinculam outros dados em formato eletrónico a uma hora específica, criando uma

²⁷ “[O]s dados em formato eletrónico que se ligam ou estão logicamente associados a outros dados em formato eletrónico e que sejam utilizados pelo signatário para assinar” (artigo 3.º, n.º 11 do Regulamento). É o caso de se escrever o nome num email ou apor a um documento eletrónico uma assinatura autógrafa digitalizada.

²⁸ Trata-se de uma assinatura eletrónica que obedeça aos requisitos estabelecidos no artigo 26.º do Regulamento. Costuma ainda distinguir-se, de entre as assinaturas eletrónicas avançadas, a assinatura digital que é uma “modalidade de assinatura eletrónica avançada baseada em sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou série de algoritmos, mediante o qual é gerado um par de chaves assimétricas exclusivas e interdependentes, uma das quais privada e outra pública, e que permite ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento eletrónico ao qual a assinatura é aposta e concordância com o seu conteúdo e ao destinatário usar a chave pública para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da correspondente chave privada e se o documento eletrónico foi alterado depois de aposta a assinatura”. Neste sentido *vide* <https://www.scee.gov.pt/rep/definicoes/>. É o caso dos documentos assinados com recurso a uma plataforma de assinatura eletrónica como a *Multicert*, a *DocuSign*, a *Comodo*, a *Global Sign* ou a *My Credential*.

²⁹ Nos termos do artigo 3.º, n.º 12 do mencionado Regulamento, a assinatura qualificada é “uma assinatura eletrónica avançada criada por um dispositivo qualificado de criação de assinaturas eletrónicas e que se baseie num certificado qualificado de assinatura eletrónica”.

prova de que esses outros dados existiam nesse momento” (artigo 3.º, n.º 33 do Regulamento). O selo temporal pode ser qualificado³⁰ ou não.

Assim, quanto à valoração da prova:

i) o correio eletrónico não tem assinatura eletrónica qualificada, nem selo eletrónico qualificado nem selo temporal qualificado – a prova é apreciada nos termos gerais do Direito (artigo 3.º, n.º 10, do DL n.º 12/2021); deste modo, se o documento contiver uma assinatura eletrónica simples ou avançada, a sua força probatória é apreciada livremente nos termos gerais de direito, podendo ou não ser aceite pelo seu destinatário como vinculativa;

ii) o correio eletrónico tem assinatura eletrónica qualificada – “equivale à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel e cria a presunção de que: a) [a] pessoa que após a assinatura eletrónica qualificada é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva em causa; b) [a] assinatura eletrónica qualificada foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico; c) [o] documento eletrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura eletrónica qualificada” (artigo 3.º, n.º 2 do DL n.º 12/2021); neste caso, se o conteúdo do documento eletrónico for suscetível de representação como declaração escrita, o documento eletrónico tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.º do CC; caso o documento eletrónico não seja suscetível de representação escrita, tem a força probatória do artigo 368.º do CC e do artigo 167.º do CPP (artigo 3.º, n.º 6 do DL n.º 12/2021), isto é, faz prova plena dos factos e das coisas que representa, se a parte contra quem os documentos são apresentados não impugnar a sua exatidão;

iii) o correio eletrónico e, eventualmente, as mensagens instantâneas, podem ter um selo eletrónico qualificado - nos termos do artigo 3.º, n.º 7 do DL n.º 12/2021, “[a] aposição de um selo eletrónico qualificado faz presumir, nos termos do n.º 2 do artigo 35.º do Regulamento, a origem e a integridade do documento eletrónico”;

iv) o correio eletrónico e, eventualmente, as mensagens instantâneas, podem ter um selo temporal qualificado - “[a] aposição de um selo temporal

³⁰ Um selo temporal qualificado é “um selo temporal que satisfaça os requisitos estabelecidos no artigo 42.º” (artigo 3.º n.º 34 do Regulamento).

qualificado faz presumir, nos termos do n.º 2 do artigo 41.º do Regulamento, a exatidão da data e hora por ele indicados e a integridade do documento eletrónico”. Se o documento eletrónico tiver um selo temporal que não cumpra os requisitos do selo temporal qualificado nem por isso deixará de ser admitido como prova, devendo ser apreciado nos termos gerais do Direito (artigo 41.º, n.º 1, do Regulamento, e artigo 3.º, n.º 10 do DL n.º 12/2021);

v) o correio eletrónico e, eventualmente, as mensagens instantâneas, podem ter outro meio de identificação eletrónica, de comprovação da integridade, de correção da origem dos dados ou ainda de atestação temporal não qualificados (ex.: documento assinado com assinatura digital que, como se disse, é um tipo de assinatura eletrónica avançada) – neste caso, deve existir entre as partes uma convenção válida sobre prova ou o meio deve ser aceite pela pessoa a quem for oposto o documento (artigo 3.º, n.º 9, do DL n.º 12/2021).

Em Direito do Trabalho coloca-se muitas vezes a questão de saber se, nos casos em que a lei determina forma legal para a prática de determinado ato, se cumpre o requisito de forma caso a comunicação seja feita por meios eletrónicos, nomeadamente, através de correio eletrónico, de SMS ou de mensagens instantâneas. Por exemplo, o artigo 196.º do Código do Trabalho, a propósito da mobilidade geográfica, determina que a ordem do empregador seja fundamentada e dada por escrito; se a ordem for dada por SMS, o empregador cumpre o requisito formal? Pode uma nota de culpa ser comunicada ao trabalhador por correio eletrónico?

Para responder a estas questões, devemos atentar no artigo 5.º do DL n.º 12/2021, nos termos do qual:

- o documento eletrónico comunicado por um meio de comunicação eletrónica considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço eletrónico definido por acordo das partes e neste for recebido (artigo 5.º, n.º 1), valendo como o envio de um documento físico por correio postal simples;

- o documento eletrónico com assinatura eletrónica qualificada ou selo eletrónico qualificado enviado por meios de comunicação eletrónica que assegure a efetiva receção, equivale à remessa por via postal registada e, se a receção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário que revista idêntica forma (isto é, enviada por meio que

assegure a efetiva receção), equivale à remessa por via postal registada com aviso de receção (artigo 5.º, n.º 3);

- são oponíveis entre as partes e a terceiros a data e a hora da criação, da expedição ou da receção de um documento eletrónico que contenha uma validação cronológica emitida por um prestador qualificado de serviços de confiança (artigo 5.º, n.º 2);

- a comunicação de dados e documentos com recurso a serviços qualificados de envio registado eletrónico, nos termos definidos nos artigos 43.º e 44.º do Regulamento, equivale à remessa por via postal registada com aviso de receção (artigo 5.º, n.º 4).

Em Portugal, o Sistema de Certificação de Atributos Profissionais (SCAP), previsto e regulado pela Portaria n.º 73/2018, de 12 de março, permite a certificação de atributos profissionais, empresariais e públicos através do Cartão de Cidadão e Chave Móvel Digital. “Os administradores, gerentes, diretores e procuradores das sociedades anónimas, sociedades por quotas ou cooperativas, podem aderir ao SCAP para posterior autenticação e assinatura, enquanto representantes da empresa, com o Cartão de Cidadão e ou Chave Móvel Digital” (artigo 7.º, n.º 1 da Portaria n.º 73/2018). A assinatura qualificada do titular com certificação da qualidade de administrador, gerente e diretor pode ser utilizada em vários atos, nomeadamente, em contratos de trabalho (artigo 8.º, n.º 1 da Portaria n.º 73/2018).

4. Conclusões

A prova digital é a realizada por documento eletrónico, que deve ser entendido como todo o suporte digital que registe informação.

Considerando a tendencial desigualdade das partes inerente à relação laboral, as questões jurídicas analisadas pela doutrina e pela jurisprudência no que à prova digital respeita, referem-se, sobretudo, à licitude dos meios de obtenção da prova que poderão inviabilizar a sua utilização. Porém, as questões da utilização da prova digital em Direito do Trabalho também se colocam em sede do modo de aportação da prova ao processo e do valor da prova obtida, embora nestes casos, a jurisprudência laboral seja parca.

O recurso generalizado aos dispositivos digitais em contexto laboral não foi acompanhado da adequada formação dos trabalhadores e dos empregadores no que respeita à sua correta utilização (incluindo para efeitos de prova) e às consequências do seu uso indevido.

Nos tribunais portugueses, para além das questões relativas aos emails e às redes sociais, é ainda pouco comum a discussão da utilização da prova digital em sede laboral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DRAY, Guilherme. Comunicações eletrónicas e privacidade no contexto laboral. *In Direitos Fundamentais e de personalidade do trabalhador*, 3.^a edição. [Em linha] Lisboa: CEJ, junho 2019, p. 78, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=guest, consultado pela última vez em 21 de maio, publicado originalmente no *PDT*, n.º II, 2016, pp. 103-129.

FIDALGO, Sónia. A utilização de inteligência artificial no âmbito da prova digital – direitos fundamentais (ainda mais) em perigo. *In RODRIGUES, Anabela Miranda, Inteligência artificial no Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 129-162.

FONS CARBONELL, Margarita Rosa. Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral. *In QUINTANA PELLICER, Josep de; MIRÓN HERNÁNDEZ, Mar; PÉREZ DURÁN, Francisco* (diretores). *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social Noves tecnologies i relacions laborals*, 2.^a edição. [Em linha]. pp. 294-301, disponível em http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/jornades_catalanes/xxix_jornades_catalanes_dret_social.pdf, consultado pela última vez em 20/5/2021.

GARCÍA VITORIA, Ignacio. La protección de datos como eje de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la privacidad del trabajador y el control empresarial. *Revista catalana de dret públic*, [Em linha]. 28 de fevereiro de 2018, disponível em <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/02/28/la-proteccion-de-datos-como-eje-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-estaburgo-sobre-la-privacidad-del-trabajador-y-el-control-empresarial-ignacio-garcia-vitoria/>, consultado pela última vez em 20/5/2021.

MARTINS, João Marques. Documentos eletrónicos e meios de prova. *In CORDEIRO, António Menezes* (coord.). *Código civil - livro do cinquentenário*. Coimbra: Almedina, 2019. - Vol. I. - pp. 795-824.

MOREIRA, Teresa Coelho. Breve comentário à decisão do TEDH, de 5 de setembro de 2017 – *Bărbulescu v. Romania*. *In Direitos Fundamentais e de personalidade do trabalhador*, 3.^a edição [em linha]. Lisboa: CEJ, junho 2019, p. 54, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=guest, originalmente publicado no *PDT*, n.º II, 2017, pp. 143-158.

PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*, 4.^a edição, Coimbra: Almedina, 2005.

SALAS VELASCO, Ana C. La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso. *In*

QUINTANA PELLICER, Josep de; MIRÓN HERNÁNDEZ, Mar; PÉREZ DURÁN, Francisco (diretores). *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social Noves tecnologies i relacions laborals*, 2.^a edição. [Em linha]. Disponível em http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/jornades_catalanes/xxix_jornades_catalanes_dret_social.pdf, consultado pela última vez em 20/05/2021.

VASCONCELOS, J. *O Contrato de Trabalho. 100 Questões*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004.

VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés. Los dispositivos de geolocalización del trabajador como medio de prueba en el proceso laboral, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*, Vol. 9, dezembro de 2021. [Em linha]. pp. 29-55, disponível em <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/28108/27182>, consultado pela última vez em 27/01/2022.

VIDAL LÓPEZ, P. La prueba digital en el procedimiento laboral, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 952, 2019, p. 11.

Data de submissão do artigo: 04/06/2021

Data de aprovação do artigo: 06/02/2022

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt