

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço ()*

Resumo: A tutela – efetiva – dos direitos de personalidade conhece uma roupagem própria em sede laboral, que, no mais, se estende, com as devidas e necessárias adaptações, aos candidatos a trabalho. Neste campo, assume particular acuidade, pelos valores que lhe são inerentes, a situação da gestante que se candidata a trabalho. A apreciação da temática implica uma análise cuidada dos valores e princípios mais basilares de qualquer Estado de Direito. Com o escrito que ora se apresenta pretendemos densificar as normas legais reguladoras da matéria e encontrar – *tentar, pelo menos* – uma solução equilibrada, em função dos interesses em análise: por um lado, o interesse do empregador e da empresa em obter o máximo de informação sobre o candidato e, por outro lado, a proteção dos direitos de personalidade da candidata a emprego e o respeito pelos valores jusfundamentais que se impõem.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ⁽¹⁾

I. O Direito, enquanto ciência social e humana, tem no seu epicentro a pessoa e a sua dignidade, valores primários de qualquer Estado de Direito. Esta

* Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrando em Direito e Ciéncia Jurídica, especialidade de Direito Civil. Investigador no Centro de Investigação de Direito Privado.

¹O estudo apresentado corresponde à adaptação do trabalho académico, realizado no âmbito da UC de Metodologia da Investigação Científica, no Mestrado em Direito e Ciéncia Jurídica, no ano letivo de 2020/2021, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Atendendo aos largos meses decorridos, o texto que se apresenta foi alvo de pontuais – e tão necessárias – alterações, mantendo, contudo, e na sua maioria, a formulação originária. Pela limitação temporal e por constrangimentos decorrentes de outras exigências profissionais, não nos foi possível atualizar a totalidade das referências bibliográficas.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

dignidade própria e originária da pessoa humana reflete-se na relação com o outro e tem uma importância estruturante na coexistência em sociedade e nas relações que os particulares estabelecem entre si e com o Estado.

II. O estudo da temática referente aos direitos de personalidade resulta, em primeira linha, da Teoria Geral do Direito, como consideração umbilicalmente adstrita à pessoa humana; a verdadeira manifestação da personalidade.

III. Todavia, atendendo às particularidades e características individualizadoras da relação jurídica laboral, impõe-se uma adequação e uma resposta clara, proporcional e razoável em face das necessidades que esta relação acarreta, razão que levou o legislador a dedicar a primeira parte do Código do Trabalho a esta matéria.

Note-se que este conjunto de regras (cfr., artigos 14.^º a 22.^º, do Código do Trabalho²), apresenta um nexo de especialidade (³), em face das regras do Código Civil; são um conjunto de normas pensadas e desenhadas para a regulação da relação jurídico-laboral: conjunto de normas que justifica a sua existência em função dessas particularidades e não de uma qualquer situação excepcional. Daqui decorre, da mesma esteira, que a criação deste regime não implique, *per se*, a inaplicabilidade do regime geral (⁴): no âmbito laboral valem as regras gerais de tutela da personalidade constantes da Constituição e do Código Civil, sempre que não existir uma regra especial que regule a situação concreta. Este regime não

² De agora em diante, a referência ao Código do Trabalho aparecerá abreviadamente como “CT”.

³ Sobre o tema, *vide*, JOSÉ DIAS MARQUES “Introdução ao Direito”, PF, Lisboa, 1994, 2.^a ed., pp. 181-185; e, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Introdução ao Estudo do Direito”, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 431-432.

⁴ A este respeito, *vide*, PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), “Código do Trabalho Anotado”, Almedina, Coimbra, 2020, 13.^a ed., pp. 85-86: “o regime dos direitos de personalidade previsto no Código substância um regime especial relativamente ao consagrado nos artigos 70º e ss. CC, mas que não deixa de ter pontos de contacto com o mencionado regime civil. Trata-se, em última instância, de afirmar a ideia segundo a qual o trabalhador é, simultaneamente, um cidadão, cujos direitos de personalidade importa acautelar, ideia esta que se inscreve numa visão atualista e pós-industrial do Direito do Trabalho e na afirmação da citizenship in work. Mais do que ver o trabalhador como um parente pobre de uma relação jurídica, o Direito do Trabalho trata-o como um cidadão pleno, que atua com liberdade e que deve ver os seus direitos de personalidade salvaguardados, mesmo no âmbito da unidade produtiva em que presta a sua atividade.”

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

assume, portanto, uma configuração autónoma e independente da tutela constitucional e civil dos direitos de personalidade, limitando-se a enunciar, de modo exemplificativo, alguns dos direitos que adquirem especial relevância no âmbito laboral, sem descurar o regime geral⁽⁵⁾.

IV. Como se percebe facilmente, o contrato de trabalho e, por consequência, a relação laboral, ao implicar a colocação do trabalhador numa situação jurídica de sujeição aos poderes do empregador e ao acarretar dependência económica do primeiro, implica uma necessária limitação voluntária dos direitos de personalidade do sujeito laboral obrigado a prestar atividade [artigo 81.º do Código Civil⁽⁶⁾]⁽⁷⁾.

Todavia, esta limitação tem contornos diferentes e mais profundos dos que tipicamente são conhecidos no plano estritamente civil. Isto porque, tipicamente, estão em causa valores fundamentais do nosso sistema jurídico, parte deles, até, assegurados no plano constitucional: desde a proteção da parentalidade em contexto laboral, ao direito ao trabalho, ou, ainda, ao salário como a forma de sustento.

Como consequência do reconhecimento de tal particularidade, o Código do Trabalho apresenta um vasto elenco de direitos de personalidade (e liberdades), reconhecidos a todos os sujeitos laborais: (i) a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião (artigo 14.º, do CT); (ii) o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 16.º, do CT); e, (iii) o direito à integridade física e moral (artigo 15.º, do CT).

No mais, encontra-se um elenco de direitos e garantias destinados à tutela específica do trabalhador: (i) o direito à proteção de dados pessoais (artigo 17.º, do CT); e, (ii) ao direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das

⁵ *Ibidem*.

⁶ De agora em diante, a referência ao Código Civil aparecerá abreviadamente como “CC”.

⁷ Sobre esta questão *vide*, Ac. TRP, de 08-09-2014, proc. n.º 101/13.5TTMTS.P1 (Relatora MARIA JOSÉ COSTA PINTO), disponível em www.dgsi.pt.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico (artigo 22.º, do CT).

Daqui decorre que o legislador não foi indiferente à realidade social: não o foi porque criou um regime especial para todos os sujeitos da relação laboral, adaptando o regime geral às necessidades aqui sentidas; mas, não se bastou com a adaptação do regime geral e foi mais longe quando regulou um conjunto de direitos que revestem uma especial intensidade e que, juntos, constituem a posição jurídica do trabalhador; posição jurídica de vantagem que pode – e deve – fazer valer contra os abusos que existam por parte do empregador.

V. Note-se que não só o trabalhador é destinatário da regulação específica, *supra instituída*. Isto porque, pela importância que a fase pré-contratual reveste, o legislador entendeu por bem estender a matéria dos direitos de personalidade laborais ao candidato a trabalho, criando um regime especial que visa atender às particularidades da relação laboral. Destaque-se, mais uma vez, que, não obstante esta atenção conferida pelo legislador, nada obsta a que se recorra, em simultâneo, à proteção conferida pelo artigo 70.º, do CC, enquanto proteção geral dos direitos de personalidade, estejam eles positivados ou não⁽⁸⁾.

VI. No que tange aos vários problemas colocados pela violação de direitos de personalidade e discriminação em contexto laboral, a situação de gravidez da

⁸ A favor desta interpretação *vide*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Civil”, Tomo IV, Almedina, Lisboa, 2019, 5^a ed., pp. 108-110; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil, Teoria Geral, Volume I”, Coimbra Editora, 2002, 2^a ed., pp. 85 e ss.; LUÍS CARVALHO FERNANDES, “Teoria Geral do Direito Civil – Pressupostos da relação jurídica”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, 6^a ed., p. 232; GUILHERME MACHADO DRAY, “Direitos de Personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho”, Almedina, Lisboa, 2006, pp. 34-35. Contra este entendimento, adotando a tese do direito geral de personalidade, *vide*, JOÃO DE ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado, Volume I”, Coimbra Editora, 2010, reimpressão da 4.^a ed., pp. 532 e ss.; DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Lições de Direito de Personalidade”, Almedina, 2000, 2^a ed., pp. 49 e ss.; CARLOS MOTA PINTO, “Teoria Geral do Direito Civil”, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2^a reim. da 4^a ed., pp. 210 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Teoria Geral do Direito Civil”, Almedina, Lisboa, 2019, 9^a ed., pp. 40 e ss.; e, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “O direito geral de personalidade”, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 605 e ss.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

candidata a trabalho assume uma importância crescente face ao princípio da igualdade, à proteção da parentalidade e à proteção da parte mais fraca em contexto negocial.

Se o assim é na vigência do contrato de trabalho, o que se justifica em função do vínculo jurídico existente, o legislador não foi alheio à importância que o período pré-contratual assume para o acesso ao trabalho (⁹), em condições de igualdade, principalmente numa sociedade onde são ainda bem visíveis as desigualdades entre homens e mulheres no acesso ao trabalho e na remuneração por funções idênticas (¹⁰).

O artigo 17.^º, n.^º 1, al. b), do CT, é claro quando materializa este entendimento, referindo que “[o] empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas: (...) b) Á sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.” (¹¹).

A norma é clarividente: salvo os casos que possam ser subsumidos à segunda parte da alínea, o empregador não pode interrogar a trabalhadora ou a candidata a trabalho sobre o estado de gravidez.

Contudo, se é certo que o Código do Trabalho impede a colocação de questões sobre o estado de gravidez da candidata a trabalho, nada prevê para a proteção – efetiva – da mulher grávida aquando da colocação ilícita da pergunta pelo empregador¹². Importa, por isso mesmo, perceber se o regime atual se adequa

⁹ Cfr., GUILHERME MACHADO DRAY, 2015, “O Princípio da Proteção do Trabalhador”, Almedina, Lisboa, pp. 545 e ss.

¹⁰ A este respeito, atente-se no estudo desenvolvido pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), disponível em https://www.ine.pt/scripts/wm_v_final/bloc-2d.html?lang=pt, consultado em 28.08.2020.

¹¹ Cfr., letra do artigo 17.^º, n.^º 1, alínea b), do CT.

¹² Como se verá, o Código do Trabalho tem um mecanismo punitivo, nada dispendo, contudo, para uma efetiva proteção na lógica da prevenção.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

à realidade factual e aos obstáculos que, infelizmente, são uma realidade na sociedade e no acesso ao emprego.

VII. Para isso, pretendemos explorar a valoração jurídica que deve ser feita pelo intérprete-aplicador e perceber as alternativas apresentadas pela doutrina, mostrando a insuficiência das mesmas quando colocadas fora dos livros e manuais de Direito e aplicadas no caso concreto.

Como se verá, face à carência de uma solução que permita equilibrar os valores em jogo, dedicaremos a última parte deste texto à construção de um caminho a seguir, uma verdadeira via alternativa na aplicação e interpretação do direito constituído.

2. RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E GRAVIDEZ DA CANDIDATA A TRABALHO

I. Tendo subjacente a sujeição do trabalhador à direção do empregador e encarando o vínculo subjacente ao contrato de trabalho, fica evidente, como oportunamente se viu (*cfr. §1*), a necessidade de proteção jus-laboral específica⁽¹³⁾.

Note-se que é inevitável que, num determinado momento, a vida do trabalhador sofra uma ingerência, maior ou menor, resultante da atividade laboral ou que a atividade laboral seja comprometida por algum aspeto da vida pessoal do trabalhador: o exercício da atividade laboral e a vida pessoal do trabalhador são imputáveis ao mesmo sujeito. Do ponto de vista estritamente jurídico, o relevante será considerar - *tão e tão só* - a fronteira entre o lícito e o ilícito, tendo como parâmetros, por um lado, o direito à livre iniciativa económica, a direção e autoridade da entidade empregadora; e, por outro lado, a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador ou candidato a emprego.

⁽¹³⁾ *Vide*, TERESA COELHO MOREIRA “Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador”, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 56.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

II. O direito à reserva da intimidade da vida privada não aparece na nossa Ordem Jurídica como um direito de personalidade novo, criado *ab initio* para o plano laboral, mas, apesar disso, assume uma nova roupagem no plano do Direito do Trabalho⁽¹⁴⁾. Na verdade, não se pode afirmar que exista uma dissociação entre o *sujeito-trabalhador* e o *sujeito-pessoa*. O trabalhador é a pessoa e a pessoa é o trabalhador. Consequentemente, a tutela que é lhe é conferida não só tem de existir, como tem de ser reforçada, pela posição de especial fragilidade jurídica, social e económica em que este se encontra.

III. O artigo 16.º, do CT, representa a materialização do acolhimento do direito à reserva da vida privada em contexto laboral. Contudo, não será a única e, no seguimento lógico criado pelo legislador, a vida privada do trabalhador aparece tutelada em diversas dimensões⁽¹⁵⁾.

IV. Em face das situações de desemprego generalizado e precárias condições sociais, mais do que nunca, o candidato a emprego depara-se com uma situação de imensa fragilidade. Esta realidade pode conduzir a extremos e levar o sujeito que procura trabalho a uma limitação extrema dos seus direitos de personalidade, pela esperança de obtenção de trabalho.

Repare-se que, para o empregador, é proveitoso ter o máximo de informação possível, mesmo que essa informação não devesse ser tida em conta na tomada da decisão de contratar. Apesar de a proteção existir tanto nos casos em que já existe contrato de trabalho como nos casos em que o candidato a trabalho se encontra na fase de recrutamento - *pré-contratual*, entenda-se -, a verdade é que a densidade e as implicações de uma possível e hipotética violação não são comparáveis.

Caso o empregador viole esta disposição, como se verá, estaremos perante uma contraordenação muito grave (cfr., art.17.º, n.º 5, do CT). Contudo, esta norma pouco ou nada garante no atinente à proteção da candidata a trabalho grávida: para

¹⁴ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, (coord.), “Código do Trabalho Anotado”, *op. cit.*, pp. 103 e ss.

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos, *vide*, MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa”, in *Estudos de Direito do Trabalho, I*, Coimbra, 2003, pp. 157-178.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

a candidata a trabalho não interessa a obtenção de uma indemnização decorrente da violação de um direito de personalidade ou ver aplicada uma contraordenação ao infrator. A candidata a trabalho procura, mais do que tudo, uma forma de subsistência, atingível com a celebração do contrato de trabalho. Negar esta circunstância seria afastar o Direito da realidade e dos problemas por ela provocados. O que aqui queremos frisar é que não basta punir: ao candidato a trabalho de nada serve a punição do infrator se isso não significar a obtenção do posto de trabalho.

V. Daqui deve resultar a limitação do dever de informação pré-contratual à informação estritamente necessária e indispensável para a formação do vínculo (cfr., artigo 106.º, n.º 2, do Código do Trabalho). Note-se que esta limitação não pode ser meramente nominal: ao lado da limitação abstrata, a candidata a trabalho deve ter na sua posse meios efetivos de defesa e não só de compensação, em caso de violação.

Vejamos o regime vigente.

2.1. Indagações legítimas do estado de gravidez

2.1.1. Deveres de informação e os seus limites

I. Resulta das regras gerais do negócio jurídico que as partes estão mutuamente oneradas com deveres de informação⁽¹⁶⁾. Ora, se assim é no domínio das regras gerais do direito civil, o direito de trabalho não foi indiferente a tal construção⁽¹⁷⁾, dispondo, expressamente, no artigo 106.º, n.º 2, do CT, que “[o]

¹⁶ Para um estudo profundo sobre a relação que se estabelece entre os deveres de informação pré-contratuais e a proteção dos direitos de personalidade, *vide*, HERBERT WIEDEMANN, “Zur culpa in contrahendo beim abschluß des arbeitsvertrage”, in AA.VV., FS für Wilhelm Herschel zum 85º Geburtstag, Beck, Munique, 1982, pp. 240-278. Sobre o papel específico dos deveres de informação, entre nós, *vide*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da boa fé no Direito Civil”, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 546-586.

¹⁷ Para maiores desenvolvimentos, *vide*, PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os deveres de informação no contrato de trabalho”, in Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XLIV (XVII da 2.ª série), n.º s 1 e 2, 2003, pp. 29-157.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral.”.

Ora, da interpretação do artigo é possível extrair que este dever é complexo e onera os dois sujeitos envolvidos: o empregador tem o dever de informar o trabalhador sobre os aspetos relevantes do contrato de trabalho (cfr., artigo 106.º, n.os 1 e 3, do CT) e, por outro lado, o trabalhador tem o dever de informar o empregador sobre todos os aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral (cfr. artigo 106.º, n.º 2, do CT).

Em função da gravidade e da repercussão no vínculo laboral, a violação de tal dever pode ter como consequência a responsabilidade pré-contratual do infrator⁽¹⁸⁾ (cfr. artigo 102.º, do CT) e, até, a apetência para afetar a validade do contrato celebrado, por erro-vício, nos termos do artigo 240.º, do CC.

II. Contudo e para o que nos interessa, cumpre perceber que, no respeitante à situação particular da gravidez, o dever de informação e o correspondente direito a ser informado aparecem com um tratamento próprio, ao abrigo do artigo 17.º, do CT⁽¹⁹⁾. Note-se que não existe aqui qualquer derrogação ou afastamento da regra geral: o dever de informação só existe enquanto for necessário e razoável, em face do objeto do contrato de trabalho; não sendo necessário ou não devendo subsistir porque um valor superior se impõe, este dever cessa e não é por isso que é violada a norma do artigo 106.º, do CT, muito menos por essa razão é preterida a boa fé.

III. Ora, o artigo 17.º, n.º 1, do CT, vem estatuir que, salvo as devidas exceções, o empregador não pode exigir informações do candidato a emprego sobre: (i) a sua vida privada (ii) a sua saúde ou estado de gravidez. Nos termos do

¹⁸ Escreve MENEZES CORDEIRO que “[d]e acordo com as atuais coordenadas da culpa in contrahendo laboral, os deveres das partes têm certos limites, designadamente quando possam pôr em causa valores fundamentais. Deste modo, é importante frisar que a celebração de um contrato de trabalho se mantém, por definição, como uma atividade totalmente livre. Assim, a interrupção das negociações é legítima: apenas se requer que não tenha havido a prévia assunção de atitudes evitáveis que provoquem danos na outra parte.”. Cit., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Civil”, Tomo II, Almedina, 2021, 5.ª ed., p. 288.

¹⁹ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, (coord.), “Código do Trabalho Anotado”, op. cit., pp. 102 e ss..

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

n.º 5, do referido artigo, a violação desta disposição constitui contraordenação grave (20). A única exceção a esta regra será, naturalmente, a situação em que as particulares exigências da atividade profissional justifiquem que a informação seja prestada.

Portanto, como regra geral temos que os aspetos referentes à vida privada, à saúde e ao estado gravidez não podem ser objeto de perguntas da parte do empregador. Como exceção temos que, verificados determinados pressupostos, a informação pode ser pedida, ainda que dentro de certas formalidades.

IV. A primeira nota que cumpre tecer é a de que, pela leitura direta da norma, não é possível perceber, de forma exaustiva, todos os casos que possam ser abarcados nas “*particulares exigências da atividade profissional*”, podendo esta construção, sem mais, conduzir a uma utilização arbitrária da discricionariedade presente, por parte entidade empregadora.

Esta temática foi alvo de uma decisão do Tribunal Constitucional (21), tendo sido analisada a conformidade constitucional do preceito em face dos princípios da determinabilidade e da utilização do meio menos restritivo. Neste contexto, sufragamos totalmente a posição do duto Tribunal que veio considerar que: (i) relativamente à indeterminabilidade, trata-se, apenas, de um caminho que vem permitir aferir casuisticamente a melhor solução para ambas as partes; (ii) no atinente ao princípio da proporcionalidade – *no aspetto da utilização do meio menos restritivo* – haverá, sim, inconstitucionalidade. Considerou o Tribunal que o empregador não necessita de conhecer diretamente esse tipo de informação. Para

²⁰ A doutrina tem vindo a construir vários critérios práticos que podem ser utilizados no momento de perceber se a informação deve ou não ser prestada. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO propõe o critério da conexão objetiva, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Direito do Trabalho*”, Tomo II, Almedina, 2019, p.560; TERESA COELHO MOREIRA sugere, em moldes semelhantes, o critério da relação objetiva com o trabalho a prestar, *vide*, TERESA COELHO MOREIRA, “*Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*”, *op. cit.*, pp. 152 e ss.; por seu turno, PALMA RAMALHO sugere a adoção de um critério que tenha como objeto de avaliação a relação direta com o objeto negocial ou com as condições específicas do contrato, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “*Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*”, Almedina, Lisboa, 2001, pp. 776 e ss.

²¹ Cfr., Ac. TC. 18/07/2003, proc. 382/2003, disponível em www.dre.pt.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

satisfazer o interesse da empresa, bastará que o candidato esteja apto a desempenhar as funções contratadas, pelo que será menos lesivo que a avaliação seja elaborada e fornecida por um médico.

Tendo em conta a decisão, a norma foi alterada e aditou-se o n.º 2, ao artigo 17.º, do CT, estatuindo este preceito que as informações relevantes para a prestação da atividade laboral serão fornecidas por um médico que dirá apenas se o candidato está ou não apto para cumprir o acordado contratualmente.

Acrescentamos, ainda, que toda esta sequência tem que ser coerente e, portanto, a intervenção do médico ocorrerá, apenas, nas situações em que o estado de gravidez, atendendo às particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional, seja determinante.

V. Questão prévia, contudo, será a de perceber em que circunstâncias se pode considerar que “*as particulares exigências da atividade profissional o justificam*”. A este respeito, LUÍS DE MENEZES LEITÃO, tentando densificar a amplitude do artigo 17.º, do CT, recorre à teoria das esferas, referindo que a recolha de dados pessoais é permitida sempre que se respeite à esfera pública. Já assim não será na esfera privada e na esfera íntima. Para o autor, o artigo 17.º, n.º 1, al. a), do CT, representaria a esfera privada: o empregador não pode exigir do candidato a trabalho informações relativas à sua privada, salvo quando sejam necessárias para avaliar a aptidão profissional. Por outro lado, a al. b), do n.º 1, do artigo 17.º, do CT, representaria a esfera íntima - esfera que compreende todos os factos que devam ser inacessíveis a terceiros, referentes a aspetos da vida familiar, comportamentos sexuais ou religião (22).

Apesar de ser um enquadramento dogmático adequado, não nos parece que, de um ponto de vista da prática jurídica, tal posição acarrete consequências

²² Cfr., LUÍS MENEZES LEITÃO, “*Direito do Trabalho*”, Almedina, Coimbra, 2016, 5.ª ed., pp. 161-162.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

jurídicas diversas ou que nos ajude a distinguir as duas alíneas e a densificar os conceitos indeterminados de cada uma delas.

Como ponto de partida, temos que o legislador decidiu utilizar duas expressões distintas: na alínea a), do n.º 1, do artigo 17.º, do CT, referiu que podem ser prestadas informações sobre a privada quando “*sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho*” e, na aliena b), mencionou que podem ser requeridas informações sobre a saúde ou o estado de gravidez quando “*particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem*”.

Analizada a questão, facilmente se percebe que a alínea b) cabe no âmbito da alínea a): informações relativas à saúde e ao estado de gravidez são ainda informações sobre a vida privada, portanto, esta distinção terminológica não é, nem pode ser indiferente; se existe uma distinção, a amplitude da norma terá de ser também distinta.

Pela formulação legislativa e pelo espírito da norma, somos levados a defender que a alínea b) vai mais longe quanto aos requisitos que depende: para que possa ser pedida a informação, teremos de estar perante uma prestação que exija, pela sua natureza, uma exigência incompatível com determinado estado de saúde ou com o estado de gravidez. Note-se que não se trata de uma apetência: um sujeito com uma doença ou uma mulher grávida conseguem ou podem conseguir executar a prestação; só não o conseguem fazer sem colocar em risco a saúde ou a posição de terceiros.

Recorrendo às palavras de INÊS CATARINA NEVES ROCHA (23), todos estes conceitos têm de ser compreendidos “*em função da legitimidade dos interesses do empregador (objectivos, legítimos e razoáveis), e em função das consequências directas, aferidas casuisticamente, que os factos respeitantes ao trabalhador possam*

²³ Cit., INÊS CATARINA NEVES ROSA, “*Dever de Informação vs. Direito a Mentir?*”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2010, p. 18.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

vir a ter na prestação da actividade laboral”, para o trabalhador e para terceiros que com ele contactam, acrescentamos nós.

VI. O caso do nosso estudo assume contornos mais difíceis por se tratar de uma realidade complexa: em causa estará, para além da reserva da intimidade, a proteção da parentalidade e a proibição da desigualdade e discriminação, em função do género e, em particular, em função do estado de gravidez.

Por se tratar de uma informação da esfera íntima, só em casos muito excepcionais pode existir um dever de informação nesta matéria. Entendemos que o conceito indeterminado só está preenchido em dois cenários: (i) por um lado, quando existe proibição legal ou regulamentar no exercício da profissão por mulheres grávidas; (ii) por outro lado, quando a gravidez seja totalmente incompatível com a natureza da prestação, como acontece, por exemplo, no caso da radiologia (24).

VII. Parece haver, para alguns autores, um terceiro grupo de casos onde se incluem as situações de necessidade do empregador, face à realidade em que está inserido o posto de trabalho. A este respeito MENEZES CORDEIRO avança que uma microempresa que necessite, apenas, de uma secretária, terá um interesse legítimo em saber se está grávida ou pretende engravidar (25).

Com o devido respeito, a solução proposta aponta-nos para uma interpretação extensiva da norma, quando a confrontamos com o elemento literal da interpretação. Encarando o texto do artigo podemos ler que o que está em causa são as particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional: como se viu, pretende-se salvaguardar e proteger a trabalhadora grávida e, por

²⁴ Num sentido semelhante, vide, *idem*, pp. 26 e 27.

²⁵ Neste sentido, pode ler-se “Temos, ainda, o problema da dimensão da empresa onde o problema se ponha. À micro-empresa que pretenda dispor, apenas de uma secretária, terá relevo saber se uma candidata está grávida ou pretende engravidar nos próximos tempos. Torna-se admissível que, numa grande empresa, o empregador corra o risco das superveniências relativas aos trabalhadores. Numa pequena empresa isso já não será linear.”. Cit., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Direito do Trabalho”, Tomo I, Almedina, 2018, p. 567.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho: duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

consequência, o ser humano em desenvolvimento. Nada aponta, *prima facie*, para a proteção do empregador ou para a tutela do interesse económico inerente à atividade a desenvolver pela empresa (²⁶).

Certamente que para suportar tal entendimento se poderia enquadrar a realidade portuguesa, marcadamente constituída por microempresas. Poder-se-ia ir ainda mais longe e dizer que a Constituição tutela a livre atividade económica e proteger, proporcional e adequadamente, o empregador e a empresa é ainda proteger os trabalhadores.

Não nos parece, todavia, que seja um sentido interpretativo possível. O legislador foi claro: a regra geral será a de que a informação não deve ser prestada; só o será verificada uma das exceções já analisadas. Fazer uma interpretação extensiva da norma implicaria que existisse um valor manifestamente preponderante que, quando colocado em face dos restantes interesses em análise, fizesse ceder, com maior ou menor amplitude, o sentido literal da norma (²⁷). Ora, com o devido respeito, parece-nos que há: o interesse preponderante só pode ser a proteção da parentalidade, a tutela da gestante e a igualdade no acesso ao trabalho, valores que adiante se trarão à colação. Circunstância que só nos pode levar a concluir no sentido inverso: as circunstâncias que permitem inquirir a candidata a trabalho sobre o estado de gravidez terão que ser interpretadas restritivamente e não de forma ampla, por imperativo sistemático.

VIII. A interpretação do artigo 17.º, do CT, só pode ser compreendida à luz de um sistema jurídico que tutela, de forma efetiva, um conjunto de valores que assume natureza jusfundamental. A análise deste tema reveste uma importância estruturante para a obtenção da resposta que insistentemente pretendemos obter,

²⁶ Sobre o tema, *vide*, JOÃO LEAL AMADO, “*Contrato de trabalho*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, 3.^a ed., p. 173.

²⁷ Numa visão ainda mais restritiva, a proposta que é apresentada por parte deste segmento da doutrina não tem acolhimento na letra da lei, podendo, por isso, considerar-se que extrapola os limites da interpretação e consiste, a bem dizer, numa analogia. Sendo a norma em análise excepcional, tal analogia estaria liminarmente excluída, de acordo com as mais básicas regras da interpretação jurídica.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

impondo-se, portanto, tecer algumas considerações sobre (*i*) a proteção da parentalidade; e, (*ii*) a proteção do trabalhador.

2.1.2. Proteção da parentalidade

I. As escolhas do legislador, enquanto decisões políticas, não são despidas de conteúdo valorativo; são, na verdade, o resultado de um equilíbrio de interesses e objetivos tidos por uma sociedade, histórica e espacialmente localizada. Se uma das principais e mais óbvias justificações para a proibição da indagação sobre o estado de gravidez é a proteção da reserva da intimidade da vida privada, enquanto direito de personalidade, não será a única.

II. A proteção da parentalidade assume o seu exponencial máximo com o direito a constituir família, plasmado no artigo 36.º, da Constituição da República Portuguesa, e vê o seu conteúdo explanado, em contexto laboral, no artigo 33.º, do CT.

Em paralelo com o artigo 36.º, da Constituição, será imprescindível não atender ao artigo 67.º da Lei Fundamental, que vem considerar a família como elemento fundamental da sociedade, apontando o desenvolvimento pleno da personalidade no sentido de uma harmoniosa integração do indivíduo na família e no contexto das relações familiares.

III. Note-se que, à luz dos nossos dias, a proteção da família não pode ser encarada como sinónimo de proteção exclusiva da parentalidade e do incentivo à procriação. A família extrapolou esses limites e, cada vez mais, cabe ao legislador acompanhar a evolução da sociedade; naturalmente, sempre com respeito pelos princípios que enformam o nosso Ordenamento Jurídico.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

De todo o modo, a parentalidade assume – *e terá que assumir, necessariamente* – relevância constitucional como valor social eminente (veja-se o artigo 68.º, n.º 2, da Constituição).

Como destacam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (28), a Constituição, no artigo 67.º, impõe ao Estado um conjunto de incumbências destinadas a proteger, pela positiva, a família e a vida familiar. A imposição constitucional de um dever de proteção da família – *associada ao reconhecimento de que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento (art.36.º, n.º 1)* – tem, no entanto, pressuposta a proibição da imposição de desvantagens – ou da negação de vantagens – àqueles que optaram por constituir família ou contrair casamento.

No mais, o objetivo último será, também, o da garantia da igualdade e não discriminação da candidata a trabalho grávida ou que queira engravidar. Como se percebe facilmente, atendendo ao conteúdo do princípio da igualdade, a circunstância da candidata a trabalho pretender constituir família não pode ser utilizada como uma causa justificativa do tratamento desigual (29).

IV. Sucedе que o percurso que aqui fizemos não é indiferente ou avalorativo. O recurso ao plano jusfundamental procura, a bem dizer, a obtenção de índices e fronteiras interpretativas do direito constituído: mesmo que se entenda que os direitos fundamentais não têm, *prima facie*, uma aplicação direta e imediata entre particulares, a fonte de tais direitos, norma fundamental, é parte constituinte da Ordem Jurídica e condição necessária a ter em atenção na interpretação do direito vigente.

Por tudo isto, parece-nos que a valoração constitucional das normas em análise reveste estrutural importância na densificação dos conceitos

²⁸ Cit., JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, 2^a edição, pp. 991 e ss..

²⁹ Neste sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS referem que a imposição constitucional de proteção da família veda a imposição de desvantagens aos sujeitos que optam por constituir família. Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada”, op. cit., pp. 991-994.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

indeterminados, já analisados: não pode o intérprete contradizer ou restringir o sentido excepcional conferido pelo legislador no artigo 17.º, do CT, ou em qualquer outra área que exija a apreciação do tema referente à proteção da parentalidade. Como se verá adiante, ninguém tem direito à celebração prévia de um contrato, mas, por imperativo e comando constitucional, o candidato a trabalho tem o direito de não ver a sua candidatura apreciada em função de flagrantes violações de direitos de personalidade.

2.1.3. Princípio da proteção do trabalhador

I. O princípio da proteção do trabalhador justifica a sua presença pela posição de inferioridade do trabalhador: inferioridade jurídica, por se sujeitar aos poderes de direção e disciplinar do empregador; e, inferioridade económica, por ter no salário a forma de sustento. ⁽³⁰⁾. Assume, nesta via, um forte papel como princípio e elemento de interpretação.

II. Na esteira do analisado *supra*, a regulação da relação laboral não está exclusivamente dependente da existência de um contrato, existindo deveres que oneram os intervenientes, em contexto pré-laboral. Apesar dos contornos do princípio da proteção do trabalhador serem desenhados de forma significativamente diferente pela doutrina ⁽³¹⁾, por maioria de razão, consideramos que este princípio pode ainda existir enquanto princípio da proteção do candidato a trabalho.

³⁰ É nesta linha argumentativa que PALMA RAMALHO vem escrever que, “*em face desta inferioridade, é imperioso assegurar o tratamento digno do trabalhador (...), salvaguardar a sua vida privada e familiar perante o contrato e garantir a sua efetiva liberdade e igualdade perante a contraparte. (...)* Numa palavra, este princípio acautela os interesses do trabalhador, enquanto pessoa, perante o vínculo de trabalho”. Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral”, Almedina, Lisboa, 2015, 4ª edição, p. 535.

³¹ Veja-se sobre esta temática o entendimento de PALMA RAMALHO. Cfr., MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral”, op. cit., pp. 534-542; e, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho”, op. cit., pp.731 e ss.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho: duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

Repare-se que, apesar da intensidade do princípio ser maior quando existe um contrato, a valoração que é feita da posição do candidato a trabalho não pode ser totalmente despida da veste laboral. A posição do candidato é particularmente frágil, quer no panorama económico, quer no panorama social; estamos perante um sujeito que por procurar um trabalho, procura, na verdade, uma forma de sustento (32). Daí que, na nossa opinião, seja necessário estender a proteção dada pelo princípio e atribuir-lhe eficácia pré-laboral, permitindo-lhe assumir um papel importante quando se trate da interpretação de normas semelhantes ao artigo 17.º CT (33).

3. DIREITO À MENTIRA OU MENTIR POR DIREITO?

I. Como ponto de partida, temos que o legislador vedou a colocação de perguntas sobre o estado de gravidez - presente ou futuro. Este será o ponto de partida, mas, também e necessariamente, o ponto de chegada. Nenhuma outra situação pode ser satisfatória à luz das normas e princípios analisados, no § 2 deste estudo.

II. Todavia, não obstante o merecido mérito da intenção legislativa, teremos que afirmar que a consagração desta norma é manifestamente insuficiente de um ponto de vista prático, quando nos deparamos com os problemas que se colocam *in loco*. Isto porque, se a pergunta for ilicitamente colocada e se a candidata se limitar a recusar dar uma resposta, a bem dizer, estaremos perante um cenário em que o silêncio é, também, uma resposta e que daqui o empregador pode inferir o que quiser – *seja que a resposta é afirmativa, seja que a resposta pode vir a ser positiva* (34). O legislador pode proibir, em abstrato, a colocação da questão, mas

³² Cfr. GUILHERME MACHADO DRAY, “O Princípio da Proteção do Trabalhador”, *op. cit.*, pp. 195 e ss.

³³ Num sentido próximo *vide*, JÚLIO VIEIRA GOMES, “Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 1ª edição, p. 232 e ss.

³⁴ Num sentido muito próximo parece encontrar-se parte da Doutrina alemã, *vide*, WOLFGANG DÄUBLER, “Das Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis, Studium”, Bund Verlang, Hamburg, 2020, 13^a

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

não pode, de forma alguma, impedir a valoração do silêncio ou de uma resposta positiva, em contexto de formação da vontade negocial – vontade constitutiva do vínculo, entenda-se.

III. Nem se invoque a sanção a que entidade empregadora está sujeita, nos termos do artigo 17.º, n.º 5, do CT. O núcleo problemático, neste domínio, não reside em sancionar o empregador, mas, antes, em proteger a candidata a trabalho. De nada serve a aplicação de uma sanção ao trabalhador, quando a candidata viu preterida, de forma ilícita, a celebração do contrato de trabalho, na sequência da tomada em consideração de elementos expressamente excluídos pelo legislador.

IV. Portanto e para o que nos interessa, cumpre perceber se, perante uma pergunta ilícita colocada durante a entrevista, a pessoa cujo direito de personalidade está na iminência de violação pode agir de alguma forma para evitar a lesão.

3.1. Paradigmas de Solução

I. O ponto central da análise que se segue reside em saber se, à luz do nosso Ordenamento Jurídico e das normas analisadas, é ou não possível – *ou admissível, se quisermos* – recorrer à mentira como forma de defesa, utilizada perante uma pergunta ilícita.

II. Posto isto, parte significativa da doutrina recusa que, mesmo perante uma pergunta ilícita, seja legítimo à candidata a trabalho mentir sobre o seu estado de gravidez ou intenção de engravidar. Compõem este sector nomes como MENEZES CORDEIRO⁽³⁵⁾ e ROMANO MARTINEZ⁽³⁶⁾.

³⁵ edição, pp. 531-533, e VOLKER EMMERICH, “Das Recht der Leistungsstörungen”, Beck, Munique, 2005, 6ª edição, p. 85.

³⁶ Cfr., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Manual de Direito do Trabalho, Tomo II”, op. cit., pp. 280-294.

³⁶ Cfr., PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Direito do Trabalho”, Almedina, Lisboa, 2017, 8ª edição, pp. 472-475.

O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:

duas faces da mesma moeda

Daniel Vieira Lourenço

MENEZES CORDEIRO apresenta-se bastante crítico da possibilidade de utilizar a mentira. Adianta que “*com mentiras não há soluções justas*”; e, acrescenta, que, “*no Direito privado, ninguém tem um direito prévio à celebração de um contrato. A decisão de contratar é inteiramente livre: de lado a lado. Logo, a presença de questionários insuficientemente justificados não confere, aos interessados, nenhum especial direito.*”⁽³⁷⁾. ROMANO MARTINEZ, por seu turno, entende que a solução passa pela recusa de resposta. A mentira, no entendimento do autor, representa um ilícito pré-contratual, porquanto a falsidade da informação prestada sempre afetaria, direta e irremediavelmente, o princípio da boa fé e o decorrente dever de informação pré-contratual⁽³⁸⁾.

Ora, não podemos sufragar a posição destes autores. *Vejamos.*

Quanto aos argumentos levantados por MENEZES CORDEIRO, diremos que, apesar de ninguém ter um direito prévio à celebração de um contrato, por imposição constitucional, há um direito de não ser discriminado nesse processo de seleção. Existe liberdade de celebração de ambas as partes, mas o legislador definiu, imperativamente, uma zona limite no que tange às perguntas que podem ser colocadas, atendendo à valoração do problema em causa. Pela unidade do sistema, compete ao intérprete-aplicador garantir a coerência valorativa. Por outras palavras, diríamos mesmo que não compete ao intérprete-aplicador desproteger o que o legislador protegeu.

A força vinculativa de tais disposições, quanto interpretadas à luz dos preceitos e valores constitucionais, exigem, por um lado, que a informação discriminatória não seja tida em conta quando se fala em acesso ao trabalho em condições de igualdade; mas exige, de igual forma, a existência de uma via possível de solução e proteção perante o ilícito, para além da aplicação de uma

³⁷ Cit., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Manual de Direito do Trabalho, Tomo II*”, cit., p. 290.

³⁸ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “*Direito do Trabalho*”, cit., p. 474: “A este propósito, alguma doutrina alude ao «direito à mentira» por parte do trabalhador; mas importa distinguir a reacção a questões impertinentes, abusivamente colocadas pelo empregador, a que o trabalhador não está obrigado a responder, da falsidade das informações, que viola o citado princípio da boa fé contratual.”.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

contraordenação ao infrator. Se assim não for, a proibição imposta pelo artigo 17º, do CT, não passará de uma boa intenção, sem qualquer respaldo prático.

III. Quanto à posição de ROMANO MARTINEZ, consideramos que só existiria uma quebra dos deveres de informação e lealdade pré-contratuais se a mentira fosse utilizada para responder a perguntas que podem ser licitamente colocadas. Perante a colocação de uma pergunta ilícita, entendemos que não se pode apontar uma violação destes deveres pré-contratuais, como melhor se analisará adiante (cfr., §3.1).

IV. Neste sentido, outro segmento da doutrina tem vindo a defender a consagração de um direito à mentira. Destacam-se nomes como MENEZES LEITÃO (39), PALMA RAMALHO (40), JÚLIO GOMES (41), LEAL AMADO (42) e SARA COSTA APOSTOLIDES (43).

MENEZES LEITÃO (44), para sustentar esta tese, refere que não podem ser consideradas ilícitas as respostas falsas do candidato a trabalho quando em causa estejam questões que o mesmo não está obrigado a responder. Acrescenta, ainda, que o silêncio nunca será suficiente porque, na esmagadora maioria dos casos, a não resposta terá como consequência a não contratação do candidato. Num

³⁹ Vide, LUÍS MENEZES LEITÃO, “Direito do Trabalho”, op. cit., pp. 244-246.

⁴⁰ Cfr., MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais”, Almedina, Lisboa, 2019, 7^a edição, pp. 165-176.

⁴¹ Cfr., JÚLIO VIEIRA GOMES, “Direito do Trabalho I”, op. cit., pp. 337-343.

⁴² Cfr., JOÃO LEAL AMADO, “Contrato de Trabalho”, op. cit., pp. 172-175.

⁴³ Cfr., SARA COSTA APOSTOLIDES, “O dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho”, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 255-262.

⁴⁴ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, “Direito do Trabalho”, op. cit., p. 246: “A nosso ver, e dado que a recusa do trabalhador a responder às informações pedidas acarreta naturalmente que não lhe seja concedido o emprego solicitado, não se poderão considerar ilícitas as falsas declarações do candidato a emprego sobre a matéria a que não seja obrigado a responder.”.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

sentido argumentativo próximo encontram-se LEAL AMADO (45), PALMA RAMALHO (46) e SARA COSTA APOSTOLIDES (47).

Por seu turno, JÚLIO GOMES, apesar de reconhecer a bondade da posição e sufragar a mesma conclusão, não reconhece a existência de um direito geral à mentira. Refere o autor que se trata, antes, de um “*direito particular em razão da matéria proibida sobre a qual incide a questão*” (48).

V. Parece-nos um bom ponto de chegada: a mentira permite a proteção da candidata a trabalho quando confrontada com uma pergunta ilícita; pergunta que lesa um seu direito de personalidade. Lesão que o sistema jurídico não pode tolerar ou consentir. Contudo, a forma como nos é apresentada tal solução deixa muito a desejar, porquanto a mentira, *per se*, será sempre um ilícito: a violação de um dever pré-contratual. Circunstância que não nos faz firmar a mentira como um direito subjetivo que possa ser feito valer a todo e qualquer custo. *Vejamos.*

⁴⁵ Escreve JOÃO LEAL AMADO que “só por uma indesculpável ingenuidade se ignorará que o silêncio, nestes casos, comprometerá irremediavelmente as hipóteses de emprego do candidato. (...) Julga-se, pois, que, (...) o único meio suscetível de preservar a possibilidade de acesso ao emprego e de prevenir práticas discriminatórias, antes dando ao empregador a resposta que ache que este pretende ouvir (e assim, eventualmente, mentindo).”, cit. JOÃO LEAL AMADO, “Contrato de Trabalho”, cit., p. 173.

⁴⁶ PALMA RAMALHO coloca a questão de saber se, perante a mentira da candidata a trabalho grávida, pode ser invocada a quebra de um dever pré-contratual de lealdade. A autora acaba por considerar que “(...) a resposta é claramente negativa, por dois motivos: por um lado, sendo ilícito o pedido de informação, não pode o empregador prevalecer-se posteriormente das consequências do ato ilícito que ele próprio praticou contra a outra parte (...); por outro lado, a atuação da trabalhadora corresponde ao único meio substancial de defesa do seu direito ao trabalho, do direito à não discriminação e, no caso da trabalhadora grávida do direito à igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens (...). Em suma, (...) a trabalhadora ou o trabalhador terão o direito a mentir.”. Cit. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais”, cit., p. 173.

⁴⁷ Destaque-se, apenas, que SARA COSTA APOSTOLIDES apenas reconhece a existência do direito à mentira na fase pré-contratual e não já na fase de execução do contrato. Vide, SARA COSTA APOSTOLIDES, “O dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho”, cit., p. 257.

⁴⁸ Cfr. JÚLIO VIEIRA GOMES, “Direito do Trabalho I”, cit., p. 343.

3.2. Mentir por direito e unidade valorativa

I. Como já deixámos claro – *ou tentámos, pelo menos*-, a defesa do simples silêncio e o impedimento da utilização da mentira como uma saída para proteção de um direito de personalidade não pode ser encarada como a melhor solução, dentro do espírito e dos valores do sistema. Todavia, e da mesma forma, não acompanhamos os autores que pugnam pelo direito à mentira.

II. Repare-se, um direito subjetivo, seguindo a que consideramos ser a melhor doutrina entre nós, é uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem⁽⁴⁹⁾. Reconhecer a existência do *direito à mentira* seria encarar a mentira como um bem jurídico que pode ser aproveitado pelo seu titular. Não nos parece que assim seja, a mentira só é legitimada em determinadas situações: quando esteja em causa a iminente violação de um direito de personalidade e não exista outro meio para salvaguardar a posição do titular do referido bem jurídico. Não se trata de um direito que existe em todo e qualquer caso. Portanto, se seguíssemos a posição doutrinária que vê na mentira um direito, poderíamos afirmar que o direito à mentira é uma permissão normativa específica de um bem jurídico – *mentira* – que existe às vezes.

III. Encarando todos estes dados, pugnamos por um caminho diferente, pelo menos de um ponto de vista metodológico: a mentira não será – *nem é* – um direito; a mentira é uma forma de proteção legitimada por parte do ordenamento jurídico, por não existir, in loco, qualquer outra solução apta ou idónea o suficiente para salvaguardar a posição do candidato a trabalho. Encarando o problema desta forma, a mentira surge como uma via de autotutela, na modalidade de legítima defesa.

⁴⁹ Sobre a construção jurídica do direito de personalidade como uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem, vide, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Civil. Tomo I. Introdução. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral”, Almedina, Coimbra, 2019, 4ª edição, pp. 871-895.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

IV. A ponderação já foi feita pelo legislador; o legislador, com o artigo 17.^º do CT impediu que a pergunta fosse colocada; a valoração foi feita e a decisão foi consagrada; não existe neste campo qualquer espaço interpretativo que permita uma alternativa possível. A mentira aparece, portanto, como a única forma de responder ao ilícito e só nesse contexto será justificada.

V. Encarando o artigo 337.^º, n.^º 1, CC, podemos apontar como pressupostos da legítima defesa (*i*) a existência de uma agressão atual e contrária à lei, contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro; (*ii*) um ato de defesa necessário; (*iii*) e, por fim, que o prejuízo causado pelo ato não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão (⁵⁰).

A nossa situação fáctica enquadra-se totalmente na previsão normativa *supra* descrita. Veja-se: (*i*) o termo agressão não significa apenas uma agressão física mas, antes, uma conduta que colida com valores tutelados pelo direito; no nosso caso, a agressão atual e contrária à lei mais não é do que a ofensa do direito à reserva da intimidade da vida privada; (*ii*) a mentira representa a única forma de defesa possível, atendendo às particularidades e dimensões da realidade laboral (⁵¹); e, (*iii*) por fim, o prejuízo nunca será maior porque o legislador considerou que a concreta informação sobre o estado de gravidez não seria relevante para a tomada de decisão de contratar, logo, utilizar a mentira como forma de proteção apenas vem reestabelecer a justiça material, protegendo a candidata a trabalho. Entender o contrário seria, em todo o caso, admitir a existência de um prejuízo obtido ilicitamente; circunstância que não se compagina com o regime analisado.

⁵⁰ Para uma análise detalhada dos pressupostos, *vide*, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *inter alios*, “Comentário ao Código Civil – Parte Geral”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 797 e ss.; e, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Civil”, Tomo V, Almedina, Coimbra, 2018, 3.^a ed., pp. 452 e ss..

⁵¹ Como se viu, atento o contexto e o enquadramento jurídico juslaboral específico, apesar de não ser permitida a colocação da questão, caso esta seja realizada, a aplicação e a via contraordenacional terão um escopo punitivo, sendo manifestamente insuficientes quando se fala da proteção dos direitos e interesses da candidata a trabalho.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

VI. Com esta nossa humilde proposta, conseguimos – ou esperamos –, por um lado, encontrar um caminho cientificamente exímio, com respeito por todos os passos e elementos da interpretação e, por outro lado, responder às críticas de quem pugna pela negação do direito à mentira, por a considerar um ilícito pré-contratual.

De facto, a mentira é um ilícito por quebra nos deveres de informação e lealdade. Todavia, recorrendo à legítima defesa, permitimos que uma atuação que numa situação normal seria ilícita passe a ser permitida, por ser a única forma possível de afastar uma agressão atual e ilícita. Mais importante, garante-se a coerência interpretativa dos deveres pré-contratuais, em articulação com a proteção adequada dos direitos de personalidade.

Não cabe ao Direito apenas fazer a valoração prévia e considerar a pergunta um ilícito. Cabe ao Direito encontrar os meios e os instrumentos adequados para responder a violações de bens que considerou previamente merecedores de tutela.

4. CONCLUSÕES

- I. A matéria dos direitos de personalidade aparece regulada, de forma especial, no Código do Trabalho, sendo-lhe aplicável, em tudo o que não estiver previsto, o regime constante do Direito Civil Geral. O legislador criou um regime que procura responder às necessidades e aos desafios sentidos no âmbito da relação laboral, mas não se ficou por aqui: estendeu, em parte, o regime ao candidato a trabalho, naquilo que entendemos ser uma pré-eficácia da relação laboral. Imperam valores como o direito ao trabalho, a proteção da parentalidade e o respeito pela intimidade da vida privada, que, pela natureza fáctica da realidade em análise, assumem um papel central na vida dos sujeitos em relação.

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

-
- II.** No campo da relação pré-contratual, empregador e candidato estão onerados com deveres de informação e lealdade. A este respeito, assume particular interesse a posição da gestante que se candidata a trabalho, porquanto, não obstante tais deveres, existe uma zona de proteção da intimidade da vida privada e da proteção da parentalidade que impõe que tal informação não deva ser prestada. Neste sentido, o artigo 17.º, n.º 1, al. b), do CT, excepcionando os casos que o justifiquem, vem vedar a possibilidade do empregador colocar questões sobre o estado de gravidez da candidata a trabalho. Atendendo aos valores em jogo, somos levados a defender que as exceções referidas no corpo da norma devam ser interpretadas de forma restritiva, não sendo admissível uma interpretação extensiva, que vise salvaguardar o interesse económico da empresa, muito menos qualquer analogia.

 - III.** Por outro lado, parece-nos que este artigo é manifestamente insuficiente para proteção da posição da gestante. Isto porque, ao contrário do que pareceu notar o legislador, não basta limitar a colocação da pergunta, mas será preciso, para além disso, perceber o impacto da concreta aplicação do Direito. Se o empregador colocar ilicitamente a pergunta e a candidata se limitar a não responder, o silêncio será uma resposta e o empregador poderá inferir o que quiser do comportamento da candidata.

 - IV.** Parte significativa da Doutrina vem reconhecendo a existência de um direito subjetivo à mentira, por ser a única solução viável para salvaguardar o caso concreto. Não obstante tal posição conduzir a uma conclusão louvável, não nos parece basear-se num caminho metodologicamente exímio. Isto porque, bem vistas as coisas, a mentira será sempre um ilícito, porquanto representa uma violação do dever de lealdade. A mentira não é – *nem pode ser* – um bem jurídico, não podendo, por essa mesma razão,

**O (i)lícito pré-contratual e a proteção da gestante candidata a trabalho:
duas faces da mesma moeda**

Daniel Vieira Lourenço

existir uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem que não existe.

- V. Encarando o contexto em que se permite a existência da mentira, somos levados a crer que aparece, não enquanto direito, mas como forma de tutelar um direito previamente existente. É exatamente, por isso, que encaramos a mentira como uma modalidade de legítima defesa. Repare-se que a mentira, numa situação normal, seria uma violação dos deveres pré-contratuais de lealdade e informação. Só aparece legitimado o recurso a este meio porque existe uma modalidade de autotutela que legitima a pessoa cujo direito está a ser agredido – *em a iminência de agressão* – a agir e a praticar um ato que, na normalidade jurídica, seria um ilícito. Por tudo isto, somos levados a crer que o único caminho que respeita o rigor científico e a coerência valorativa será permitir o recurso à mentira por parte da candidata a emprego, como forma de autotutela. Naturalmente, será limitado ao âmbito e extensão da pergunta ilícita.