

O Facebook e a ténue fronteira entre as esferas privada e profissional dos trabalhadores

MARIA DO MAR CARMO

Sumário: I. Enquadramento. II. O direito à reserva da intimidade da vida privada e a liberdade de expressão em contextos *online*. III. Dever de lealdade. IV. Os conteúdos gerados pelos trabalhadores em plataformas *online* como fundamento para o despedimento por justa causa. V. Análise de Jurisprudência Portuguesa. VI. Conclusões

I. ENQUADRAMENTO¹

Um *smartphone*, computador, *tablet* ou televisão permitem aproximar as redes sociais aos seus utilizadores através de um simples clique, multiplicando o feixe de informações e realidades aí partilhadas. Nunca a fronteira entre a esfera privada e profissional do trabalhador foi tão esbatida, não só pelo número de horas que os trabalhadores dedicam a assuntos de natureza não profissional durante o horário laboral, mas sobretudo pela informação que aí decidem partilhar.²

Tal como bem indica SUSETE MACHADO DE SOUSA³, “*não será difícil admitir que a crítica online, por trabalhadores, aos produtos ou ao funcionamento da empresa representa um perigo sério de lesão dos interesses económicos desta, que pode ver posta em crise a relação com clientes, fornecedores ou parceiros de negócios*”.⁴ Impõe-se uma ponderação sobre o exercício de alguns direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, como a liberdade de expressão e divulgação do pensamento e de opinião, direito à privacidade e reserva da

¹De acordo com as estatísticas divulgadas pela Facestore “Em Portugal estão contabilizados cerca de 4,7 milhões de utilizadores, posicionando-se em 34º na lista de países com acesso ao Facebook, liderada pelos Estados Unidos, Brasil e Índia.(...) Diariamente 58% dos utilizadores acede ao Facebook.(...) Em Portugal, 49% dos utilizadores do Facebook são mulheres e 51% homens, sendo que a faixa etária com utilizadores mais frequentes situa-se entre os 25-34 anos.” Estes dados denotam assim a real dimensão e expressão que as redes sociais, nomeadamente o Facebook, assumem na sociedade portuguesa.

²Recordando alguns conceitos tradicionais, a “vida profissional” designa a esfera de ação em que o trabalhador se encontra sujeito ao poder de direção do empregador; a “vida pessoal” abrange assim a zona de independência e autodeterminação abarcando os direitos e liberdades fundamentais do trabalhador (tanto no horário e local de trabalho como fora dele); a “vida privada” surge como o cerne dos aspetos da vida íntima do trabalhador (laços familiares, opiniões, estado de saúde, património, comunicações, relações sentimentais e inviolabilidade do domicílio). Ora o elemento de subordinação jurídica que caracteriza o vínculo laboral desaparece fora do local de trabalho, permitindo ao trabalhador-cidadão atuar no pleno exercício dos seus direitos enquanto cidadão, ou seja, participando mais ou menos em redes sociais.

³*As redes sociais e os blogues no contrato de trabalho: sobre a eventual relevância disciplinar dos comportamentos extralaborais*, Dissertação de Mestrado em Direito Privado, Universidade Católica Portuguesa – Escola de Direito do Porto, 2013

⁴Segundo o estudo *Social Networking and Reputational Risk in the Workplace*, Delloite LLP 2009, Ethics & Workplace Survey Results, 74% dos empregados acredita que é fácil provocar danos na reputação da empresa através dos *social media*.

intimidade da vida privada, face a direitos que aos empregadores assistem (v.g. direito ao bom nome, confidencialidade da informação, segurança das redes informáticas).

Relativamente ao *Facebook*, implica analisar se as publicações efetuadas nesta rede social pelo trabalhador se devem considerar situadas dentro ou fora da proteção conferida pela reserva de confidencialidade.⁵ A *vexata quaestio* prende-se com a existência ou não de uma legítima expectativa de privacidade baseada na tutela da confidencialidade conferida pelo ordenamento jurídico que proteja o conteúdo de tais publicações da ação disciplinar desencadeada pelo empregador.

II. O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CONTEXTOS ONLINE

No ordenamento jurídico nacional, o direito à reserva da intimidade da vida privada encontra previsão no artigo 26º da Constituição da República Portuguesa, artigo 192º do Código Penal e artigo 80º do Código Civil. Reflexo desta tutela é o artigo 16º do Código do Trabalho com a proibição do acesso e divulgação de aspetos da esfera íntima e pessoal de ambos os sujeitos da relação laboral.⁶

A partir do momento em que o utilizador/trabalhador opta por comunicar através de mensagens num grupo, serviço de *chat* ou publicando *posts* na cronologia, com ou sem configurações de privacidade, tem necessariamente de ter em conta a possível audiência que as suas publicações podem alcançar. Ainda que implicitamente, este ato configura uma tomada de decisões sobre a privacidade de que pretende beneficiar.

Certas condutas dos utilizadores podem colocar em causa o direito à imagem e reputação do empregador e o direito à salvaguarda dos interesses económicos da empresa quando confrontados com o direito à liberdade de expressão do trabalhador. Ora a resposta a este conflito apenas pode ser dada através de uma análise casuística que pondere não só a natureza injuriosa ou difamatória das publicações, a identificação do trabalhador, as configurações de privacidade do perfil e o número de contatos ou carácter profissional da rede.⁷ Estes critérios permitirão concretizar o grau de difusão dos conteúdos e o risco de lesão que os mesmos representam para o empregador⁸⁹.

⁵ É importante notar que de acordo com os artigos 22º a 16º do Código do Trabalho, o empregador não pode aceder ao conteúdo de mensagens de natureza pessoal ou comunicações de carácter não profissional do trabalhador bem como servir-se de aspetos relativos à vida privada do trabalhador, mesmo através de rede social de livre acesso.

⁶ De acordo com a tese de GUILHERME DRAY, inspirada na “teoria das três esferas”, de criação jurisprudencial alemã, a tutela conferida por aquele artigo justifica-se naqueles aspetos da vida privada que revistam particular significado ético. Não podemos contudo olvidar que mesmo nestas situações devemos ter em conta os princípios gerais da proporcionalidade e adequação já que a reserva da vida privada deve ser a regra e não a exceção e a sua limitação é apenas possível dentro dos limites do artigo 335º do Código Civil.

⁷ Neste sentido, MARÍA CARDONA RUBERT, «Redes Sociales en el contrato de trabajo», in *Derecho y Redes Sociales*, 2013 cit., pp. 298-300,

⁸ “Ao trabalhador caberá fazer um juízo de prognose sobre os reflexos dos conteúdos partilhados, na relação laboral, permitindo-se exercitar os direitos fundamentais dentro dos limites impostos pelo princípio da boa-fé.” MARÍA CARDONA RUBERT, «Redes Sociales...», cit., p. 297.

⁹ SUSETE MACHADO DE SOUSA, “o ataque on-line a bens jurídicos constitucionalmente protegidos (art. 26.º CRP), como o são a imagem, honra ou reputação do empregador, de superiores hierárquicos ou colegas de trabalho, pode gerar responsabilidade civil e penal do cidadão-trabalhador para além das repercussões negativas que se podem

III. DEVER DE LEALDADE

O dever de lealdade encontra a sua consagração na legislação laboral na alínea f) do nº1 do artigo 128º do Código do Trabalho. Subdividindo-se em 2 deveres específicos, o dever de não concorrência e o dever de sigilo, traduz-se também num dever geral de lealdade em conformidade com a exigência geral da boa fé na execução dos contratos genericamente prevista no artigo 762º do Código Civil.

Tal como indica o Acórdão do STJ de 18-04-2007¹⁰, “o dever de ‘execução leal’ veda ao trabalhador comportamentos que determinem situações de perigo para o empregador ou para a organização da empresa, por um lado, e, por outro, impõe-lhe que tome as atitudes necessárias quando constate uma ameaça de prejuízo”. Neste sentido há que entender que a partir do momento em que o trabalhador faz publicações numa página de uma rede social aberta, de acesso generalizado ou ainda semifechada, os membros dessa página têm acesso autorizado para copiar os conteúdos e enviá-los a terceiros, exportá-los para papel ou outros sítios na Internet, enviá-los para correios eletrónicos privados, ficando os mesmos disponíveis *on-line* por período de tempo indeterminado.

Atendendo ao tema em análise, parece justificada e proporcional a imposição ao trabalhador subordinado de atuar com um certo dever de reserva tanto *off-line* como *on-line*, como é o caso do *Facebook*, obrigando-o a eliminar das suas páginas pessoais abertas ou profissionais os conteúdos suscetíveis de causar danos à empresa.

IV. OS CONTEÚDOS GERADOS PELO TRABALHADOR EM PLATAFORMAS ON-LINE COMO FUNDAMENTO PARA O DESPEDIMENTO POR JUSTA CAUSA

Fruto da celebração do contrato de trabalho o trabalhador assume como obrigação principal a prestação da sua atividade ao empregador, executando o trabalho de acordo com as instruções daquele, titular do poder de direção. Não obstante, recaem ainda sobre o trabalhador deveres acessórios (artigo 128º do Código de Trabalho), obrigações “*conexas à sua integração no complexo de meios pré-ordenados pelo empregador*”.¹¹ Acima já abordámos a questão do dever de lealdade.

Fora dos muros da empresa¹², o trabalhador dispõe livremente dos seus tempos livres, sem qualquer tipo de interferência ou ingerência do empregador, é o chamado *princípio geral da irrelevância disciplinar do comportamento extraprofissional do trabalhador*. Contudo, tal não significa que se encontre protegido por um regime de imunidade disciplinar.

Para PEDRO ROMANO MARTINEZ¹³, a invocação de causas externas à relação laboral como justa causa de despedimento pressupõe a violação de deveres principais, secundários ou

fazer sentir tanto no ambiente de trabalho como na relação com clientes, fornecedores e parceiros de negócios, que, naturalmente, não ficam indiferentes à reputação eletrónica daqueles com quem negociam”, p. 31

¹⁰ http://www.pgdisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=25249&codarea=3; Recurso nº 2701/06 – 4ª Seção, Relator Vasques Diniz

¹¹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 14ª Ed., Almedina, 2009, p. 236

¹² TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, in *Studia Iurídica*, 78, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, cit., p. 396

¹³ *Direito do Trabalho*, Almedina, 6ª ed., Coimbra, 2013

acessórios de conduta, de tal forma gravosa que impossibilite a subsistência do vínculo laboral. Esta verificação é condicionada pelo regime do artigo 351º¹⁴ e as consequências jurídicas do despedimento. Assim, tais condutas têm de ser suscetíveis de afetar o bom nome ou a honorabilidade da empresa ou traduzem-se numa violação do dever de lealdade, produzindo efeitos no ambiente de trabalho que inviabilizem a manutenção da relação laboral à luz de critérios objetivos.

Tem entendido a jurisprudência dos tribunais superiores que a impossibilidade prática e imediata de subsistência da relação laboral verifica-se perante um comportamento ilícito, culposo e com consequências gravosas na relação laboral, ocorra uma situação de absoluta quebra de confiança entre a entidade patronal e o trabalhador, suscetível de criar no espírito da primeira a dúvida sobre a idoneidade futura da conduta do último, deixando de existir o suporte psicológico mínimo para o desenvolvimento dessa relação laboral.

A crítica, em termos excessivos e públicos, a produtos ou atividades desenvolvidas, realizada numa rede social como o *Facebook* pode causar repercussões negativas e até irremediáveis sobre a imagem e o prestígio da empresa, sem prejuízo de eventual responsabilidade civil ou penal a que possa haver lugar. Este comportamento do trabalhador pode assim provocar, de forma irremediável, a quebra da relação de confiança entre as partes.

V. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

O ano de 2014 marca um ponto de viragem na jurisprudência nacional já que pela primeira vez foi analisada a licitude e regularidade do despedimento de trabalhadores que publicaram no *Facebook* conteúdos passíveis de consubstanciar violação dos deveres laborais.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de setembro de 2014 (M^ª. JOSÉ COSTA PINTO)¹⁵

Neste acórdão confirmou o Tribunal da Relação do Porto, na íntegra e por unanimidade, a sentença proferida pelo Tribunal do Trabalho de Matosinhos de despedimento por justa causa de um trabalhador por ofensas publicadas contra a entidade empregadora, “C” num grupo do *Facebook* designado “Grupo de Trabalhadores da C...”.

Deste grupo faziam parte 140 membros, todos eles trabalhadores ou ex-trabalhadores da C. Foram diversos os *posts* ou comentários a *posts* de outros membros, publicados pelo trabalhador neste grupo, incidindo sobre temas relativos à organização e vida interna da sua entidade empregadora. Para além daqueles, publicou o autor uma imagem de três palhaços com o intuito de retratar os seus superiores hierárquicos.

Na sua fundamentação o Tribunal baseou-se na necessidade de apreciação casuística dos contornos da privacidade merecedores da tutela da confidencialidade face à realidade das redes sociais; relevância do tipo de serviço utilizado; tema das publicações; parametrização da

¹⁴ SUSETE MACHADO DE SOUSA, “A justa causa pode resultar da ocorrência de uma perturbação do normal funcionamento da empresa ou da violação de deveres laborais, ponderados a identificação do trabalhador e do empregador, a motivação, a gravidade do comportamento, a natureza das funções desempenhadas, a finalidade da empresa e a natureza pública ou privada dos conteúdos publicados, sendo irrelevantes tanto a inexistência de danos como a confissão do trabalhador.”, p. 45

¹⁵ <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/917c9c56c1c2c9ae80257d5500543c59?OpenDocument>

conta; membros da rede social e suas características; número de membros e existência de uma legítima expectativa de que o círculo era fechado e privado. O Tribunal concluiu que na situação *subjudice* não havia essa expectativa de privacidade e que o trabalhador estava ciente das eventuais implicações de natureza profissional que a sua conduta poderia tomar face ao carácter difamatório para o empregador, colegas de trabalho ou superiores hierárquicos que as mesmas continham. Considerou não assistir ao trabalhador o direito de invocar o carácter privado do grupo e a natureza “pessoal” das publicações, não aplicando ao caso a tutela do artigo 22º do Código de Trabalho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de setembro de 2014 (JERÓNIMO FREITAS)¹⁶

Este aresto surge de recurso interposto pelo trabalhador da sentença proferida pelo Tribunal do Trabalho do Funchal que julgou a ação improcedente, por não provada, declarando que o despedimento do trabalhador fora feito com justa causa.

Discutia-se então a regularidade e licitude do despedimento de um trabalhador que publicou num *post* na sua página pessoal do *Facebook*, no dia 1 de maio de 2013, afirmações ofensivas da honra, da consideração e do bom nome do Presidente do Conselho de Administração da sua entidade patronal, pedindo aos seus “amigos” do *Facebook* que o partilhassem. Com efeito, no dia 2 de Maio de 2013, já o conteúdo da publicação tinha extravasado a rede de “amigos” do trabalhador no *Facebook* e chegado ao conhecimento da entidade empregadora.

Na sua fundamentação referiu o Tribunal a diferença do conceito de “amigos” do *Facebook* do tradicional conceito de amigos; a possibilidade de através de um amigo a publicação tornar-se visível para os amigos bem como ser copiada para papel e exportada para outros sítios na Internet ou correios eletrónicos privados; a indeterminação do período de tempo em que a publicação se mantém *on-line*.

Admitiu como normal e previsível o desfecho que a conduta do autor poderia provocar quando conjugada com o apelo à divulgação do referido *post*; afirmou inexistência de uma qualquer expectativa de privacidade, afastando o carácter privado do grupo e a natureza “pessoal” ou “privada” do *post*.

A moldura legal em causa inclui os artigos 26º e 32º, nº8 da Constituição da República Portuguesa, os artigos 16º (reflexo dos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana e relativo ao direito à reserva da intimidade da vida privada e 22º (tutela da confidencialidade das mensagens e do acesso a informação) do Código do Trabalho, e o artigo 80º do Código Civil. Desta conjugação resulta que os empregadores não podem aceder, nem tão pouco utilizar como prova, mensagens de natureza pessoal para punir disciplinarmente os seus trabalhadores. A única exceção a tal proibição prende-se com os conteúdos que se insiram na esfera pública.

A primeira conclusão a retirar destes acórdãos é de que uma correta resposta depende de uma análise casuística onde se ponderem, não só o conteúdo do texto publicado no *Facebook*, como o alcance que o mesmo tem na rede de “amigos” que o trabalhador possui nesta rede social.

¹⁶ <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ecca98e591fa824780257d66004b4283?OpenDocument>

Ambos arestos recorrem à teoria das três esferas, de construção jurisprudencial alemã, para delimitar as fronteiras da “esfera íntima”, “esfera privada” e “esfera pública”. Importa fazer um reparo: a ausência de uma interpretação atualista incluiria, no primeiro caso, o *post* publicado no Grupo de Trabalhadores da C na esfera privada do trabalhador, por isso vedado ao empregador. Tal justifica-se com a diferença entre o conceito de “amigos” presente na nesta tese e a realidade consagrada pelo *Facebook*.¹⁷

Estes acórdãos identificam um conjunto de critérios que visam determinar se, perante cada caso concreto, os trabalhadores, utilizadores do *Facebook*, podem arrogar-se de uma legítima expectativa de privacidade. Chegados a uma conclusão negativa, poderá o teor daquelas publicações ser valorado pelo empregador para efeitos disciplinares à luz do critério geral de justa causa presente no artigo 351º, nºs 1 e 3 do Código do Trabalho.

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto começa por iniciar a sua análise distinguindo um “perfil pessoal” de uma “página” e de um “grupo” nesta rede social. Seguidamente elege como critérios as características desta rede de “amigos”, o objeto das publicações (*i.e.* assuntos do foro exclusivamente pessoal ou relativos à empresa) e a parametrização da conta (critérios de privacidade), concluindo que o “número de “amigos” ou membro do grupo” é também elemento essencial desta ponderação.

Já o Tribunal de Lisboa concluiu, e bem, que a publicação do trabalhador, ainda que disponível apenas aos “amigos” do *Facebook*, deveria ser considerada pública face ao apelo lançado pelo seu autor (“Partilhem Amigos”) que claramente visava alargar o espectro de recetores da mesma. Na realidade, é introduzido mais um critério de análise: a valoração do conteúdo da publicação, permitindo avaliar a expectativa de privacidade face à consciente intenção visada. A proteção de privacidade não logrará para quem deliberadamente não a quis preservar.

CONCLUSÕES

Plataformas como o *Facebook* representam evidentes riscos para ambos os sujeitos da relação laboral. Mais do que nunca diluem a fronteira entre a vida profissional e a vida pessoal do trabalhador, quer pelo excesso de informação partilhada e abundância de conexões, simultaneamente pessoais e profissionais, quer pelo próprio esquema de funcionamento da plataforma, potenciador de comportamentos que, de forma voluntária ou involuntária, consubstanciem ameaças efetivas aos interesses económicos da empresa, sua relação com clientes e parceiros de negócio. É notória a transformação da conceção tradicional de

¹⁷Nas palavras de JOANA VERÍSSIMO, MARIA MACIAS e SOFIA RODRIGUES, in «*Implicações Jurídicas das Redes Sociais na Internet: Um novo Conceito de Privacidade*», disponível para consulta em www.fd.unl.pt «[a]o abrir-se uma conta numa rede social aceita-se «a priori» que parte da vida privada vai ser exposta, pelo menos aos nossos supostos «amigos». No entanto, por mais íntimos que alguns desses «amigos» sejam, há sempre uns que nunca o serão verdadeiramente. Na concepção clássica da teoria das três esferas, a esfera privada cinge-se às informações que o indivíduo partilha com a sua família e amigos mais próximos; já a esfera pública é definida como sendo os factos susceptíveis de serem conhecidos por todos. Consequentemente, um perfil privado de uma rede social, não se enquadra nem totalmente na esfera da vida privada, nem na esfera pública. O que temos é um novo conceito de amigos que engloba: amigos mais próximos, conhecidos e, por vezes, para quem não faz uma verificação das identidades de quem está a adicionar na sua rede ou para quem a popularidade se define pelo número de amigos adicionado na rede, e que aceita praticamente todos os pedidos de amizade que lhe são feitos, desconhecidos.»

privacidade face a esta realidade onde os conteúdos publicados estão sujeitos a um efeito de propagação exponencial.

O respeito pela dignidade da pessoa humana implica a irrelevância dos comportamentos extralaborais dos trabalhadores para efeitos de despedimento com justa causa. Todavia, a proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada deverá cessar perante comportamentos do trabalhador que atinjam o bom nome ou a honorabilidade da empresa, ou que se traduzam em violações do dever de lealdade perturbadoras do normal funcionamento da empresa e que impossibilitem a manutenção do vínculo laboral.

Destarte, tem sido correto o entendimento adotado pela jurisprudência portuguesa pois avalia de forma justa e adequada o confronto entre os direitos de privacidade e a liberdade de expressão dos trabalhadores e os direitos dos empregadores. Para tal, o conjunto de critérios acolhidos revela-se como peça fundamental para preenchimento do conceito indeterminado que a “expetativa de privacidade”, relativamente a publicações no *Facebook* pelos trabalhadores, representa.¹⁸

Torna-se marcante a necessidade de os trabalhadores entenderem que não beneficiam de uma total e absoluta reserva de privacidade quanto ao teor das publicações feitas no *Facebook* pois é lícita a responsabilização disciplinar se verificados certos critérios. A adoção de mecanismos de autorregulação, como códigos de conduta ou regulamentos internos, que definam regras de utilização das redes sociais no local e tempo de trabalho e que informem os trabalhadores da necessidade de salvaguarda do bom nome e confidencialidade de informação das empresas, aludindo às respetivas consequências disciplinares (inclusive criminais) que a sua violação acarreta, surgem como soluções capazes de prevenir a ocorrência de conflitos laborais. Na sociedade atual é premente uma utilização equilibrada, consciente e esclarecida das redes sociais dentro e fora do contexto laboral.

¹⁸ Conquanto, é importante recordar sempre que nos termos do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa “[s]ão nulas todas as provas obtidas mediante ... abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” ainda que as publicações/mensagens revistam carácter público.