

REVISTA TRABALHISTA

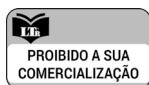
Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo

A
ANAMATRA

LTR[®]



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 -). — Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Semestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **Peter Fritz Strotbek — The Best Page**

Capa: **Forma e Conteúdo Editora Criativa**

Finalização: **Danilo Rebello**

Impressão: **Edições Loyola**

© Todos os direitos reservados

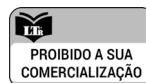
LTr[®]

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-003 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 6368.4

Maior, 2022



PRESIDENTE ANAMATRA

LUIZ ANTONIO COLUSSI

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

CAROLINA HOSTYN GRALHA

Juíza do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Lajeado e Juíza Auxiliar de Precatórios da 4ª Região. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca/Espanha e em Direitos Fundamentais e Direito do Trabalho, pela PUCRS.

CHRISTIANA DARC DAMASCENO OLIVEIRA ANDRADE SANDIM

Doutora em Direito, pela Universidade Católica de Santa Fé. Master em Teoria Crítica dos Direitos Humanos, pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilla (Espanha). Acadêmica Titular da Cadeira n. 34 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior – Seção brasileira da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale. Membro Titular do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro da Comissão Examinadora do 1º Concurso Nacional para Ingresso na Magistratura do Trabalho, TST e ENAMAT. Professora em Cursos de Formação Inicial e Continuada para Magistrados do Trabalho. Juíza Titular da Vara do Trabalho de Plácido de Castro, Estado do Acre. Autora de diversos livros, capítulos e artigos em publicações jurídicas especializadas nacionais e internacionais.

DANIELA LUSTOZA MARQUES DE SOUZA CHAVES

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2021). Mestrado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2004). Especialização em Direito e Cidadania (UFRN) e em Direito Processual Civil (EA/RN). Juíza do Trabalho, Titular da 11ª Vara do Trabalho de Natal/RN – Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

EDUARDO ROCKENBACH PIRES

Doutor e mestre em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Juiz Titular da 38ª Vara do Trabalho de São Paulo (TRT 2ª Região).

PROF. AVV. FÁBIO PETRUCCI

Professore a contratto presso la Libera Università degli studi di Roma LUISS per l'insegnamento del Diritto della previdenza complementare. Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Ha conseguito la specializzazione, triennale, presso la Scuola di Diritto del lavoro dell'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente Responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale di Previdenza degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e Sociambiental". Avvocato.

FIRMINO ALVES LIMA

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho. Juiz do Trabalho Titular no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, com pesquisas na área de discriminação nas relações do trabalho.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Juiz Auxiliar da Vice-Presidência Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região/BA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/UFBA. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

JOÃO HUMBERTO CESÁRIO

Pós-doutorando em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso.
Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.
Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor de Teoria e Sociologia do Direito na Universidade do Estado de Mato Grosso. Juiz do Trabalho.

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutorado em Direitos Humanos na Universidad de Salamanca, Espanha (2017/2018). Advogado cível e trabalhista. Juiz do Trabalho aposentado. Professor do curso de Pós-graduação em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Escola dos Magistrados do Trabalho do Paraná.

JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR

Advogado. Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-MG). Professor convidado do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da UFMG. Doutorado em Direitos Fundamentais. Presidente da União Ibero-americana de Juízes (UIJ). Diretor-fundador do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Diretor-fundador do Instituto IDEIA — Direito e Inteligência Artificial.

MARCUS MENEZES BARBERINO MENDES

Mestre em Ciência Econômica pela Universidade Estadual de Campinas (2007).
Juiz titular da Vara do Trabalho de São Roque (SP) – Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.
Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Direito do Trabalho.

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor em Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Membro da Comissão Técnico-Científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) (2006-2007 e 2017-2019).
Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão – 12ª Região (SC).

SAULO TARCÍSIO DE CARVALHO FONTES

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002).
Doutorando em Direito pelo UNICEUB. Juiz auxiliar da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Professor da Faculdade Santa Terezinha — CEST.

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	11
<i>Editorial.....</i>	13
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças.....</i>	15

Doutrina

A Desconstrução da Cidadania ante a Nova Regulamentação do Trabalho: Uma Nova Era de Precarização <i>Anderson Candeia Porto e Jailton Macena de Araújo.....</i>	19
A (Des)Legitimação do Consentimento Livre na Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral Frente ao Princípio da Proteção ao Trabalhador <i>Aluisio Ribeiro Ferreira Filho e Victor Hugo de Almeida.....</i>	30
O Enquadramento Jurídico do Empregado como Operador de Dados no Contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais <i>Ana Sylvia da Fonseca Pinto Coelho e José Luiz de Moura Faleiros Júnior.....</i>	42
Aspectos Controvertidos Acerca da Figura do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais no Âmbito das Relações de Emprego <i>Ana Sylvia da Fonseca Pinto Coelho e Leandro Fernandez</i>	56
<i>Onlife Work Experience</i> e os Dados Sensíveis dos Trabalhadores: Proteção de Dados Pessoais e Novas Perspectivas <i>Andressa Munaro Alves e Cristiano Colombo.....</i>	67
O Direito a Inviolabilidade de Dados da Pessoa Natural no Sistema Positivo Brasileiro e sua Incursão nas Relações de Trabalho em Face da LGPD <i>Arnóbio Teixeira de Lima.....</i>	80
A Utilização dos Dados da Pessoa Natural para a Eficiência Processual na Justiça do Trabalho: A Lei n. 13.709/18 Aplicada à Justiça do Trabalho <i>Caio Cesar Donadon.....</i>	98
Advocacia Preventiva: Uma Análise do <i>Compliance</i> Aplicado ao Direito do Trabalho <i>Daniel Smiguel De Masi</i>	107
Execução Trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados <i>Eduardo Batista Vargas</i>	121

Processo de Seleção em Recursos Humanos: Uma Abordagem Frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	
<i>Eliane Cristina Oliveira Guerra</i>	132
O Consentimento do Trabalhador no Fornecimento de Dados Pessoais e a Busca pela Verdade Real	
<i>Fábio Dias da Silva</i>	141
LGPD nas Relações de Trabalho: Os Riscos de Utilização do Consentimento para o Tratamento dos Dados dos Trabalhadores	
<i>Fabício Lima Silva</i>	156
Dispensa Indireta Decorrente da Inobservância da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) pelo Empregador	
<i>Franciara Moreira Pinheiro</i>	168
O Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho e a Necessidade de sua Adequação à Lei Geral de Proteção de Dados	
<i>Gustavo Carvalho Chehab</i>	190
Audiências por Videoconferência e Telepresencial: Distinções Necessárias, à Luz da Resolução n. 354 do CNJ	
<i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i>	209
A LGPD e suas Repercussões no Direito do Trabalho no Contexto do Capitalismo de Vigilância	
<i>Larissa Matos</i>	223
Direito Processual do Trabalho e os Influxos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na Produção da Prova em Ambiente Processual Virtual	
<i>Leonardo Tibo Barbosa Lima</i>	234
A Utilização do Consentimento no Tratamento de Dados Pessoais nas Relações de Trabalho: Um Estudo à Luz da Interpretação Legislativa da União Europeia	
<i>Maria Gabriela Lopes de Macedo e Alisson Alexandro Possa</i>	247
A Responsabilidade Civil do Empregador pela não Observância da Proteção dos Dados do Empregado	
<i>Otávio Bruno da Silva Ferreira, Valena Jacob e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury</i>	263
Tratamento de Dados Pessoais e Relação Laboral: Contribuições do RGPD e do Direito do Trabalho Francês	
<i>Rosane Gauriau</i>	279
Lei Geral de Proteção de Dados e Relação de Emprego: Controvérsias	
<i>Sílvia Isabelle Teixeira do Vale e Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda</i>	296

A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais nas Relações de Trabalho <i>Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo</i>	314
Impactos da LGPD nas Relações de Trabalho e na Justiça do Trabalho <i>Xerxes Gusmão</i>	328
Teletrabalho em Tempos de Covid-19: Estudo Comparado Franco-Brasileiro <i>Rosane Gauriau</i>	345
Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD: Aspectos Principais — Repercussão no Direito Material e Processual do Trabalho <i>Luiz Ronan Neves Koury e Carolina Silva Silvano Assunção</i>	356

Jurisprudência

Sentença

Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região	373
<i>Índice Geral</i>	393

Retificação:

REVISTA TRABALHISTA DIREITO E PROCESSO

ANO 18 • N. 62 • JULHO/DEZEMBRO • 2019 • ISSN 1677-2784

Pág. 231

Onde se lê: Precarização e direito do trabalho: o caso Uber
Rosane Gaurial

Leia-se: Precarização e direito do trabalho: o caso Uber
Rosane Gauriau

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos).....	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC.....	Código Civil
CCB.....	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT.....	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP.....	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN.....	Código Tributário Nacional
DOE.....	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS.....	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR.....	Norma Brasileira Regulamentada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRT.....	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

Editorial

Estimadas e estimados leitores,

Apresentamos mais uma edição da *Revista Trabalhista Direito Material e Processual do Trabalho*, organizada pela Anamatra — Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — em parceria com a LTr Editora, abordando os aspectos essenciais da Lei Geral de Proteção de Dados, legislação nova, com inúmeras implicações na vida dos cidadãos, dos trabalhadores, bem como, nos contratos de trabalho.

O tema vem sendo abordado pela Anamatra em diversos momentos e desde a aprovação da Lei n. 13.709/2018 vem tomando as necessárias providências para a sua implementação, em parecer elaborado pela Diretoria de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos, destacando as providências internas a serem tomadas no âmbito da entidade, para o pronto cumprimento da legislação, a realização de um webinar, organizado pela Enamatra, com palestrantes especializados no tema e destinado aos associados, e, por fim, uma edição da Revista integralmente dedicada ao tema e destinada ao público em geral.

Assim, para além das questões associativas, a Anamatra compreende a importância de contribuir para um processo de formação interno e externo, que possibilite uma reflexão crítica sobre esse novo campo de incidência normativa, como o leitor poderá perceber ao ler os artigos selecionados para esta edição.

Em uma sociedade altamente complexa e cheia de armadilhas, onde a implementação das melhores práticas de integridade tem se tornado imprescindível para qualquer gestão, entre elas a associativa ou a empresarial, por exemplo, a entrada em vigência da Lei n. 13.079/18 — Lei Geral de Proteção de Dados explicita os marcos regulatórios da proteção de dados no país, trazendo segurança jurídica para os gestores que adequarem seus processos e procedimentos à novel legislação, minimizando os riscos de responsabilização civil, administrativa e mesmo criminal no tratamento de dados, sempre mostrando sua importância dentro do Estado democrático de direito.

Em tudo, parte-se do que dispõe o art. 1º da LGPD (Lei n. 13.709/2018), cujo texto diz: *“sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”*.

Percebe-se de início que a nova legislação está em sintonia com os ditames próprios do Estado democrático de direito. O modelo estatal denominado de Estado Democrático de Direito é uma evolução do Estado de Bem-Estar Social, contendo avanços normativos que corrigem ou melhoram as etapas anteriores do Estado, no qual se postulam igualdade, justiça social e, principalmente, a garantia dos direitos humanos fundamentais. Nesse tipo estatal, do qual nossa Constituição Federal de 1988 é exemplo, a valorização da dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental ganha em importância e relevo.

A nova normatização da proteção de dados baseia-se na compreensão da complexidade em que se vive numa sociedade plural, onde as ameaças à dignidade humana provêm de diferentes fontes, tendo o Estado, em razão disso, dificuldade de garanti-la. Logo, os direitos fundamentais, entre os quais se inclui o direito à intimidade, devem ser vistos em conjunto com os demais princípios fundamentais do ordenamento jurídico, devem ganhar nova força e vitalidade para cumprir o papel de promoção da dignidade humana. Por isso, realiza-se a reflexão sobre o Estado e a política na modernidade, das suas origens às suas crises, na perspectiva de mostrar a relação existente entre eles e o entrelaçamento que há, desde a origem do Estado, suas crises e os efeitos que a política provoca ou causa.

Tenha-se presente que o Estado Democrático de Direito ultrapassa tanto a formulação do Estado Mínimo como a do Estado Social, impondo ao Estado e à ordem jurídica, como tarefa principal, a transformação social no sentido de aprofundamento da democracia formal e substancial, ou seja, tanto a democracia política, como a econômica e social e a prevalência dos direitos humanos. A questão da igualdade ganha um conteúdo substantivo, no sentido de se assegurarem juridicamente padrões de vida dignos às pessoas humanas, não só do prisma individual, mas como seres que vivem em comunidade, daí surgindo a necessidade da proteção dos dados e da intimidade das pessoas, no contexto das relações laborais.

Certo é que a Lei influenciará a vida de todos, mas que, no caso dos integrantes da Magistratura e Ministério Público, o impacto pode ser ainda maior, sendo de fato extremamente necessário compreender melhor o novo cenário proposto em torno da importância dos dados, cada vez mais relevantes e fundamentais, diante da sociedade movida a dados.

No contexto do assunto proposto, na proteção de dados, buscam-se as respostas possíveis, provocando a delimitação necessária do assunto, qual seja, depois de pensar que se vive em um Estado democrático de direito, é importante rever princípios de direito do trabalho, examinar as relações de trabalho e o contrato de trabalho em particular, estudar a nova Lei e encontrar as respostas cabíveis de como ela pode e deve ser utilizada nos contratos de trabalho e a sua importância como instrumento de distribuição de justiça social.

Diversos aspectos são abordados nesta edição, como o tratamento que se pode dar nas rescisões contratuais, por inobservância da proteção de dados, a responsabilidade civil do empregador em face da não proteção de dados, as repercussões da LGPD no Direito e no processo do trabalho, a LGPD e as relações laborais e as relações de emprego, os impactos da LGPD no direito do trabalho e na Justiça do Trabalho, entre outros temas de alta relevância.

Nesse sentido, a ANAMATRA demonstra todo o seu compromisso em se adequar às exigências da nova era digital que já está presente, de modo a zelar pelo interesse de seus associados e pelas suas finalidades estatutárias de maneira mais eficiente, efetiva e com plena integridade, no campo interno, e apta a demonstrar a sua importância para a sociedade, no campo externo.

Que esta edição atinja os seus objetivos e auxilie as leitoras e os leitores a compreenderem a importância da proteção e do tratamento dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros, nele incluídos os trabalhadores.

Boa leitura.

Maior de 2022.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. DA FINALIDADE

1.1. A Revista Trabalhista Direito e Processo tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

2. DA COMISSÃO EDITORIAL

2.1. Caberá ao Conselho Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados;

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. DO ENCAMINHAMENTO

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente, em formato Microsoft Word, apenas para o endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica;

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora;

3.3. Da mensagem eletrônica deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. DAS SENTENÇAS E DOS ACÓRDÃOS — REQUISITOS

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação deverão guardar relação com o tema da Revista;

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por juiz, desembargador ou ministro;

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos;

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS — REQUISITOS

5.1. Os artigos científicos devem ser, preferencialmente, inéditos no Brasil;

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico;

5.3. Para a manutenção da qualidade científica da Revista, os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. Conterão entre cinco e trinta páginas, **preparados em formato Microsoft Word**;

5.3.2. Os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português e inglês (ver subitem 7.6), com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. A referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. Para fins de qualificação da revista no sistema QUALIS/CAPES, o autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no *site* do CNPQ (<www.cnpq.br>);

5.3.4. As citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. As referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. As citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. Com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamatra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho;

5.3.8. O Conselho Editorial poderá convidar autores a publicar artigos na Revista, sendo um a cada número do periódico, caso em que, dada a relevância do tema ou a notoriedade do seu autor, será dispensada a observância aos requisitos de que trata o item “5.3.2”.

6. DA NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS

6.1. Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2);

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério do Conselho Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor;

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento;

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores;

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial;

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

A Desconstrução da Cidadania ante a Nova Regulamentação do Trabalho: Uma Nova Era de Precarização

Anderson Candeia Porto^(*) e Jailton Macena de Araújo^(**)

Resumo:

- ▶ Pretende-se com o artigo analisar, através de uma abordagem materialista histórico-dialética, o fortalecimento da ideologia ultraliberal que atinge a sociedade brasileira, levando a uma nova era de precarização e redução de direitos. Esta situação afeta diretamente os direitos de cidadania, os quais avaliados à luz do seu conceito e desenvolvimento podem correlacionar a ideia de trabalho à análise crítica quanto à redução das capacidades humanas de negociação e participação, especialmente no contexto econômico liberal hodierno, em que a expansão dos mecanismos de funcionamento da exploração capitalista vem provocando profundas transformações negativas na vida social do trabalhador. Conclui-se, enfim, pela necessidade de se pensar alternativas para uma proteção social mais efetiva para os trabalhadores fundada nos valores democráticos e humanistas. Importante ainda que se reafirme que a racionalidade econômica e individualista que pauta a atuação estatal seja substituída por uma racionalidade solidária, que encare o cidadão como sujeito de direito e também como ser social dotado de dignidade.

Palavras-chave:

- ▶ Cidadania social — Neoliberalismo — Precarização — Solidariedade.

Abstract:

- ▶ The article intends to analyze, through a historical-dialectical materialist approach, the strengthening of the ultraliberal ideology that affects Brazilian society, leading to a new era of precariousness and reduction of rights. This situation directly affects citizenship rights, which, evaluated in the light of their concept and development, can correlate the idea of work with critical analysis regarding the reduction of human negotiation and participation capacities, especially in today's liberal economic context, in which expansion the mechanisms of operation of capitalist exploitation have been causing profound negative transformations in the social life of the worker. Finally, it concludes by the need to think about alternatives for a more effective social protection for workers based on democratic

(*) Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB e Pesquisador PIBIC-CNPQ.

(**) Professor orientador. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

and humanistic values. It is also important to reaffirm that the economic and individualistic rationality that guides state action is replaced by a solidary rationality, which sees the citizen as a subject of law and also as a social being endowed with dignity.

Keywords:

► Neoliberalism — Precariousness — Social citizenship — Solidarity.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A “construção” da cidadania: conceito de T. H. Marshall e especificidades do contexto brasileiro
- 3. A nova era de precarização: “trípode destrutiva do capital” e desconstrução da cidadania
- 4. Considerações finais
- 5. Referências

1. Introdução

Não é por acaso a atual Constituição Federal brasileira carrega o apelido de “Constituição Cidadã”. Promulgada em 05 de outubro de 1988, a Carta Magna tinha a clara intenção de superar a noção que a Constituição anterior trazia de cidadania, tida como um fim a ser alcançado e não como base ou pressuposto.⁽¹⁾ Isso fica claro a partir dos valores elencados já em seu Preâmbulo, notadamente o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, valores estes que objetivam efetivamente constituir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Destarte, reconhece-se, a partir da identificação do modelo de cidadania proposto pela Constituição de 1988, uma intenção de ampliação das perspectivas, possibilidades e oportunidades dos sujeitos sociais, no sentido de alçar cada cidadão à participação democrática. Todavia, no tocante principalmente aos direitos sociais do trabalho, é notório que o fortalecimento da ideologia ultraliberal que assola os poderes públicos brasileiros tem levado a uma nova era de precarização e redução de direitos.

O exemplo mais recente e evidente disso é a Lei n. 13.467/2017 (a chamada Reforma Trabalhista), que veio para supostamente “adequar a legislação às novas relações de trabalho”, mas tem o real objetivo, advindo de um clamor capitalista, de flexibilizar os direitos fundamentais dos trabalhadores (o que tem alcançado!). Ademais, a pandemia da Covid-19, por mais que tenha provocado bruscas alterações no modo de vida da população do mundo inteiro, evidenciou que alguns grupos são mais frágeis que outros, dentre estes, os trabalhadores (especialmente aqueles que não possuem sequer um vínculo formal de emprego, tampouco um amparo efetivo por parte do Estado para minimizar a situação de vulnerabilidade na qual normalmente já se encontram).

Tendo isso em vista, pretende-se correlacionar os direitos de cidadania com as perspectivas do trabalho, de modo a permitir uma análise crítica da redução das capacidades humanas de negociação e participação, especialmente no contexto econômico liberal hodierno. Com isso, poder-se-á ligar os direitos de cidadania aos direitos sociais do trabalhador, nomeadamente, o direito ao trabalho, sob a perspectiva da participação democrática, a qual vem sendo desconstruída

(1) FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito e cidadania na Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47/48, 1997, p. 11.

com a ampliação da ideologia ultraliberal. Somente com o reconhecimento da inserção sociolaboral como perspectiva que garante a participação democrática dos trabalhadores, conferindo emancipação e determinação na condução do processo de desenvolvimento, é que será possível traçar meios de superação para as crises instaladas, revitalizando o ideal solidário e protetivo, especialmente atrelado aos direitos humanos.

2. A “construção” da cidadania: conceito de T. H. Marshall e especificidades do contexto brasileiro

Seria impossível tratar da desconstrução da cidadania ante a nova era de precarização do trabalho sem, antes, analisar de que forma se deu o desenvolvimento de seu conceito, na forma como é concebido atualmente. Nesse sentido, faz-se necessária uma abordagem do tema a partir do quadro teórico trazido por Thomas Humprey Marshall em seu ensaio *Cidadania, classe social e status*, a fim de melhor compreender quais elementos compõem o dado conceito de cidadania.

O capítulo *Cidadania e classe social*, no qual se discorre especificamente sobre o assunto, foi fruto de uma conferência realizada em honra de Alfred Marshall no ano de 1949, em Cambridge. O autor partiu de reflexões feitas pelo mencionado economista em seu ensaio *The Future of the Working Classes*, lido no *Cambridge Reform Club*, em 1873, para realizar suas próprias ponderações acerca da cidadania.

Para Marshall, o conceito de cidadania é composto por três elementos: o civil, o político e o social. Cada um desses elementos representa um conjunto de direitos que foram progressivamente surgindo e se desenvolvendo ao longo da história, de modo que à medida em que esses direitos (componentes do núcleo essencial de cada elemento) iam se desenvolvendo, o mesmo ocorria com a própria noção de cidadania.

Segundo o autor, é possível, ainda, atribuir um século diferente para o “período de formação de vida” de cada um dos elementos da cidadania, sendo o século XVIII o do elemento civil, o século XIX do político e o XX do social.⁽²⁾ Partindo-se dessa lógica, é necessário salientar que:

Estas etapas de desenvolvimento encontram correspondência no que na teoria do Direito se chama de gerações de direitos, definidas como as etapas cumulativas de reconhecimento e incorporação ao ordenamento jurídico de determinados direitos fundamentais, dentro de um contexto histórico. É importante salientar que o termo gerações não possui um significado de substituição de direitos por outros reconhecidos num momento posterior, mas sim ao reconhecimento gradativo de direitos que coexistem e, por vezes, se complementam.⁽³⁾

Assim, os direitos fundamentais desenvolveram-se como parte de uma luta histórica, primeiramente, os direitos civis, em seguida, os políticos e, por fim, os sociais, de modo que a conquista de uns levou ao desdobramento dos subsequentes, em um processo gradual de consolidação da cidadania.

Essencialmente, Marshall⁽⁴⁾ descreveu seus elementos da seguinte forma: o elemento civil é composto pelos “[...] direitos necessários à liberdade individual, liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade, e de concluir contratos válidos e o direito à justiça”, enquanto o elemento político consiste no “[...] direito de participar no exercício do poder político, como um membro

(2) MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 66.

(3) COSTA; Maria Amélia da. O conceito de cidadania de Marshall, o Estado de Bem-Estar Social e direitos fundamentais. *Direitos e garantias fundamentais III*: CONPEDI, Brasília, p. 111, 2017.

(4) MARSHALL., *op. cit.*, p. 63-64.

de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo” e, por fim, o elemento social é “[...] tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os cidadãos que prevalecem na sociedade”. Vale ressaltar, porém, que, como esclarecido pelo próprio autor, a cidadania é, até hoje, um conceito em constante transformação (e evolução).

Tratando especificamente do elemento social, é perceptível que Marshall o associou aos direitos que procuram garantir ao dito cidadão o exercício e usufruto de seus direitos fundamentais em condições de igualdade, fornecendo amparo diante das desigualdades sociais e objetivando precipuamente sua vida digna. Esses direitos são, por excelência, os direitos sociais.

Os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais de segunda geração, implicam, de acordo com a doutrina tradicional, na necessidade de prestações positivas por parte do Estado para concretizá-los. Entretanto, não se pode deixar de considerar as chamadas “liberdades sociais”, de cunho eminentemente negativo ou de defesa. São “os direitos sociais de prestação negativa, ou aqueles diante dos quais deve o Estado se abster em interferir; guardam certa conexão com os direitos de liberdade, mas deles diferem por serem exercidos de forma coletiva”.⁽⁵⁾

Como esclarece também Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] percebe-se, com facilidade, que vários destes direitos fundamentais sociais não exercem a função precípua de direitos a prestações, podendo ser, na verdade, reconduzidos ao grupo de direitos de defesa, como ocorre como direito de greve (art. 9º, da CF), a liberdade

de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incs. XXXI e XXXII, de nossa Lei Fundamental.⁽⁶⁾

Desta forma, a cidadania social, quer ocasionando ações de cunho positivo ou negativo por parte do Estado, “assumiu o aspecto de ação, modificando o padrão total de desigualdade social”.⁽⁷⁾

Apesar disso, percebe-se atualmente, ainda mais levando em consideração a disseminação da ideologia neoliberal, que tais prestações positivas por parte do Estado acabam sendo vistas mais como mero dispêndio dos recursos governamentais do que como instrumento legítimo de promoção da igualdade e justiça social. Criou-se um certo estigma sobre os direitos sociais, de modo que estes vêm sendo comumente considerados banais “privilégios”, suscetíveis de minimização ou até mesmo retirada por completo, e isto é fruto da forma como a cidadania social desenvolveu-se especificamente no contexto brasileiro.

Isso porque a teoria de Marshall foi elaborada a partir da experiência inglesa, de modo que, em muitos sentidos, não se adequa à realidade do Brasil. Na verdade, o fundamental a se aproveitar das lições do autor e trazer para a conjuntura brasileira é essencialmente o conceito de cidadania e seus elementos. As circunstâncias em que essa cidadania se desenvolveu, porém, é que diferem bastante das inglesas.

No Brasil ocorreu, na verdade, uma inversão da ordem colocada por Marshall, de modo que primeiramente vieram os direitos sociais, seguidos dos políticos e, por último, os direitos civis. Um exemplo característico dessa realidade é o governo Vargas, no qual houve um considerável reconhecimento de

(5) COSTA, *op. cit.*, p. 115.

(6) SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 18, 2001.

(7) MARSHALL, *op. cit.*, p. 88.

direitos componentes da cidadania social, com destaque aos trabalhistas, porém, em uma época de supressão dos direitos políticos. Assim, “embora a lógica idealista defina que os direitos sociais são causados pelos direitos políticos, e estes pelos direitos civis, essa lógica jamais determinou a formação histórica da cidadania no Brasil”.⁽⁸⁾

Entretanto, o principal diferencial da trajetória da cidadania brasileira é o fato de que a conquista desses direitos se deu menos em decorrência de uma luta histórica dos cidadãos por suas garantias, do que por meio de uma “concessão” estatal. Essa espécie de “benevolência” por parte do Estado que levou à introdução dos direitos sociais prejudicou demasiadamente a formação cívica do cidadão brasileiro. De fato, como destaca José Murilo de Carvalho:

A antecipação dos direitos sociais fazia com que os direitos não fossem vistos como tais, como independentes da ação do governo, mas como um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade. A cidadania que daí resultava era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora.⁽⁹⁾

Assim, uma vez que Marshall defendia que a luta para a conquista dos direitos é que estimulava o desenvolvimento destes, bem como a própria consolidação da noção de cidadania, é inexorável concluir que, em uma nação onde esses direitos foram mais concedidos do que conquistados, uma tradição de vida civil ativa não seria predominante.

Destarte, por mais que a Constituição Federal de 1988 tenha finalmente constituído um Estado Democrático de Direito e consolidado a cidadania, colocando-a, inclusive, como um dos fundamentos da República Federativa do

Brasil (art. 1º, inc. II, CF), pode-se dizer que “o fato de a participação da sociedade civil em seu aspecto político estar hoje garantida em lei não foi capaz de modificar seu caráter precário, de forma que a representação partidária perde espaço para uma cultura estatista e autoritária”.⁽¹⁰⁾

Nesse sentido, José Murilo Carvalho fala em uma cultura de “estadania” na vivência cívica brasileira, de modo que, ao invés da cidadania simplesmente realizar-se por meio da participação efetiva dos cidadãos — como defendido pelo próprio Marshall, que diz que “a cidadania exige [...] um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum”⁽¹¹⁾ —, percebe-se um posicionamento mais impassível por parte da população, que está sempre no aguardo de uma espécie de “implementação da cidadania” por parte do governo.

Desta forma, o protagonismo na estruturação sociopolítica do país acaba sendo atribuído quase que exclusivamente ao Estado, deixando aos cidadãos — os próprios titulares da cidadania e primeiros afetados pela forma como o Estado irá manejar suas ações — um papel secundário. Fica evidente, portanto, que a inversão da ordem lógica de evolução da cidadania proposta por Marshall, na realidade brasileira, levou a uma frágil cultura cívica, por meio da qual o cidadão deixa de reconhecer plenamente seu potencial da transformação social, permitindo que o Estado sempre assumira uma postura central na relação entre poder público e sociedade.⁽¹²⁾

Ainda segundo Carvalho,⁽¹³⁾ a ausência de ampla organização autônoma da sociedade também faz com que os interesses corporativos

(8) MASTRODI, Josué; AVELAR, Ana Emília Cunha. O conceito de cidadania a partir da obra de TH Marshall: conquista e concessão. *Cadernos de Direito*, v. 17, n. 33, 2017, p. 22.

(9) CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 126.

(10) MASTRODI; AVELAR, *op. cit.*, p. 22.

(11) MARSHALL, *op. cit.*, p. 84.

(12) CARVALHO, *op. cit.*, p. 219.

(13) *Ibidem*, p. 223.

prevaleçam, o que é extremamente sintomático, considerando que a cidadania, por si só, já foi uma noção desenvolvida junto com o capitalismo.

Isso porque foi com a evolução da concepção de cidadania, especialmente no tocante aos direitos civis, que o próprio capitalismo pôde também progredir. Como esclarecido por Marshall,⁽¹⁴⁾ “os direitos civis eram, em sua origem, acentuadamente individuais, e esta é a razão pela qual se harmonizaram com o período individualista do capitalismo”. Assim, o gozo do direito de livre contrato e de trabalhar, por exemplo, foram duas implicações da expansão da cidadania que, ao mesmo tempo, também se mostraram essenciais para o desenvolvimento do modo de produção capitalista na época.

De modo geral:

[...] a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram capazes de gozar. Mas esses direitos não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista; eram, ao contrário, necessário para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação reside no fato de que o núcleo da cidadania, nesta se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo.⁽¹⁵⁾

O mesmo servia para os direitos políticos, uma vez que foi “[...] próprio da sociedade capitalista do século XIX tratar os direitos políticos como um produto secundário dos direitos civis”.⁽¹⁶⁾ Foi apenas com o desenvolvimento dos direitos sociais que se iniciou alguma tentativa de modificação do padrão total da desigualdade social, uma vez que os demais direitos serviram convenientemente ao capitalismo.

(14) MARSHALL, *op. cit.*, p. 85.

(15) MARSHALL, *op. cit.*, p. 79.

(16) *Ibidem*, p. 70.

O fato de a cidadania ter se desenvolvido desta forma, porém, levou inevitavelmente a uma atuação estatal pautada primordialmente por uma racionalidade econômica, individualista. Ressalta-se, de logo, que aqui se utiliza o conceito de racionalidade de Weber,⁽¹⁷⁾ para quem “a ideia de racionalidade supera a mera compreensão das coisas alcançando uma revolução sobre a própria compreensão do mundo”.

Essa incorporação do critério racional de eficiência econômica acaba por orientar a atuação estatal em um sentido que frequentemente prioriza a ordem capitalista, o lucro e a acumulação de riqueza, em detrimento dos princípios constitucionais que, como se sabe, não são mais vistos como meros instrumentos subsidiários de interpretação e integração do direito, mas sim como normas jurídicas dotadas de força normativa, que efetivamente ordenam a realização de algo.

Percebe-se, enfim, que “a ampliação e reforço de uma racionalidade econômica que tem se colocado cada dia mais fortemente nas estruturas sociais brasileiras tem limitado a realização dos direitos fundamentais, em especiais dos direitos sociais”.⁽¹⁸⁾ Fica claro, portanto, que um governo que planeja, norteia e executa suas políticas socioeconômicas guiado por uma racionalidade como essa acaba por esvaziar o próprio conceito de cidadania, cujo conteúdo, tão essencial para a preservação da dignidade da pessoa humana, reduz-se a mera previsão constitucional, formalmente prevista, mas sem efetividade, proteção ou garantia de seus direitos.

Uma amostra disso é o que vem ocorrendo com os direitos fundamentais trabalhistas, que fazem parte do núcleo essencial da cidadania social. Apesar de amplamente previstos na Constituição Federal de 1988, o fortalecimento

(17) ARAÚJO, Jailton Macena de. Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 52, 2018, p. 135

(18) *Ibidem*, p. 136.

da ideologia ultraliberal que assola os poderes públicos brasileiros tem levado a uma nova era de precarização e redução de direitos, o que reflete gravemente a realidade de restrição da eficácia dos direitos do cidadão que vem ocorrendo no Brasil.

3. A nova era de precarização: “trípode destrutiva do capital” e desconstrução da cidadania

As últimas décadas do século XX foram marcadas por dois acontecimentos que viriam a alterar bruscamente o cenário mundial, e, mais especificamente, o mundo do trabalho: a implementação do modelo econômico neoliberal e o advento do capitalismo financeiro. Essa nova política econômica, combinada com um novo regime de acumulação do capital, vem expandindo os mecanismos de funcionamento da exploração capitalista, provocando profundas transformações (lamentavelmente negativas, em sua maioria) na vida social do trabalhador.

Nessa esteira, a noção de cidadania social que é atrelada aos direitos sociais do trabalho precisa ser constantemente redefinida e reforçada, o que requer muito da capacidade de resistência, organização e confronto da classe trabalhadora.

Como práticas típicas dessa nova fase capitalista, David Harvey reflete:

[...] flexibilidade dos processos de trabalho, dos produtos e padrões de consumo; surgimento de serviços financeiros e novos mercados; manutenção de taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional; rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas; valorização do trabalho no setor de serviços; e, finalmente, a inserção de conjunto e práticas industriais em áreas até então, pouco industrializadas que utilizam estratégias arrojadas de atração de capital, mão de obra barata, isenção de imposto

e baixo custo de instalação das empresas (Flandres, na Bélgica; Califórnia, nos EUA; Cingapura, em Cingapura; Seul, na Coreia do Sul, entre outros).⁽¹⁹⁾

Levando em consideração meios como esses, Ricardo Antunes⁽²⁰⁾ fala na constituição de uma “trípode destrutiva do capital”, formada pela terceirização, informalidade e flexibilização: elementos essenciais das corporações contemporâneas para que a força de trabalho acabe sujeita a procedimentos ainda mais intensos de exploração e precarização laboral.

Essa trípode tem sido o alicerce de inúmeros fenômenos que impactam negativamente o mundo do trabalho atual, tais como a “pejotização”⁽²¹⁾, a “uberização”⁽²²⁾, a disseminação de contratos intermitentes, etc. Apesar da clara afronta que tais fenômenos representam aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como a cidadania e o valor social do trabalho (art. 1º, inc. III, IV, CF), bem como aos direitos fundamentais dos trabalhadores, também garantidos constitucionalmente, estes tem sido amplamente inseridos na vivência laboral brasileira, por meio de uma atuação estatal claramente alinhada com a ideologia neoliberal.

Como evidencia Antunes:

[...] a combinação entre neoliberalismo, financeirização da economia e reestruturação produtiva acarretou também

(19) HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1992. p. 140-141.

(20) ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 37

(21) Prática por meio da qual o empregador, assumindo a constituição de uma Pessoa Jurídica (PJ), contrata funcionários (pessoas físicas) para prestação de serviços, camuflando uma relação de emprego que efetivamente existe e, desta forma, burlando a legislação trabalhista.

(22) Fenômeno que engloba, de modo amplo, os contratos de prestação de serviço sob demanda, apoiados em tecnologias móveis, que, com o propósito de incentivar a desburocratização para contratação, a flexibilização de jornada e horário e o auto empreendedorismo, retiram a responsabilidade das empresas corporativas para com seus prestadores de serviços.

profundas metamorfoses na classe trabalhadora e em sua morfologia. A flexibilização produtiva, as desregulações, as novas formas de gestão do capital, o aumento das terceirizações e da informalidade acabaram por desenhar uma nova fase do capitalismo no Brasil [...] As novas modalidades de exploração intensificada do trabalho, as distintas formas de flexibilização e informalização da força de trabalho (contratos empregatícios que ficam à margem da legislação social trabalhista), combinadas com um relativo avanço tecnológico, tornaram-se um traço distintivo do capitalismo brasileiro recente.⁽²³⁾

Um exemplo recente e de significativa proporção do “projeto” de precarização trabalhista foi a Lei n. 13.467/2017 (popularizada como Reforma Trabalhista). A promulgação da lei, que tinha o suposto objetivo de “adequar a legislação às novas relações de trabalho”, adveio, na verdade, de um clamor capitalista pela precarização das relações laborais, estabelecendo bases que se alinham perfeitamente com a dita “trípode destrutiva do capital”: estimula, indiretamente, a terceirização, a informalidade e a flexibilização, com o ponto-chave de, diante do contexto econômico liberal hodierno, reduzir as capacidades humanas de negociação e participação.

Lamentavelmente, os nefastos objetivos de desestruturação da classe trabalhadora vêm sendo atingidos. Em 2018, um ano após a Reforma entrar em vigência, uma pesquisa realizada pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) demonstrou que 59,5% dos dirigentes sindicais entrevistados avaliou que as negociações coletivas realizadas desde a vigência da nova lei trabalhista haviam piorado. Apenas 12,7% julgaram ter havido uma melhora nesse

questo.⁽²⁴⁾ Um dos principais motivos para esse impasse nos acordos coletivos é o fato de que os empregadores, aproveitando-se do enfraquecimento dos sindicatos, têm tentado retrain ou retirar direitos anteriormente previstos nos acordos e convenções.

De fato, o desmantelamento dos sindicatos — e, na verdade, da capacidade de organização dos trabalhadores de modo geral — também foi algo almejado pela Reforma, que retirou a obrigatoriedade de recolhimento da contribuição sindical por parte dos trabalhadores. Isso tem dificultado enormemente a manutenção de inúmeros sindicatos, que são levados, por exemplo, a fechar suas entidades sindicais e realizar cortes de pessoal, de modo que a estrutura e capacidade para organizar ações coletivas ficam extremamente lesadas.⁽²⁵⁾

Outra inovação da Lei n. 13.467/2017 foi a criação do contrato intermitente, modalidade contratual na qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo de acordo com a demanda do empregador, sendo que nos períodos de inatividade o empregado não recebe remuneração. Assim:

A Lei n. 13.467/2017 tenta criar conceito novo: a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição [...]. Lidos, apressadamente e em sua literalidade, os novos preceitos jurídicos parecem querer criar um contrato de trabalho sem salário. Ou melhor: o salário poderá existir, ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho, uma vez que ele terá o seu pagamento

(24) DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE); CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT). *Acompanhamento das negociações coletivas pós-Reforma Trabalhista: relatório dos impactos no primeiro semestre de 2018*. 2018. Disponível em: <<http://cedoc.cut.org.br/d/sistema/livros/6392/arquivo/acompanhamento-das-negociacoes-coletivas-pos-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: maio 2020.

(25) GALVÃO, Andréia et al. Reforma Trabalhista: precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo. *Caderno CRH*, v. 32, n. 86, p. 261, 2019.

(23) ANTUNES, *op. cit.*, p. 120-121.

devido na estrita medida desse trabalho ocasional.⁽²⁶⁾

Apesar disso, esse foi um dos principais estandartes da Reforma, com o governo chegando a divulgar a expectativa de criação de 2 milhões de empregos em 3 anos devido à nova modalidade contratual, como divulgado amplamente em canais de notícias à época. Entretanto, outro levantamento feito pelo DIEESE em 2018 mostrou que, naquele ano, 11% dos vínculos intermitentes não geraram atividade ou renda; além disso, 40% deles não registraram nenhuma atividade no mês de dezembro, e a remuneração dos que tiveram alguma atividade foi inferior a um salário mínimo em 43% dos contratos. Ao final de 2018, a remuneração mensal média dos vínculos intermitentes foi de R\$ 763,00 — enquanto o piso nacional, à época, estava em R\$ 954,00.⁽²⁷⁾

Percebe-se, portanto, que informalidade e flexibilização têm desempenhado um significativo papel na maculação da legislação social do trabalho, privando o trabalhador do mínimo para uma vida digna. O mais grave de tudo isso é que, apesar das evidentes violações constitucionais, essa desestruturação trabalhista tem sido feita institucionalmente, uma vez que, como esclarecido por Antunes:

O Estado passou a desempenhar cada vez mais um papel de “gestor dos negócios da burguesia financeira”, cujos governos, em sua imensa maioria, pautam-se pela desregulamentação dos mercados, principalmente o financeiro e o de trabalho. Trata-se de uma hegemonia da “lógica financeira” que, para além de sua dimensão econômica, atinge todos os âmbitos

da vida social, dando um novo conteúdo aos modos de trabalho e de vida, sustentados na volatilidade, na efemeridade e na descartabilidade sem limites.⁽²⁸⁾

Evidenciando o complemento à trípole destrutiva do capital, a expansão da terceirização também foi promovida pela Reforma, que, de modo a sanar as omissões da Lei n. 13.429/2017,⁽²⁹⁾ passou a prever expressamente a possibilidade de terceirização de atividades-fim das empresas. Tal previsão foi amplamente criticada por acadêmicos, advogados, setores sindicalistas e defensores dos direitos fundamentais trabalhistas de modo geral, porém, ainda assim, foi confirmada como lícita pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n. 324 e o Recurso Extraordinário (de repercussão geral) n. 958.252.

Foge à lógica racional proposta pelo texto constitucional que a maior instância do poder judiciário brasileiro — o STF, a guardiã da Constituição — tenha adotado tal posicionamento, uma vez que de acordo com pesquisas realizadas nos últimos vinte anos em território brasileiro, é patente a “indissociabilidade entre terceirização e precarização do trabalho”⁽³⁰⁾, com indicadores mostrando que “os terceirizados recebem menos, trabalham mais, têm menos direitos e benefícios, são mais instáveis, estão crescendo mais do que os demais trabalhadores e são aqueles que com maior frequência sucumbem a acidentes fatais”.⁽³¹⁾

Resta evidente, portanto, que o Estado, em todas as suas esferas — executiva, legislativa e judiciária — encontra-se predominantemente alinhado com uma ideologia ultraliberal e tem suas ações orientadas por uma racionalidade

(26) DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 154-155.

(27) DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). *Boletim Emprego em Pauta: contratos intermitentes na gaveta*, n. 14, 2020. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2020/boletimEmpregoEmPauta14.html>>. Acesso em: maio 2020.

(28) ANTUNES, *op. cit.*, p. 153.

(29) A lei, de acordo com sua ementa: “Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros”.

(30) ANTUNES, *op. cit.*, p. 156.

(31) *Ibidem*, p. 163.

econômica e individualista, que prioriza o elemento econômico do trabalho em detrimento da cidadania social.

Acrescenta-se, ainda, que diante da devastação humana e econômica sem precedentes desencadeada pelo novo coronavírus Sars-CoV-2, é patente que, por mais devastadores que estejam sendo os efeitos da pandemia da Covid-19, alguns grupos sociais encontram-se em circunstâncias significativamente piores que a maioria, não podendo sequer, por exemplo, submeterem-se às medidas preventivas de quarentena (que já se provou ser a mais eficaz contra a disseminação do vírus), por não terem como auferir renda se não estiverem trabalhando diariamente, em exposição também diária à doença.

É o caso dos trabalhadores informais, precários, autônomos, de rua... aqueles que não possuem sequer um vínculo formal de emprego, tampouco um amparo efetivo por parte do Estado para minimizar a situação de vulnerabilidade na qual normalmente já se encontram — e que é levada ao extremo pela disseminação mundial de uma doença como a Covid-19.

Sendo assim, a pandemia da Covid-19 também evidencia a absoluta incapacidade de o Estado neoliberal amparar seus cidadãos, dada sua atuação pautada primordialmente por uma racionalidade econômica, individualista. Essa incorporação do critério racional de eficiência econômica acaba por orientar a atuação estatal em um sentido que frequentemente prioriza a ordem capitalista, o lucro e a acumulação de riqueza, em detrimento da realização dos direitos fundamentais, em especiais dos direitos sociais.

4. Considerações finais

Fica claro, portanto, que o processo de precarização da classe trabalhadora — mediante o fomento à informalização, flexibilização e terceirização das relações de trabalho — possui profunda conexão com o sistema capitalista

e, mais especificamente, com a ideologia ultraliberal, de sorte que o constante aprofundamento desses mecanismos da “trípode destrutiva” exerce um importante papel para a acumulação do capital, uma vez que tem como consequência a minoração dos direitos dos trabalhadores.

É preciso, então, que, em contrapartida a essas relações de trabalho permeadas por contradições presentes na valorização do capital, sejam pensadas alternativas para uma proteção social mais efetiva e baseada em valores democráticos e humanistas, de modo a fornecer perspectivas de vida e trabalho mais dignas e justas a essas pessoas.

A cidadania social não é mera fórmula ideal, vazia de conteúdo, de como deve ser o modo de vida dos cidadãos que protege. Destarte, é preciso que, de modo a garantir eficácia à cidadania, as políticas estatais guiem-se por uma racionalidade que encare o cidadão como sujeito de direito, como sujeito social e, acima de tudo, como ser humano dotado de dignidade, e não como rele objeto do mercado, útil tão-só pelo fato de poder ter sua força de trabalho explorada e, conseqüentemente, gerar lucros para o mercado e fomento ao modo de produção capitalista.

Trata-se de uma racionalidade que procura conferir materialidade constitucional aos preceitos normativos já dispostos, uma vez que o próprio “[...] Estado Democrático de Direito delineado na Constituição Federal de 1988 é o ponto convergente dos valores sociais em torno da solidariedade”.⁽³²⁾ Significa dar realidade — e não deixar como mera previsão formal, carente de efetividade — aos objetivos e valores definidos pela Lei Maior, notadamente, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), a ordem social como base no primado do trabalho, e

(32) ARAÚJO, *op. cit.*, p. 146.

com o objetivo de bem-estar e justiça sociais (art. 193), entre outros.

Na verdade, o que se depreende é a conclamação à superação das facetas de exploração e precarização do trabalho e da humanidade. É preciso reconhecer que a garantia de dignidade pelo trabalho, como parte de um processo humanitário e solidário, é o único elemento capaz de gerar a superação das crises que se instalaram no globo, revitalizando o ideal solidário e protetivo, atrelado especialmente aos direitos humanos.

5. Referências

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARAÚJO, Jailton Macena de. Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 52, 2018, p. 134-158.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: maio 2020.

_____. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: maio 2020.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COSTA; Maria Amélia da. O conceito de cidadania de Marshall, o Estado de Bem-Estar Social e direitos

fundamentais. *Direitos e garantias fundamentais III: CONPEDI*, Brasília, 2017, p. 107-126.

DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE); CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT). *Acompanhamento das negociações coletivas pós-Reforma Trabalhista*: relatório dos impactos no primeiro semestre de 2018. 2018. Disponível em: <<http://cedoc.cut.org.br/d/sistema/livros/6392/arquivo/acompanhamento-das-negociacoes-coletivas-pos-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: maio 2020.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). *Boletim Emprego em Pauta*: contratos intermitentes na gaveta, n. 14, 2020. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/boletimemprego-empauta/2020/boletimEmpregoEmPauta14.html>>. Acesso em: maio 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito e cidadania na Constituição federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47/48, 1997, p. 11-27.

GALVÃO, Andréia *et al.* Reforma Trabalhista: precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo. *Caderno CRH*, v. 32, n. 86, 2019, p. 253-270.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1992.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MASTRODI, Josué; AVELAR, Ana Emília Cunha. O conceito de cidadania a partir da obra de TH Marshall: conquista e concessão. *Cadernos de Direito*, v. 17, n. 33, 2017, p. 3-27.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, 2001.

A (Des)Legitimação do Consentimento Livre na Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral Frente ao Princípio da Proteção ao Trabalhador

Aluisio Ribeiro Ferreira Filho^(*) e Victor Hugo de Almeida^(**)

Resumo:

- O Direito do Trabalho ostenta, como um de seus princípios fulcrais, a proteção ao trabalhador, de modo a nortear a confecção, alteração, interpretação e aplicação das leis. Por outro lado, a proteção de dados pessoais possui princípios próprios, destacando-se, na Lei Geral de Proteção de Dados, o consentimento, como uma das justificativas legais para o legítimo tratamento de dados. Todavia, no contexto laboral, o Princípio da Proteção ao Trabalhador impõe dúvidas a respeito da legitimação do consentimento para o tratamento de dados dos trabalhadores, em especial, à sua adjetivação “livre”, sobretudo diante da subordinação, característica marcante dessa relação jurídica. Assim, o presente artigo examina os impactos do Princípio da Proteção ao Trabalhador sobre o consentimento livre, como justificativa legal disposta na LGPD para o tratamento de dados, visando analisar se tal consentimento, manifestado em um relação jurídica subordinada (relação de emprego), pode (des)legitimar o tratamento de dados. Para tal desiderato, adota-se, como método de procedimento, a técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados; e, como método de abordagem, o dedutivo.

Palavras-chave:

- Consentimento — Direito do Trabalho — Legitimidade — Lei Geral de Proteção de Dados — Princípio da proteção ao trabalhador.

(*) Graduando em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca – SP (FCHS/UNESP). Membro pesquisador do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re) pensando o Trabalho” (RETRAB), da FCHS/UNESP. Pesquisador em Iniciação Científica com bolsa PIBIC/UNESP.

(**) Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco (FDUSP). Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto

da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Docente de Direito do Trabalho (Graduação e Pós-Graduação), Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Vice-Chefe do Departamento de Direito Privado, de Processo Civil e do Trabalho da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS/UNESP). Líder e pesquisador do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re) pensando o Trabalho” (RETRAB), da FCHS/UNESP.

Abstract:

► Labor Law displays as one of its main principles the protection of employees, in order to guide the write, changes, interpretation and application of laws. On the other hand, the protection of personal data has its own principles, highlighting, in the General Data Protection Law the consent as one of the legal justifications for the legitimate treatment of data. However, in the labor context, the protection principle imposes doubts regarding the legitimacy of consent, for the processing of employees' personal data, especially its "free" adjective, whereas they are subordinate to the employer, a hallmark of this legal relationship. Thus, the present article examines the impacts of the principle of protection on free consent, as a legal justification provided in the General Data Protection Law for data processing, aiming to analyze whether such consent, manifested in a subordinate legal relationship (employment relationship), can (de)legitimize the processing data. For this purpose, the bibliographic research technique in published materials is adopted as a method of procedure; and, as a method of approach, the deductive.

Keywords:

► Consent — Labor Law — Legitimacy — General Data Protection Law — Principle of employee protection.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus possíveis impactos no contexto laboral
 - 2.1. Contornos essenciais do Princípio da Proteção ao Trabalhador
- 3. Consentimento na proteção de dados pessoais
- 4. O consentimento na proteção de dados pessoais frente ao Princípio da Proteção ao Trabalhador: perspectivas da Lei Geral de Proteção de Dados e da *General Data Protection Regulation*
- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

Todas as searas específicas do Direito possuem princípios próprios que as caracterizam, sustentam e norteiam, posto que a autonomia de um campo jurídico é dependente de institutos, regramentos e princípios próprios. No Direito do Trabalho, dentre muitos outros primados, destaca-se o Princípio da Proteção ao Trabalhador, a constituir a essência e a razão de ser dessa seara jurídica, orientando (ou devendo orientar) o legislador na confecção e alteração das leis, bem como operadores do

Direito na interpretação e aplicação das normas juslaborais.

Em seu turno, o conteúdo afeito à proteção de dados pessoais, conquanto não constitua uma seara jurídica autônoma, ostenta princípios próprios, dentre os quais se podem citar a transparência, a finalidade, o tratamento mínimo necessário, além da prestação de contas, entre outros. Ademais, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) elenca dez bases legais para o legítimo tratamento de dados, destacando-se o consentimento, caracterizado, de modo singelo,

como a exteriorização de concordância do titular em relação à operacionalização de seus dados.

Todavia, o uso do consentimento como legitimador do tratamento de dados do trabalhador encontra alguns questionamentos. A doutrina e a LGPD destacam alguns requisitos para que o consentimento possa ser adotado, evidenciando-se, dentre eles, a liberdade ao consentir. Ocorre que, o contexto laboral e a relação jurídica de emprego, por si só, pressupõem uma relação de subordinação, por isso balizada pelo Princípio da Proteção ao Trabalhador, cuja qualidade impõe dúvidas acerca da plena liberdade do trabalhador quando da manifestação do consentimento ao fornecer seus dados.

Em torno dessa problemática, o objetivo do presente artigo é examinar os impactos do Princípio da Proteção ao Trabalhador sobre o consentimento livre, como justificativa legal disposta na LGPD para o tratamento de dados, visando analisar se tal consentimento, manifestado em um relação jurídica subordinada (relação de emprego), pode (des)legitimar o tratamento de dados. Para tal desiderato, adota-se, como método de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, como, por exemplo, doutrinas, artigos científicos, legislações nacionais e estrangeiras, em especial, da União Europeia, entre outros; e, como método de abordagem, o dedutivo, visando, a partir da análise das generalidades no tocante à proteção de dados e ao contexto laboral, extrair conclusões acerca da legitimação do consentimento do trabalhador quanto ao tratamento de seus dados, frente ao Princípio da Proteção ao Trabalhador.

Diante dessa proposta, o presente artigo examina, primeiramente, a Lei Geral de Proteção de Dados e seus possíveis impactos no contexto laboral, percorrendo, ainda, os contornos essenciais do Princípio da Proteção ao Trabalhador, primado norteador do Direito

do Trabalho. Por conseguinte, aborda o consentimento na proteção de dados pessoais, enfrentando seus contornos prescritos na doutrina e na Lei Geral de Proteção de Dados. E, por derradeiro, examina o consentimento na proteção de dados pessoais frente ao Princípio da Proteção ao Trabalhador, evocando as perspectivas da Lei Geral de Proteção de Dados e da *General Data Protection Regulation*.

2. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus possíveis impactos no contexto laboral

Sancionada em 14 de agosto de 2019 e com vigência iniciada em 18 de setembro de 2020,⁽¹⁾ a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, ampliou diversos direitos relacionados aos dados de pessoas naturais, espalhando-se para todas as searas do Direito, incluindo o Direito do Trabalho.

A relevância dessa regulamentação se justifica diante do avanço, em diversos ramos, impingido pelo século XXI, sobretudo o da Tecnologia da Informação, “[...] quando a máquina de escrever foi substituída pelos antigos PCs até chegarmos à era dos celulares e *tablets* que permeiam o dia a dia dos seres humanos nos quatro cantos do Mundo.”⁽²⁾ De acordo com Victor Hugo de Almeida, a Revolução das Tecnologias de Informação e Comunicação impulsionou algumas descobertas tecnológicas no início do século XX, responsáveis pela reestruturação produtiva, pela instituição de novas formas de trabalho e pela extinção de outras até então existentes, modificando o conteúdo organizacional do trabalho e criando novas

(1) Apenas as sanções previstas na LGPD passarão a vigor em 1º de agosto de 2021.

(2) RODRIGUES, Luciano Ehke; GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na Era Digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, Curitiba, ano X, n. 96, p. 16-30, 2021. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=97&edicao=11577>>. Acesso em: 27 abr. 2021, p. 17.

demandas e regras de produção, bem como novas formas de agir, de pensar e de viver.⁽³⁾

Por assim ser, para Manuel Castells, a penetrabilidade em todas as esferas da atividade humana é uma das características da tecnologia da informação. Isso porque, “Como a informação é uma parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora, com certeza, não determinados) pelo novo meio tecnológico”. Logo, nos novos tempos, a tecnologia não está para a sociedade, ela é a sociedade, porque ela não o é sem as suas ferramentas tecnológicas.⁽⁴⁾

Por isso, em uma sociedade deveras conectada, a exercer, cada vez mais, atividades de lazer e atos da vida civil pelas malhas digitais, impôs-se a necessidade de se regulamentar toda e qualquer operação de tratamento de dados,⁽⁵⁾ com vistas à efetivação dos fundamentos dessa legislação prescritos em seu art. 4º, incluindo o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais; entre outros.⁽⁶⁾

(3) ALMEIDA, Victor Hugo de. Os impactos das novas tecnologias de informação e comunicação no direito e no processo do trabalho. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 21, p. 779-808, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3792>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

(4) CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. p. 43.

(5) Nos termos do inciso X, do art. 5º, da LGPD, o tratamento de dados abarca coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração de dados.

(6) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

Por dado pessoal deve-se entender toda e qualquer informação relacionada a uma pessoa natural⁽⁷⁾ identificada ou identificável, nos termos do art. 5º, inciso I, da LGPD, como, por exemplo, nome, Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), Registro Geral (RG), Carteira Nacional de Habilitação (CNH), endereço, telefone, e-mail, Programa de Integração Social (PIS), passaporte, extrato de imposto de renda, geolocalização, perfil de consumo, Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), título de eleitor, certidão de casamento, certidão de nascimento, dados bancários, estado civil, profissão, protocolos de internet, registro de conexão, etc.

Ainda são protegidos pela LGPD (art. 5º, inciso II) os dados pessoais sensíveis, entendidos, em regra, como toda e qualquer informação com potencialidade discriminatória no tratamento de dados pessoais, como, por exemplo, origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico⁽⁸⁾ e filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político. No entender de Rafael Ricardo Bioni, dado sensível é “[...] uma espécie de dados pessoais que compreende uma tipologia diferente em razão de o seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade, discriminação”.⁽⁹⁾

Dentre os atos da vida civil suscetíveis à farta influência das malhas digitais encontra-se

(7) A LGPD não tutela os dados de pessoas jurídicas.

(8) Conquanto o dado biométrico possa parecer não se enquadrar como sensível para quem o entenda apenas como a coleta da impressão digital do trabalhador para a marcação de ponto, elucida-se, à guisa de exemplo, que a coleta de “emoções” e reações de pessoas a determinados estímulos, por meio de sensores posicionados em locais estratégicos, é um recurso biométrico para coleta de dados, passível de ser usado com intuito discriminatório.

IDEC. *Justiça impede uso de câmera que coleta dados faciais em metrô em SP*. São Paulo, 12 dez. 2018. Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/justica-impede-uso-de-camera-que-coleta-dados-faciais-do-metro-em-sp>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

(9) BIONI, *op. cit.*, p. 84.

o trabalho, essencial para o desenvolvimento humano e para a manutenção das necessidades primárias humanas, razão pela qual a LGPD também alcançou o universo laboral, impactando no modo como o empregador procederá com o tratamento de dados de seus empregados.

Os impactos dessa legislação no contexto laboral podem ser verificados em todas as fases contratuais, a saber: na **fase pré-contratual** (coleta de dados para identificação; dados constantes em currículos e/ou em banco de candidatos; referências prestadas por ex-empregador sobre candidato à vaga de emprego; dados coletados em dinâmicas e testes em processos seletivos; dados coletados por meio de exame ocupacional admissional; entre outros); na **fase contratual ou de execução do contrato de trabalho** (dados para o registro do empregado; dados bancários para o pagamento de salário; dados relacionados à saúde do trabalhador, por ele prestados, constantes em atestados ou em exames ocupacionais periódicos; filiação sindical; filmagens do ambiente interno de trabalho onde se encontra o trabalhador; entre outros); e na **fase pós-contratual** (informações sobre ex-empregados; documentos relacionados ao contrato de trabalho, mantidos pelo prazo de guarda obrigatório estipulado no ordenamento jurídico pátrio; dados coletados por meio de exame ocupacional e demissional; dados relacionados à comprovação de justa causa ou falta grave do empregado; entre outros).

Todavia, por se tratar a relação de emprego de uma típica relação jurídica subordinada, balizada por princípios e institutos específicos constituintes de uma seara autônoma, o Direito do Trabalho, a LGPD, isoladamente, não é o bastante para definir o *modus operandi* do tratamento de dados no contexto laboral, impondo-se a necessidade de se promover a integração (ou a harmonização) da LGPD com o Direito do Trabalho, sobretudo com o seu primado norteador, o Princípio da Proteção ao Trabalhador. Isso porque nenhuma

dessas competências jurídicas consegue, isoladamente, abarcar os desafios impostos pelo contexto laboral à proteção dos dados dos trabalhadores.

2.1. Contornos essenciais do Princípio da Proteção ao Trabalhador

Os princípios basilares do Direito são fundamentais para a construção de um ordenamento jurídico seguro, eficiente e justo. Cada seara do Direito ostenta princípios próprios, de maneira a proporcionar segurança jurídica específica para a base de aplicação de seus regramentos e institutos, sendo, ainda, um modo para orientar a confecção e alteração das leis, bem como nortear a sua aplicação e interpretação.

Em torno desses aspectos, surgem princípios que se destacam por uma aplicabilidade muito específica, a ponto de constituírem o cerne do instituto ou área jurídica. A conexão desses fundamentos com a área à qual pertencem é tamanha, que tais primados serão aplicados para toda e qualquer norma futura que contiver projeções naquela matéria, ainda que a gênese da nova regra seja oriunda de outro campo jurídico.

No Direito Penal, destaca-se a *ultima ratio*, conhecida como Princípio da Intervenção Mínima, cujo primado limita e guia o poder incriminador estatal, conforme explica Cezar Bitencourt.⁽¹⁰⁾ Na Teoria Geral dos Contratos, tem-se o *pacta sunt servanda* que, segundo Flávio Tartuce,⁽¹¹⁾ externa uma força obrigatória de lei para os signatários em relação ao contrato. Já a Administração Pública, de acordo com Di Pietro,⁽¹²⁾ é orientada pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre os Individuais.

(10) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

(11) TARTUCE, Flávio. *Manual do Direito Civil: volume único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

(12) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

O Direito do Trabalho, por seu turno, alberga, como essência, o Princípio da Proteção ao Trabalhador, visando à igualdade substancial entre as partes da relação jurídica de emprego, por meio de um tratamento prioritário ao trabalhador. Segundo Américo Plá Rodriguez, o fundamento deste preceito está na razão de ser do Direito do Trabalho, de sorte a igualar uma relação econômica desigual e desfavorável ao trabalhador por meio de uma proteção jurídica a ele favorável.⁽¹³⁾

Ainda, assevera Américo Plá Rodriguez⁽¹⁴⁾ a tripartição do Princípio da Proteção ao Trabalhador em três vertentes: *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável e condição mais benéfica.

No tocante à primeira dimensão, segundo Vólia Bonfim Cassar,⁽¹⁵⁾ o primado *in dubio pro misero*, ou *in dubio pro operario*, determina ao intérprete que, ao surgir dúvida razoável, que se escolha a interpretação mais benéfica ao trabalhador. Quanto ao primado da norma mais favorável, Maurício Godinho Delgado elucida sua aplicação em três fases: confecção da norma pelo Poder Legislativo, no conflito de hierarquia entre regras existentes e, por fim, na interpretação das normas jurídicas.⁽¹⁶⁾ Nesses três momentos, opta-se pela norma que mais aproveite ao trabalhador. Por fim, no pertine à condição (ou cláusula) mais benéfica, Carlos Henrique Bezerra Leite assevera a prevalência da vantagem já conquistada pelo trabalhador quando do surgimento de nova condição ou disposição sobre o assunto,⁽¹⁷⁾ ou seja, vantagens

já conquistadas não podem ser modificadas em prejuízo do trabalhador.

Ainda, no que se refere à aceção interpretativa da vertente da norma mais favorável, explica Maurício Godinho Delgado: “[...] como princípio de interpretação do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada”.⁽¹⁸⁾ Assim sendo, o intérprete não estará adstrito ao método de hermenêutica padrão, bastando a escolha do mais favorável.

3. O consentimento na proteção de dados pessoais

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também possui princípios próprios, principalmente no tocante ao tratamento — entendido como todo e qualquer manuseio de informações do indivíduo — de dados pessoais. Patricia Peck Pinheiro⁽¹⁹⁾ destaca a observância à boa-fé e também aos Princípios da Finalidade, do Tratamento Mínimo Necessário, da Garantia de Consulta Facilitada e Gratuita (livre acesso), da Transparência e da Prestação de Contas.

A LGPD enumerou as hipóteses sob as quais os dados poderão ser angariados e tratados, listadas em seu art. 7º, de modo a exprimir as bases legais, ou seja, as hipóteses autorizadoras a permitirem o tratamento de dados pessoais. Em outros termos, os dados pessoais só poderão ser coletados e tratados quando ocorrer uma das dez hipóteses previstas nos incisos do art. 7º da LGPD, destacando-se, para a presente abordagem, o consentimento, previsto no inciso I do aludido dispositivo legal.

De acordo com Patricia Peck Pinheiro, os princípios detêm suma importância e devem sempre ser respeitados, porém a linha mestra

(13) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

(14) *Idem*.

(15) CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*: de acordo com a reforma trabalhista. 16. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 184-187.

(16) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

(17) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

(18) DELGADO, *op. cit.*, p. 235-236.

(19) PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais*: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

para o manuseio dos dados seria por meio do consentimento do titular, ou seja, da pessoa a quem os dados se referem.⁽²⁰⁾ O consentimento é conceituado no art. 5º, inciso XII, da LGPD como uma “[...] manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.⁽²¹⁾

Assim, o consentimento é uma das dez bases legais previstas da LGPD, e não a única, devendo ser uma manifestação livre, informada e inequívoca da vontade. Portanto, não pode ser tácito, deve ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (art. 8º da LGPD); referir-se a finalidades determinadas, consoante ao Princípio da Finalidade⁽²²⁾ disposto na lei, sendo nulas as autorizações genéricas (art. 8º, § 4º, da LGPD); e pode ser revogado, a qualquer momento, de modo gratuito e facilitado, mediante solicitação expressa do titular dos dados (art. 8º, § 5º, da LGPD).

Para Ana Sandem, o consentimento é o conceito central da proteção de dados pessoais.⁽²³⁾ Por isso, Gustavo Tepedino e Chiara Teffé defendem que a precaução e a qualificação disponibilizadas ao consentimento pela LGPD demonstram o capricho do legislador para incentivar uma participação ativa do titular no fluxo de seus dados pessoais, conferindo o livre desenvolvimento de sua personalidade e assegurando o exercício de sua liberdade

existencial, mas, também, exigindo cautela do agente quanto ao tratamento dos dados.⁽²⁴⁾

Bruno Ricardo Bioni explica o consentimento por meio de suas “adjetivações”, elencadas entre os arts. 5º e 9º, seus incisos e seu § 3º, quais sejam: informado, livre, inequívoco e finalidade determinada, e específico ou expresso. O termo “informado” é expresso pela transparência em noticiar as informações relativas aos dados e seu processamento, de modo ostensivo e qualitativo, ao titular. Por sua vez, “livre” é entendido pela liberdade da escolha do titular, sem sofrer pressões, coações ou qualquer forma de subordinação, sendo apenas fruto de seu livre-arbítrio. E “inequívoco e finalidade expressa” advém do fato de que, mesmo sob determinada justificativa legal, os dados apenas serão coletados se tiverem destinação previamente traçada (finalidade), de modo a angariar um consentimento inequívoco, claro, sem manipulação ou ambiguidade. Por fim, a terminologia “específico” denota o termo legislativo, que, para Bruno Ricardo Bioni, demonstraria melhor embasamento técnico por meio do verbete “expresso”, de maneira a exteriorizar uma autorização específica para cada situação singular, proporcionando a carga máxima de participação do titular na proteção de seus dados pessoais.⁽²⁵⁾

Em torno do quanto apresentado, sintetiza-se que a operacionalização dos dados possui princípios próprios e deve ser feita por meio da escolha de uma base legal. Dentre as justificativas legais possíveis elencadas pela LGPD, destaca-se o consentimento, por conferir uma maior participação do titular dos dados, consolidando, desse modo, sua liberdade existencial.

(20) *Idem*.

(21) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

(22) Segundo esse princípio, o tratamento de dados deve ter propósitos legítimos, específicos e informados ao titular, não podendo ser adotado para uma finalidade diversa da qual foram coletados.

(23) SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. *A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado*. São Paulo: LTr, 2014.

(24) TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara A. Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020, p. 115-116. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/521>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

(25) BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Todavia, cautelas devem ser adotadas no que se refere aos limites impostos ao consentimento, de modo a respeitar cada uma de suas adjetivações, quais sejam, informado, livre, inequívoco e com finalidade determinada, além de específico ou expresso.

4. O consentimento na proteção de dados pessoais frente ao Princípio da Proteção ao Trabalhador: perspectivas da Lei Geral de Proteção de Dados e da *General Data Protection Regulation*

Como salientado, no caso da escolha do consentimento como embasamento legal para o tratamento de dados, não basta a colheita dessa manifestação, devendo, ainda, o processador dos dados atentar-se para as adjetivações legais. Laura Schertel Mendes,⁽²⁶⁾ por meio de exame de decisão do Tribunal Constitucional Alemão, demonstra que, para assegurar os direitos à personalidade do titular e da autodeterminação informativa, é preciso haver proteções específicas para os casos de consentimento aparente ou ficto, oriundos de uma relação de poder.

Convém rememorar que, especialmente no contexto laboral, o Princípio da Proteção ao Trabalhador, mais especificamente seu subprincípio *in dubio pro misero* (ou *in dubio pro operário*), impõe ao intérprete do Direito que, quando do surgimento de dúvida razoável, atenda à interpretação que beneficiar o trabalhador.

Todavia, a adoção da manifestação do consentimento do trabalhador pode implicar em dúvida razoável quanto à sua legitimidade. Isso se deve ao fato de se tratar de uma típica relação subordinada, ou seja, de uma relação de poder. Vólia Bomfim Cassar recorda que

(26) MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 25, p. 1-18, 2020, p. 15. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

a subordinação ou dependência hierárquica, além de constituir um requisito obrigatório da relação de emprego, manifesta-se pelo simples dever de obediência em face do poder de comando do empregador.⁽²⁷⁾ Se existe subordinação, poderá o consentimento não ser livre, consoante aos preceitos da LGPD. Acerca disso, Bruno Ricardo Bioni esclarece que o quesito central para um consentimento livre seria a análise de alguma assimetria de poder – também denominada como subordinação – que possa minar a voluntariedade do consentimento, impondo-se a necessidade de uma averiguação casuística.⁽²⁸⁾

André Pestana Nascimento⁽²⁹⁾ também assevera as problemáticas acerca da adjetivação “livre”, vez que considera ser da natureza da relação de emprego a limitação de ação do trabalhador, que estaria em posição – no mínimo – desconfortável para negar o consentimento ao empregador, de modo que seus direitos à personalidade seriam suprimidos. Assim, sob o âmbito do Princípio da Legitimidade do Tratamento de Dados Pessoais, a eficácia do consentimento na seara trabalhista seria duvidosa.

Ana Sanden também enuncia haver motivos para duvidar do consentimento como fundamento de licitude para o tratamento de dados. A justificativa reside na posição incômoda do empregado, que não se encontra livre para manifestar aceitação, recusa ou modificação do consentimento, por temer alguma represália. Além disso, pode ser enganosa a tentativa de legitimação do consentimento quando há outras bases legais por meio das quais seria possível supri-lo.⁽³⁰⁾

(27) CASSAR, *op. cit.*, p. 254-255.

(28) BIONI, *op. cit.*, p. 221.

(29) NASCIMENTO, André Pestana. O impacto das novas tecnologias no direito do trabalho e a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador. *Uriá Menéndez*, Lisboa, 2006. Disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948_pt>. Acesso em: 25 abr. 2021.

(30) SANDEN, *op. cit.*, p. 62-63.

No tocante à legislação e à doutrina europeias, cita-se o Grupo de Trabalho do Artigo 29⁽³¹⁾ (GT 29), caracterizado como um grupo independente e consultivo, voltado a questões relacionadas à privacidade e proteção de dados pessoais. O GT 29, em setembro de 2011, emitiu a Opinião n. 15,⁽³²⁾ que tece considerações sobre o consentimento, incluindo no sentido de que, em decorrência da subordinação, a adoção da manifestação do consentimento no contexto laboral exigiria uma avaliação casuística e mais cuidadosa.

Ainda, em 2018, o GT 29 emitiu as diretrizes sobre consentimento nos termos do Regulamento 2016/679⁽³³⁾ (*General Data Protection Regulation* — GDPR), cujo regramento, a regulamentar a proteção de dados pessoais no continente europeu, inspirou a LGPD, tendo sido aprovado em 2016, com vigência a partir de 2018.

Essas diretrizes explicam que, conforme diversas opiniões já externadas pelo GT 29, o consentimento apenas será válido se, ao titular, for possível fazer uma escolha verdadeira, sem qualquer risco de decepção, coerção, intimidação ou quaisquer consequências negativas. Acrescenta, ainda, que o consentimento não será “livre” (não sendo, por isso, legítimo) nos casos em que houver algum elemento de pressão, compulsão ou inabilidade de o titular dos dados exercer sua liberdade.

Lee A. Bygrave e Luca Tosoni explicam que as diretrizes referem-se ao gênero de relações em que há claro desequilíbrio entre o titular

e o operador dos dados, as quais, geralmente, são marcadas por uma assimetria,⁽³⁴⁾ tal como ocorre na relação entre empregado e empregador, constituindo-se, portanto, essa relação como uma das espécies do gênero retratado pelos autores. Lee A. Bygrave e Luca Tosoni ainda esclarecem, com fulcro no artigo 7(4) da GDPR, que essa espécie de situação demanda uma inspeção mais detalhada e cuidadosa e, embasando-se no Recital 43⁽³⁵⁾ da GDPR,⁽³⁶⁾ que, nos casos de desequilíbrio de forças nas relações, como na empregatícia, haverá presunção de que o consentimento não fora dado de modo livre, deslegitimando-o. Em outras palavras, significa, basicamente, haver uma aplicação translúcida do Princípio da Proteção ao Trabalhador para a adoção do consentimento como base legal da proteção de dados pessoais no contexto do trabalho.

Assim sendo, o Princípio da Proteção ao Trabalhador e a subordinação, como característica basilar da relação de emprego, impõem dificuldades à adoção da manifestação do consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais do trabalhador, principalmente no tocante às dúvidas a respeito de sua legitimidade. Por isso, indica-se que, havendo a possibilidade de opção por mais de uma base legal dentre as arroladas no art. 7º da LGPD, não se adote o consentimento (art. 7º, inciso I, da LGPD) para o tratamento de dados no contexto laboral, salvo em situações específicas ou excepcionais.

Isso porque, de acordo com o art. 8º, §§ 2º e 3º, da LGPD, cabe ao empregador — o controlador

(31) COMITÉ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. *Grupo de Trabalho do Artigo 29*. 1996. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/article-29-working-party_pt>. Acesso em: 25 abr. 2021.

(32) UNIÃO EUROPEIA. Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento. Grupo de Trabalho do Artigo 29, Bélgica, 2011. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_pt.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

(33) EUROPEAN COMMISSION. Guidelines on Consent under Regulation 2016/679. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030>. Acesso em: 25 abr. 2021.

(34) BYGRAVE, Lee A.; TOSONI, Luca. Article 4(11). Consent. In: KUNER, Christopher; BYGRAVE, Lee A.; DUCKSEY, Christopher (Coords). *The UE General Data Protection Regulation: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 174-187.

(35) “Recitals” são, juntamente com os artigos, componentes da GDPR, de modo que explicam e complementam as informações contidas nos artigos.

(36) EUROPEAN COMMISSION. General Data Protection Regulation (GDPR) – Official Legal Text. *Recital 43*: Freely Given Consent. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/recitals/no-43/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

— o ônus da prova de que o consentimento fora obtido em conformidade com a LGPD, sendo vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento (por erro, dolo ou coação).

A coação, entendida como a “[...] pressão armada para extorquir um ato”⁽³⁷⁾ de acordo com Júlio Bernardo do Carmo, é o vício mais comum na celebração do contrato de trabalho; não a física, por ser rara, nem a econômica, por ser extrajurídica, mas sim a moral ou psíquica, denominada *vis compulsiva*. Assim, “Quando se estuda a coação no Direito do Trabalho, o aspecto mais relevante consiste em saber até que ponto a subordinação em que se acha o empregado no curso da relação de emprego, pode confundir-se com a coação econômica”, não sendo o fato de se trabalhar subordinadamente o bastante para caracterizar a coação.⁽³⁸⁾

Todavia, tal como ocorreu antes da vigência da Constituição Federal de 1988, quando era possível a opção pelo empregado pelo regime jurídico do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e diversas ações foram ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, alegando coação do empregador para que o trabalhador optasse por tal regime e não pela estabilidade decenal⁽³⁹⁾, não se duvida que uma caudalosa quantidade de ações possa ser ajuizada por trabalhadores, alegando vício de consentimento relacionado ao tratamento de seus dados pelo empregador.

Por fim, salienta-se, ainda, que a escolha da justificativa legal para legitimar o tratamento de dados não basta, de modo que também deverá o operador dos dados averiguar o cumprimento dos demais princípios e dispositivos da LGPD, como, por exemplo, a finalidade, a

transparência, o livre acesso e a prestação de contas.

Colher o consentimento do trabalhador de modo indiscriminado e demasiado traria malefícios para ambos os polos da relação de emprego. O trabalhador, possivelmente, não teria efetivados e protegidos de forma plena seus direitos à proteção de dados e à sua autodeterminação informativa, conforme prescrevem os arts. 1º e 2º, inciso II, da LGPD. Por seu turno, o empregador não teria segurança jurídica no que se refere ao tratamento de dados de seus empregados, tendo em vista que o Direito do Trabalho opera norteado pelo Princípio da Proteção ao Trabalhador, cujo primado, por meio de seu subprincípio *in dubio pro misero* ou *in dubio operário*, orienta para a prevalência da interpretação que mais beneficiar o trabalhador quando surgir dúvida razoável, como no caso da legitimidade do consentimento do trabalhador.

5. Considerações finais

A observância dos princípios para o embaçamento da construção do Direito é essencial para a criação de um ordenamento jurídico adequado, efetivo, seguro e justo. No tocante ao Direito do Trabalho, destaca-se o Princípio da Proteção ao Trabalhador, cujo primado expressa a razão de ser dessa seara jurídica, a se tripartir nos seguintes subprincípios: *in dubio pro operário* (ou *in dubio pro misero*), aplicação da norma mais favorável, condição mais benéfica. Destaca-se o primeiro deles para a presente abordagem, porque tal primado impõe ao intérprete do Direito que, quando do surgimento de dúvida razoável, atenda à interpretação que mais beneficiar o trabalhador.

A LGPD, a orientar a proteção de dados pessoais no Brasil, também enumera seus princípios, destacando-se a transparência, o livre acesso, a finalidade, o tratamento mínimo, entre outros. Ademais, tal legislação ainda elenca o consentimento como a linha mestra para o vasto horizonte do tratamento de dados,

(37) NONATO, Orozimbo. *Da coação como defeito de ato jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 107.

(38) CARMO, Júlio Bernardo do. A formação do contrato de trabalho e os vícios do consentimento. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3a Reg.*, Belo Horizonte, v. 30, n. 60, p. 39-58, jul./dez. 1999. Disponível em: <<https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27135>>. Acesso em: 29 abr. 2021, p. 50.

(39) *Idem*.

cuja manifestação é fornecida pelo titular de modo expresso, informado, livre, inequívoco e com finalidade determinada. Trata-se, portanto, da principal base legal para o tratamento de dados, por conferir participação ativa do titular na decisão relativa a esse propósito, conferindo, assim, autonomia e garantindo o desenvolvimento de sua personalidade e liberdade existencial.

A adjetivação “livre”, presente no consentimento, pressupõe que o titular dos dados manifestou-se de modo soberano, isento de qualquer pressão ou subordinação, sendo fruto apenas do seu livre-arbítrio. Todavia, a relação de emprego é constituída por meio de requisitos específicos, dentre os quais se encontra a subordinação. A assimetria de poderes, característica da relação de emprego, impõe dúvidas para que o consentimento seja adjetivado como “livre”, podendo, portanto, deslegitimá-lo.

Essa tese é corroborada pela doutrina, mas também pela legislação e doutrina estrangeiras, especificamente em relação à proteção de dados na Europa, onde atualmente vige a *General Data Protection Regulation* (GDPR). Entende-se que o desequilíbrio de poder entre empregador e empregado pode tornar questionável o consentimento “livre”, razão pela qual seriam necessárias substanciais precauções para a sua adoção.

A doutrina europeia ainda defende, com fulcro no *Recital* 43 da GDPR, que, nos casos de desequilíbrio de forças nas relações, como na empregatícia, haverá presunção de que o consentimento não fora dado de modo livre, deslegitimando-o. Em outras palavras, significa basicamente haver uma aplicação translúcida do Princípio da Proteção ao Trabalhador para a adoção do consentimento, como base legal da proteção de dados pessoais no contexto do trabalho.

Portanto, por força do Princípio da Proteção ao Trabalhador e diante do risco de deslegitimação da base legal de tratamento de dados,

o consentimento manifestado no contexto laboral requer cuidados adicionais. Por isso, aconselha-se que, havendo a possibilidade de opção por mais de uma base legal dentre as arroladas no art. 7º da LGPD, não se adote o consentimento (art. 7º, inciso I, da LGPD) para o tratamento de dados do trabalhador, salvo em situações específicas ou excepcionais. Ademais, rememora-se que, independentemente do fundamento legal adotado, o tratamento dos dados deverá também se submeter a todos os princípios e dispositivos enunciados na LGPD.

6. Referências

ALMEIDA, Victor Hugo de. Os impactos das novas tecnologias de informação e comunicação no direito e no processo do trabalho. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 21, p. 779-808, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3792>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BYGRAVE, Lee A.; TOSONI, Luca. Article 4(11). Consent. In: KUNER, Christopher; BYGRAVE, Lee A.; DUCKSEY, Christopher (Coordss). *The UE General Data Protection Regulation: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 174-187.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista*. 16. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 184-187.

CARMO, Júlio Bernardo do. A formação do contrato de trabalho e os vícios do consentimento. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 30, n. 60, p. 39-58, jul./dez. 1999. Disponível em: <<https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27135>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. p. 43.

COMITÊ EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. *Grupo de Trabalho do Artigo 29*. [S.l.], 1996. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/article-29-working-party_pt>. Acesso em: 25 abr. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

EUROPEAN COMMISSION. General Data Protection Regulation (GDPR). Official Legal Text. Recital 43: Freely Given Consent. *Intersoft Consulting*, [S.l.], 2016. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/recitals/no-43/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Guidelines on Consent under Regulation 2016/679. Article 29 Data Protection Working Party. Bélgica, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030>. Acesso em: 25 abr. 2021.

IDEC. *Justiça impede uso de câmera que coleta dados faciais em metrô em SP*. São Paulo, 12 dez. 2018. Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/justica-impede-uso-de-camera-que-coleta-dados-faciais-do-metro-em-sp>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 25, p. 1-18, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

NASCIMENTO, André Pestana. O impacto das novas tecnologias no direito do trabalho e a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador. *Uriá Menéndez*, Lisboa, 2006. Disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948_pt>. Acesso em: 25 abr. 2021.

NONATO, Orozimbo. *Da coação como defeito de ato jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais*: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, Luciano Ehlke; GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na Era Digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, Curitiba, ano X, n. 96, p. 16-30, 2021. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=97&edicao=11577>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. *A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro*: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado. São Paulo: LTr, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual do Direito Civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara A. Spadacini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. *Revista Brasileira de Direito Civil — RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/521>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento. Grupo de Trabalho do Artigo 29, Bélgica, 2011. p. 38-39. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_pt.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

O Enquadramento Jurídico do Empregado como Operador de Dados no Contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Ana Sylvia da Fonseca Pinto Coelho^(*) e José Luiz de Moura Faleiros Júnior^(**)

Resumo:

► No estudo dos impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, tem surgido grande debate acerca da possibilidade de enquadramento jurídico do empregado no conceito de operador de dados descrito pela norma. Como tema-problema, registra-se que o ponto controvertido da discussão diz respeito à atribuição de responsabilidade civil solidária ao operador que atua em desconformidade com as ordens do controlador ou que deixa de observar as previsões da lei na realização de atividades de tratamento de dados. No presente trabalho, analisar-se-á a hipótese de existência de incompatibilidades insuperáveis entre a tal enquadramento e os princípios basilares da relação de emprego, gerando insegurança jurídica e potencial ilegalidade em razão da aparente antinomia. Uma comparação com a solução adotada na União Europeia para questionamento semelhante será apresentada, em linhas conclusivas, no afã de confirmar a hipótese, demonstrando que a antinomia é apenas aparente. Será utilizado o método dedutivo, baseado em pesquisa qualitativa com lastro bibliográfico.

Palavras-chave:

► Empregado — Operador de dados — Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Abstract:

► In the study of the impacts of the Brazilian General Law for the Protection of Personal Data, a great debate has arisen about the possibility of framing the employee in the legal concept

(*) Sócia do Fischgold Benevides Advogados. Advogada Trabalhista. Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — PUC-Minas. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Milton Campos-MG. Certificada em Privacidade e Proteção de Dados pelo Associação *Data Privacy* Brasil de Pesquisa. Professora de Direito do Trabalho e Proteção de dados com enfoque na área trabalhista em diversos cursos de pós-graduação e graduação.

(**) Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo — USP/Largo de São Francisco. Doutorando em Direito, na área de estudo 'Direito, Tecnologia e Inovação', pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia — UFU. Especialista em Direito Digital, com extensão universitária na Universidade de Chicago. Especialista em Direito Civil e Empresarial. Associado Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados — IAPD. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil — IBERC. Advogado. Professor.

of data processor, as described in the law. In the paper, the underlying problem that should be noted resides in the controversial point concerning the attribution of joint and possibly strict civil liability to the processor who does not comply with the orders of the controller or who fails to observe the provisions of the law in carrying out data processing duties. In the present work, the hypothesis is conceived in light of the insurmountable incompatibilities with the basic principles of the employment relationship, generating legal insecurity and potential illegality due to the apparent antinomy. A comparison with the solution adopted in the European Union for similar questions will be presented, in conclusive lines, in the eagerness to confirm the hypothesis, demonstrating that the antinomy is only apparent. The deductive method will be implemented, based on qualitative research with bibliographic support.

Keywords:

► Employee — Data processor — General Law for the Protection of Personal Data.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Uma figura peculiar da LGPD: o operador de dados
- 3. A relação de emprego e a (im)possibilidade de enquadramento do empregado no conceito de operador de dados
- 4. A responsabilização solidária prevista no art. 42, § 1º, I, da lei
- 5. A superação da aparente antinomia: reflexões ancoradas na experiência europeia
- 6. Considerações finais
- 7. Referências

1. Introdução

O conceito de ‘operador de dados’, definido textualmente pelo art. 5º, inciso VI, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018), tem sido objeto de polêmicas discussões, dentre as quais se destaca a possibilidade de enquadramento da figura do empregado celetista como tal, bem como da imposição da responsabilização solidária entre operador e controlador em cenários específicos descritos pela lei (art. 42, § 1º, inciso I).

Ressalta-se que, devido à amplitude do conceito de tratamento de dados definido pela lei (art. 5º, X), diversos trabalhadores realizarão atividades que, aparentemente, coincidem com

as ações descritas no dispositivo da norma. De fato, ao fazê-lo, e, nesse contexto, atuando sob ordens, surge a dúvida: na condição de empregados — ou mesmo como autônomos — podem ser enquadrados no conceito de ‘operador de dados’ descrito no art. 5º, VII, da LGPD? Em caso positivo, como delinear análise compreensiva do referido conceito para compatibilizá-lo com todas as peculiaridades da principiologia que rege as relações de trabalho, inclusive no contexto da responsabilização solidária definida pela lei?

Já de início se registra que tal inquietação conduziu a Comissão Europeia, na interpretação dos dispositivos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais (2016/679/

UE), a publicar *guidelines* específicas sobre o tema, a exemplo da *Guideline* n. 07/2020. No Brasil, uma resposta a essa aguda inquietação foi apresentada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados — ANPD, em documento denominado ‘Guia Orientativo sobre agentes de tratamento e encarregados’, de 28 de maio de 2021, no qual ficou definido que esse enquadramento não é possível, mas uma contextualização mais assertiva sobre a dogmática que rege a solução apontada ainda incita investigações.

Esse é o tema-problema que esse breve ensaio procurará explorar. Trabalhar-se-á com a hipótese de que a definição de *guidelines* específicas para a compreensão do alcance dos conceitos, atributos e funções dos agentes de tratamento de dados, de fato, é medida fundamental para que seja possível aclarar tal situação, mas é preciso ir além: mais do que negar o enquadramento, é preciso justificar sua incompatibilidade, evitando insegurança jurídica ou inconsistência do regime de responsabilidade civil definido pela lei brasileira com outras regras, como as de caráter principiológico que regem a relação de emprego.

Explorar tais pontos é o objetivo geral desse breve estudo, que buscará trazer luz às principais peculiaridades relacionadas aos conceitos mencionados, ressaltando os pontos dúbios e anotando possíveis explicações para as soluções apresentadas. Será utilizado o método dedutivo, com aporte bibliográfico e pesquisa qualitativa, a fim de se obter uma conclusão assertiva sobre a hipótese.

2. Uma figura peculiar da LGPD: o operador de dados

O conceito de ‘operador de dados’, em uma primeira leitura, parece ser de absoluta clareza. Diz a lei: “operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5º, VII, LGPD). Também há conceito específico para o controlador, que é a

“pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” (art. 5º, VI). Ambos compõem o gênero conceitual dos agentes de tratamento (art. 5º, IX).

Ainda não se tem, no Brasil, pronunciamento mais detalhado sobre os limites conceituais dessa figura (o ‘operador de dados’). Sabe-se que, no Anteprojeto de 2011, falava-se nas figuras do “subcontratado” (hoje, o ‘operador’), do “responsável” (o ‘controlador’) e do “encarregado” que era considerado agente de tratamento.⁽¹⁾ Na alteração realizada em 2016, consolidaram-se as atuais nomenclaturas de operador e controlador, mas o encarregado deixou de ser considerado agente de tratamento. Para uma compreensão mais assertiva, naturalmente, tem-se os conceitos da lei, mas contrastes práticos revelam a necessidade de maior aprofundamento quanto à sua compreensão e possíveis soluções ficam a cargo da doutrina. Sobre a figura do ‘operador de dados’, destaca a doutrina:

Pode-se vislumbrar o operador enquanto um parceiro técnico especializado, o qual é designado para a execução de tarefas específicas com o objetivo de alcançar metas preestabelecidas, a serem definidas pelo controlador de dados. O operador de dados não controla os dados nem possui poderes para alterar o uso ou a finalidade a que se destinam.⁽²⁾

Ainda sobre o tema, cite-se o documento elaborado pelo Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), que destaca como característica fundamental para traçar a distinção entre as figuras do controlador e do

(1) LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de tratamento de dados pessoais (controlador, operador e encarregado pelo tratamento de dados pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 280-281.

(2) KREMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020, p. 305.

operador a definição sobre o sujeito que detém a capacidade de decidir sobre a finalidade e os elementos essenciais dos meios de tratamento.⁽³⁾ Ainda segundo o LAPIN, o operador age conforme os interesses do controlador, de acordo com a finalidade e os meios de tratamento decididos por esse último, sendo “tão somente responsável pela implementação do tratamento, o que não afasta sua própria independência quanto à expertise dos serviços que lhe foram contratados”.⁽⁴⁾

Duas características, portanto, se destacam: (i) o fato de agir o operador “em nome” do controlador e (ii) seu contato direto com a execução da atividade de tratamento de dados pessoais, que, pela dicção do inciso X do mesmo dispositivo, pode ser o singelo acesso ou até mesmo ações mais complexas que asseguram inclusive a sua independência.

Significa dizer que programadores e desenvolvedores, pela própria peculiaridade que envolve suas atividades, raramente não

realizarão atividade que se enquadre no conceito de “tratamento” da LGPD. Havendo tal enquadramento e atuando eles no interesse de um empregador, ou autonomamente, por relação contratual cujo objeto seja o desenvolvimento de *software*, poder-se-ia dizer que são considerados operadores.

Igualmente polêmica é a consideração e a valoração das ações de cada agente de tratamento (controlador ou operador, segundo conceitos do art. 5º, VI e VII), que podem implicar responsabilização civil solidária entre controladores ou entre controlador e operador, por expressa previsão dos incisos do art. 42, § 1º. A celeuma, no caso específico de programadores e desenvolvedores de *software*, diz respeito a seu enquadramento como operadores nas relações de emprego.

3. A relação de emprego e a (im)possibilidade de enquadramento do empregado no conceito de operador de dados

Antes de adentrar ao tema deste capítulo, faz-se necessário definir o conceito de empregado, adotado pela legislação celetista, com o fim de verificar a possibilidade de enquadramento desse sujeito no conceito de ‘operador de dados pessoais’ proposto pela LGPD.

Dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, em seu art. 2º que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, ao passo que o § 1º do mesmo dispositivo legal estabelece que “equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.⁽⁵⁾

(3) Segundo o LAPIN, “A finalidade, pelo próprio sentido literal da palavra, significa a escolha sobre o propósito para o qual os dados serão tratados, ou seja, “para que” serão utilizados. É um princípio-chave para a disciplina da proteção de dados pessoais, uma vez que estabelece as fronteiras dentro das quais um dado poderá ser utilizado e garante que ele não seja aplicado para fins inapropriados ou inesperados. A finalidade, nesse sentido, é o primeiro passo para analisar o cumprimento de outros princípios da LGPD, como necessidade, adequação e transparência”. Já os meios de tratamento relacionam-se a como os dados pessoais serão tratados, e se dividem em elementos essenciais e não essenciais. Será controladora a organização que tiver o poder de determinação sobre os elementos essenciais, quais sejam: o poder de escolha sobre os dados a serem tratados; a identificação dos indivíduos sobre quem ocorrerá o tratamento de dados; o período de armazenamento; quem terá acesso aos dados (controle de acesso); o poder de escolha da base legal que será utilizada para justificar o tratamento; a responsabilidade pela garantia dos direitos dos titulares. Cf. LAPIN. *Controlador ou operador: quem sou eu?* Cartilha sobre agentes de tratamento de dados pessoais. Disponível em: <<https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Cartilha-Controlador-ou-Operador-quem-sou-eu-LAPIN.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2021.

(4) LAPIN. *Controlador ou operador: quem sou eu?* Cartilha sobre agentes de tratamento de dados pessoais. Disponível em: <<https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Cartilha-Controlador-ou-Operador-quem-sou-eu-LAPIN.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2021, p. 8-9.

(5) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 maio 2021.

Do diploma legal em referência é possível afirmar que o empregador é aquele que, assumindo o risco da atividade econômica, seja ele pessoa jurídica ou física, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços de seus empregados.

Em contrapartida, o conceito de empregado é definido pelos arts. 2º e 3º da CLT (em conjunto), que enumeram os requisitos caracterizadores da relação empregatícia, também denominados pela doutrina como pressupostos fático-jurídicos que a compõem, a saber: (i) pessoa física; (ii) pessoalidade; (iii) não eventualidade, (iv) onerosidade e (v) subordinação. Para que um trabalhador urbano ou rural seja considerado como empregado, faz-se necessário que preencha, ao mesmo tempo, todos os requisitos acima dispostos.

Não obstante a legislação não tenha elencado a ‘não assunção do risco da atividade econômica’ como um dos elementos caracterizados da relação de emprego, em razão de sua importância, alguns doutrinadores⁽⁶⁾ o apontam como o sexto requisito necessário para tal configuração. Pelo mesmo motivo, a doutrina especializada faz referência ao Princípio da Alteridade como princípio norteador do Direito do Trabalho, transferindo ao empregador os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado.

Para que se possa perquirir acerca do enquadramento do empregado como ‘operador de dados’, além de se estudar a definição de empregado adotada pela CLT, será necessário, ainda, o estudo dos princípios que regem esse ramo jurídico autônomo, em especial o estudo do Princípio da Proteção, também denominado tutelar ou tuitivo.

Informa o princípio em análise que “o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções

próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro —, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.⁽⁷⁾

Segundo Maurício Godinho Delgado “há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros”, sem as quais o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.⁽⁸⁾ E, por ser a LGPD uma lei geral, de clara transversalidade, deve ser aplicada às relações de natureza privada ou pública em conformidade com o ordenamento jurídico em vigor, em especial com a Constituição Federal de 1988 — CF/88, sob pena de vir a ser suscitada a inconstitucionalidade de um ou alguns de seus dispositivos.

Nesse contexto, notadamente influenciado por regras de cunho protetivo, estabelecidas pela legislação trabalhista e pela própria CF/88 (a exemplo do art. 7º), insere-se a figura do empregado como o sujeito que realiza as operações de tratamento de dados pessoais descritas na LGPD.

Segundo já exposto nesse estudo, a LGPD conceituou operador como a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”. Portanto, em uma primeira análise, realizada de forma isolada e levando-se em conta inclusive a ideia da subordinação que permeia a relação empregatícia, o empregado poderia ser enquadrado perfeitamente no conceito legal.

No entanto, analisando-se o enquadramento proposto sob a ótica da possibilidade de responsabilização do operador de dados, enquanto agente de tratamento, em conjunto com o controlador, a incompatibilidade de

(6) Acerca do tema, vale mencionar o entendimento adotado por CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Método, 2019.

(7) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 193.

(8) *Idem*.

sua caracterização torna-se latente. É o que se passa a expor.

4. A responsabilização solidária prevista no art. 42, § 1º, I, da lei

Sendo a Internet um fenômeno global, preocupações surgem quanto à efetividade de quaisquer iniciativas locais tendentes à regulamentação de suas interações. A despeito disso, iniciativas locais têm sido adotadas no Brasil, especialmente a partir da segunda década do século XXI. A mais marcante delas é a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 — o chamado Marco Civil da Internet —, que inaugurou profundas discussões acerca do regime jurídico da responsabilidade civil dos provedores.

Parcela da doutrina se alinha às sinalizações da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da aceitação da finalidade da norma.⁽⁹⁾ Por outro lado, sonoras críticas são tecidas à disciplina do art. 19 da referida lei, particularmente quanto à necessidade de ordem judicial específica para a remoção de conteúdo danoso e quanto à imprescindibilidade da inobservância do referido comando para a responsabilização, na esfera civil, a denotar sua natureza subjetiva.⁽¹⁰⁾

A celeuma em torno dessa exigência é tamanha que a própria constitucionalidade do referido dispositivo foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal, havendo quem defenda sua manutenção em razão do contraponto estabelecido em relação à liberdade de expressão e seu cerceamento pela via da

mera notificação extrajudicial,⁽¹¹⁾ e quem a repudie por aderir à possibilidade de remoção de conteúdos ilícitos pela mera notícia (*notice and takedown*).⁽¹²⁾

Fato é que, quanto à Lei Geral de Proteção de Dados, optou o legislador por estipular um regime de responsabilidade civil repleto de nuances e particularidades. Em grande sintonia com os arts. 24, 25 e 26 do RGPD europeu, o art. 42 da LGPD é a principal base estrutural do tema:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I – o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

De início, algumas percepções importantes podem ser colhidas da leitura do dispositivo e impõem uma revisão mais detalhada para que se compreenda seu alcance, sua natureza jurídica e suas funções.

Pela literalidade do *caput*, observa-se que a referência diz respeito ao dano “patrimonial, moral, individual ou coletivo”, denotando uma

(9) COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção de direitos de personalidade e a responsabilidade civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 216-234, 2017, *passim*.

(10) LONGHI, João Victor Rozatti. Marco Civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 115-144.

(11) SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. *Consultor Jurídico*, 22 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet>>. Acesso em: 28 maio 2021.

(12) MARTINS, Guilherme Magalhães. Art. 19 do Marco Civil da Internet gera impunidade e viola a Constituição. *Consultor Jurídico*, 21 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-21/guilherme-martins-artigo-19-marco-civil-internet-gera-impunidade>>. Acesso em: 28 maio 2021.

amplitude reparatória semelhante à descrita pelo art. 82 (1)⁽¹³⁾ do RGPD europeu.⁽¹⁴⁾

Por certo, “ao mesmo tempo, e pelos mesmos meios que a responsabilidade civil desencoraja a elevação extracontratual do risco, regras de responsabilização encorajam comportamentos mais seguros”.⁽¹⁵⁾ E, para ilustrar as razões pelas quais se contempla a ampla reparação de danos no contexto da proteção de dados pessoais, relembremo-nos do contexto descrito nos tópicos iniciais deste texto: para muito além da distopia orwelliana de vigilância, tem-se, hodiernamente, verdadeiras projeções da personalidade no mundo virtual. Foi com base nessa constatação que Roger Clarke⁽¹⁶⁾ realizou estudos acerca das *digital personas*. Sob o mesmo pressuposto, Stefano Rodotà⁽¹⁷⁾ se dedicou aos estudos do *corpo elettronico*.

Em casos extremos, os danos causados podem ser enormes, acarretando a perpetuação de seus efeitos pelo fato de a informação permanecer armazenada na *internet* — é nesse

contexto que se cogita de um direito ao esquecimento⁽¹⁸⁾, figura jurídica que já produziu grande quantidade de exemplos e precedentes para se tornar uma preocupação premente do legislador — e, sendo a *internet* um ambiente propício à replicação quase imediata da informação, certamente impõe riscos muito maiores do que se imagina quanto à coleta e ao tratamento dispensado aos dados pelos agentes respectivos.

De forma semelhante ao que prevê o RGPD europeu,⁽¹⁹⁾ os dois incisos do § 1º do art. 42 da LGPD brasileira estabelecem as hipóteses expressas em que haverá solidariedade entre operadores e controladores de dados. As duas figuras são designações adotadas pela lei para qualificar os agentes de dados.⁽²⁰⁾ No primeiro caso, tem-se a responsabilidade civil solidária por danos causados pelo tratamento que descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou que não seguir as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador. No segundo caso, tem-se a solidariedade dos controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento, quando forem vários.

A solidariedade sabidamente não se presume, razão pela qual o legislador optou por reservar *locus* específico para a especificação de suas hipóteses de incidência, e o fez quanto à

(13) “Art. 82. (1). Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos.”

(14) Comentam Paul Voigt e Axel von dem Bussche (2017, p. 51): “‘Damage’ under Art. 82 Sec. 1 GDPR explicitly includes material and non-material damages as the consequences of data breaches can vary widely and are often of intangible nature, such as social discrimination, psychological stress or barriers to the free personality development. Individuals should receive full and effective compensation for the damage they have suffered. Moreover, the concept of damage should be broadly interpreted in the light of the case-law of the European Court of Justice.”

(15) MADDEN, M. Stuart. Tort law through time and culture: themes of economic efficiency. In: MADDEN, M. Stuart (Ed.). *Exploring tort law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 48, tradução livre.

(16) CLARKE, Roger A. Profiling: a hidden challenge to the regulation of data surveillance. *Journal of Law, Information and Science*, Hobart, v. 4, n. 2, p. 403-, dez. 1993, *passim*.

(17) RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma/Bari: Laterza, 2005. p. 120.

(18) MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 65-90; PARENTONI, Leonardo. O direito ao esquecimento (*right to oblivion*). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III*. Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 539-618.

(19) “Art. 26. (3). Independentemente dos termos do acordo a que se refere o n. 1, o titular dos dados pode exercer os direitos que lhe confere o presente regulamento em relação e cada um dos responsáveis pelo tratamento.”

(20) “Art. 5º. (...) VI – controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII – operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.”

figura do operador no art. 42, § 1º, I, da LGPD. Naturalmente, tem-se um emaranhado de agentes de dados na complexa teia de tomadas de decisão e execução de instruções em operações de coleta e tratamento. Nada mais natural do que a solidarização de todos os que estiverem envolvidos em tais situações.

Restaria saber se, sendo o empregado sujeito passível de ser enquadrado no conceito legal de operador de dados, poderia vir a ser responsabilizado de forma solidária com o controlador que será, via de regra, o seu empregador.

Considerando-se a interpretação contextualizada do dispositivo em análise, que deve ser realizada à luz da CF/88,⁽²¹⁾ bem como da principiologia que rege o Direito do Trabalho anteriormente exposta, tem-se que o enquadramento do empregado como ‘operador de dados’ importaria em seu reconhecimento como agente de tratamento, imputando a ele, inclusive, a responsabilidade solidária pelo tratamento irregular de dados pessoais.

Dividiriam, pois, nessa ótica, empregado-operador e empregador-controlador, o risco da atividade econômica no que toca as operações de tratamento de dados pessoais. Indo mais além, como praticamente todas as atividades desempenhadas por um empregado, no contexto da relação de emprego, envolvem o tratamento de dados pessoais decorrentes do exercício da atividade econômica desempenhada pelo empregador, correria o empregado os riscos de todo o empreendimento econômico, em desconformidade com a própria principiologia que rege o Direito do trabalho e o justifica como ramo jurídico autônomo.

5. A superação da aparente antinomia: reflexões ancoradas na experiência europeia

Na Europa, quando se vislumbrou a necessidade de maior aprofundamento conceitual sobre

quem pode se enquadrar nesses conceitos, foi editada a *Guideline* n. 07/2020 (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2020)⁽²²⁾, que trata especificamente do assunto, e nela restou definido, embora com algumas brechas, que o empregado não pode ser considerado operador nas atividades de tratamento de dados, pois atua como “*longa manus*” de seu empregador (item 76⁽²³⁾).

Da mesma forma, embora se reconheça na maioria das vezes que o empregador será também controlador, foi destacado na referida *guideline* que um agente (pessoa natural) com poder de decisão, como um CEO (eleito ou não), um empregado de alto escalão, ou um membro de *board* de empresa, não pode ser considerado controlador para fins de responsabilização direta (item 18⁽²⁴⁾), o que denota o intuito de proteção às relações de emprego, mesmo quando haja poder diretivo.

No Brasil, somente em 28 de maio de 2021, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados emitiu pronunciamento mais detalhado sobre os limites conceituais dessa figura (o operador de dados), textualmente prevendo, em seu item 58 que:

(22) O Comité Europeu de Proteção de Dados (CEPD), denominado de *European Data Protection Board* (EDPB), possui importante função de auxiliar na aplicação e interpretação da legislação de proteção de dados no âmbito da União Europeia e promover a cooperação entre as autoridades de proteção de dados.

(23) “76. If the controller decides to process data itself, using its own resources within its organization, for example through its own staff, this is not a processor situation. Employees and other persons that are acting under the direct authority of the controller, such as temporarily employed staff, are not to be seen as processors since they will process personal data as a part of the controller’s entity. In accordance with Article 29, they are also bound by the controller’s instructions.”

(24) “18. Sometimes, companies and public bodies appoint a specific person responsible for the implementation of the processing operations. Even if a specific natural person is appointed to ensure compliance with data protection rules, this person will not be the controller but will act on behalf of the legal entity (company or public body) which will be ultimately responsible in case of infringement of the rules in its capacity as controller.”

(21) Estabelece a Constituição Federal de 1988 que “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...).

58. Nesse cenário, empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta não devem ser considerados operadores, tendo em vista que **o operador será sempre uma pessoa distinta do controlador, isto é, que não atua como profissional subordinado a este ou como membro de seus órgãos.** (grifos conforme o original)⁽²⁵⁾

Ressalta-se a importância dos esclarecimentos trazidos pelo labor regulatório infralegal da ANPD, posicionando-se quanto à amplitude conceitual das figuras descritas pelo legislador como agentes de tratamento (controlador e operador) e adotando solução semelhante a europeia (*Guideline n. 07/2020*).

Sem dúvidas, as decisões referentes ao tratamento deverão ser tomadas pelo controlador, mas, no curso da programação, decisões que dependem de dados envolvem ações facilmente enquadráveis nos verbos-núcleos das atividades de tratamento (art. 5º, X, LGPD). Por outro lado — e, nesse ponto, a *guideline* europeia indica previsões elogiáveis —, toda aferição do conceito de controlador (lá contido no art. 4º, n. 7)⁽²⁶⁾, envolverá uma apreciação factual, e não formal, a partir de *leitura funcional* do papel do agente.

Significa dizer que, embora o consentimento seja desejável, nem sempre poderá ser facilmente obtido, especialmente para o cumprimento de atribuições internas durante o desenvolvimento de software, que envolve

inegável risco e a assunção de acentuada responsabilidade.⁽²⁷⁾

Quanto ao mais, a reiteração de boa parte do conteúdo do art. 7º no art. 11 da LGPD indica a intenção do legislador de atribuir especial cuidado aos dados pessoais sensíveis: optou-se por atribuir maior proteção à categoria de informações tida por mais valiosa! No caso de dados pessoais sensíveis, o contexto em que os dados foram mantidos ou usados acaba se revelando mais importante do que os dados em si. Por isso, repita-se, é elogiável a constatação da *guideline* europeia quanto à análise factual/funcional e não apenas formal do processo decisional, que pode envolver toda e qualquer atividade de tratamento — haja vista a amplitude do conceito.

A par disso, deve-se relembrar o valor social atribuível às informações pessoais, servindo como uma ‘régua’ para a conceituação do que seja apropriado ou não. Nesse plano, Helen Nissenbaum⁽²⁸⁾ defende a utilização de uma “privacidade contextual” como processo decisional heurístico no qual o centro de análise redonda na captura do significado completo da privacidade e nos sucedâneos de eventual violação.

Para além de diversas situações específicas e evidentemente danosas, é de se esperar que a averiguação de eventual violação — especialmente para fins de aferição da responsabilidade civil — transcenda a mera verificação objetiva do fato e adentre aos meandros contextuais do dano e da utilização (ou malversação) do dado.

(25) BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado*. Brasília, 28 maio 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

(26) O controlador é descrito, textualmente, na versão em inglês do Regulamento como “the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of such processing are determined by Union or Member State law, the controller or the specific criteria for its nomination may be provided for by Union or Member State law”.

(27) VIHUL, Liis. The liability of software manufacturers for defective products. *NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, Tallinn, Paper n. 2, 2014. Disponível em: <https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/TP_02.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021; GOERTZEL, Karen. Legal liability for bad software. *CrossTalk*, [S.l.], p. 23-28, set./out. 2016. Disponível em: <https://zlmonroe.com/CSE566/Readings/47.Legal_Liability_for_Bad_Software.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

(28) NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*. Redwood City/Palo Alto: Stanford University Press, 2010, p. 231-233.

As consequências previstas são as sanções administrativas (definidas no art. 52 da LGPD) e a responsabilidade civil. Esta, como já se adiantou na introdução, é *solidária* entre operador e controlador se ocorrer uma das duas hipóteses descritas no art. 42, § 1º, inciso I: “o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei”.

A responsabilização solidária do operador faz surgir a seguinte preocupação: sendo o programador ou o desenvolvedor um empregado, em caso de dano, poderá a vítima acioná-lo de forma direta, cabendo-lhe responder pela integralidade de eventual condenação, com a possibilidade de pleitear o ressarcimento da quota-parte do controlador, por ação própria. Em se tratando de uma relação de emprego, tal hipótese contrariaria de forma categórica a legislação celetista atualmente em vigor, dando ensejo à revogação de vários de seus dispositivos que visam conferir proteção ao empregado por ela tutelado.

O problema, entretanto, surgiu no contexto do direito público. Foi o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios o primeiro a editar provimento que indicava seu controlador, seus operadores e seu encarregado de dados. Segundo o art. 5º da Resolução n. 9, de 02.09.2020, o Controlador do TJDF é o Presidente do Tribunal, assessorado pelo Comitê Gestor de Segurança da Informação e Proteção de Dados Pessoais – CGSI, sendo que os Vice-Presidentes e o Corregedor da Justiça serão os Controladores Adjuntos. Segundo o mesmo dispositivo, são operadores os servidores e colaboradores que exerçam atividade de tratamento de dados pessoais na instituição ou terceiros, em contratos e instrumentos congêneres firmados com o Tribunal.⁽²⁹⁾

(29) BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Resolução n. 9, de 02 de setembro de 2020*.

Na mesma linha do entendimento anteriormente exposto, cite-se o Parecer n. 377/2020-E da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Provimento n. 68/2020, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que, de forma análoga, conceituam como operadores os servidores e colaboradores dos referidos órgãos que exercerem atividades de tratamento de dados em seus nomes.⁽³⁰⁾

Os riscos decorrentes da assunção dessas funções para tais servidores públicos são enormes e iminentes⁽³¹⁾, embora não se possa deixar de registrar que, no caso do Estado, eventual responsabilização civil permaneceria sendo regida pelo regime descrito no art. 37, § 6º, da Constituição da República (que é repetido no art. 43 do CC), prevalente sobre o dos arts. 42 e seguintes da LGPD pelo seu próprio *status* de norma constitucional.⁽³²⁾ Pela dicção do dispositivo constitucional, o Estado responde objetivamente por eventual dano, cabendo-lhe buscar, por ação de regresso, o ressarcimento ao Erário público contra o servidor, desde que demonstrada a culpa deste.

Ainda mais controversa é a recentíssima medida do Governo do Distrito Federal, que publicou, em 27 de abril de 2021, o Decreto n. 42.036, criando uma dicotomia conceitual

Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-pleno/2020/resolucao-9-de-02-09-2020>>. Acesso em: 28 maio 2021.

(30) Para o tratamento dos dados pessoais os responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais de notas e registros, sob sua exclusiva responsabilidade, poderão nomear operadores integrantes e operadores não integrantes do seu quadro de prepostos, desde que na qualidade de prestadores terceirizados de serviços técnicos.

(31) PIRONTI, Rodrigo. O controlador e o operador de dados na Administração Pública: um risco iminente. *Consultor Jurídico*, 23 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/pironti-controlador-operador-dados-administracao>>. Acesso em: 28 maio 2021.

(32) FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O Estado entre dados e danos: uma releitura da teoria do risco administrativo na sociedade da informação. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (Coords.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 43-44.

que inova em relação à LGPD. Referido ato normativo fala em ‘operador interno’ e em ‘operador externo’, e diz que esses últimos são “pessoas físicas ou jurídicas prestadores de serviço de banco de dados, tecnologia da informação e sistemas que atuam fora da estrutura organizacional da unidade gestora”.⁽³³⁾

A legalidade desse decreto do DF é absolutamente questionável, mas revela a confusão que se faz quanto às atividades exercidas por profissionais de alta capacitação que, infelizmente, não possuem uma carreira devidamente regulamentada. O conceito de ‘operador externo’ criado pelo ato normativo restringe a noção de execução do tratamento de dados apenas aos profissionais que atuam com a Tecnologia da Informação e que não sejam servidores dos quadros do governo distrital (não sujeitos, portanto, ao regime jurídico estatutário típico das carreiras públicas).

O problema, nas relações de emprego, está na responsabilização direta propiciada pela solidariedade. Não havendo solução clara, como há para o Estado, resta saber se há compatibilidade lógico-normativa no enquadramento de um programador ou desenvolvedor — que inegavelmente realiza o tratamento de dados — no conceito jurídico de operador, com todas as consequências que isso acarreta. E a resposta é negativa.

Considerar o empregado ‘operador de dados’, ou, até pior, tentar categorizar em descritivo próprio os profissionais que atuam diretamente com a programação e o desenvolvimento de software como operadores acaba desvirtuando o escopo da lei e abrindo margem à utilização desse expediente como estratégia para que empregadores (que podem ou não ser controladores) se esquivarem de responsabilização civil e repassarem parcela do risco da atividade econômica aos seus empregados.

(33) DISTRITO FEDERAL. *Decreto n. 42.036, de 27 de abril de 2021*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=413377>>. Acesso em: 28 maio 2021.

O debate é complexo, mas a solução europeia, apresentada na *Guideline* n. 07/2020 é interessante justamente porque descreve a atuação “em nome do controlador”, ou sob seu comando, como um modelo composto. Em simples termos, ao se considerar o empregado uma “*longa manus*” de seu empregador, elimina-se o risco de imposição da responsabilização solidária e abre-se margem à assunção de riscos por aqueles que atuem autonomamente, ou de forma organizada (como empresários), mantendo-se hígida a lógica que rege as relações de emprego sem que se fomente um conflito aparente entre o disposto no art. 932, inciso III, do Código Civil,⁽³⁴⁾ com a LGPD.

A mesma noção de responsabilização de um agente pelo outro também levou a doutrina europeia a contrastar os papéis devidamente assumidos e os pressupostos e funções que regem a responsabilização do *controller* pelo fato do *processor*.⁽³⁵⁾ Não há dúvidas de que a atuação deste está diretamente relacionada aos comandos emanados daquele, e ambos, em linhas mais amplas e se considerados a partir da lógica que rege as relações de emprego, atuam em prol dos interesses do empregador, que, como já se esclareceu, é quem se beneficia das atividades de tratamento.

6. Considerações finais

Por todo o exposto, ressalta-se a importância dos esclarecimentos trazidos à lume a partir do labor regulatório infralegal da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, quanto à amplitude conceitual das figuras descritas pelo legislador como agentes de tratamento (controlador e operador), por ter adotado solução

(34) O referido dispositivo do CC define a responsabilidade civil de empregadores por atos de seus empregados: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.”

(35) ANTUNES, Henrique Sousa. A responsabilidade civil extracontratual do data controller por facto do data processor. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, v. 3, p. 124-156, 2021, p. 152-156.

semelhante à europeia (*guideline* 07/2020) para evitar questionamentos tormentosos e quanto à colocação de empregados em posição de vilipêndio e flagelo — sejam eles altamente capacitados (como programadores e desenvolvedores de *software*) ou não —, frente a seus próprios empregadores, quando estiver configurada relação de emprego.

Os desdobramentos desses esclarecimentos têm impactos diretos na análise de eventual responsabilização civil solidária e merecem, por tudo o que se expôs, cautelosa aferição para que se entenda, a partir da principiologia que rege as relações laborais, ser atribuída explicação coerente para a posição que a ANPD firmou. De fato, sem que se consiga concretizar análise factual/funcional (e não meramente formal) da atividade realizada e quanto ao poder de decisão ou sobre os limites de obediência a comandos, no contexto do tratamento de dados pessoais, certos dispositivos da LGPD podem cair no vazio.

Por outro lado, atribuir sentido a condutas não detalhadamente estudadas, em contraste com outras normas, como o art. 932, III, do Código Civil, pode gerar dúvidas e questionamentos indesejados, especialmente em contextos complexos que envolvem múltiplos participantes, mesclando relações jurídicas de diversas espécies. Entre os agentes de dados, sejam considerados controladores ou operadores, valerá o que dispõe a LGPD (arts. 42 e seguintes), mas, para seus empregados, não haverá qualquer consequência direta a título de responsabilização civil, perante os titulares de dados pessoais, em razão da coerente posição que os considera “*longa manus*” de seus empregadores, estes sim enquadráveis nos conceitos da lei, inclusive no de operador de dados.

Esclarece-se, por fim, que o enquadramento do empregado como “*longa manus*” do controlador, afastando-se do enquadramento jurídico de ‘operador de dados’ proposto pela LGPD não o isenta de toda e qualquer responsabilidade civil. Mesmo não sendo considerado

operador, poderá vir o empregado a responder, com o seu patrimônio, pelo tratamento irregular de dados pessoais realizado em desconformidade com as orientações impostas pelo seu empregador, mas nos limites estabelecidos pela legislação celetista.

Em outras palavras, não responderá o empregado, portanto, de forma direta perante os titulares de dados pessoais, mas sim por meio de ação de regresso ajuizada por seu empregador, ou mesmo em razão de cláusulas contratuais que permitirão descontos salariais no decorrer do contrato ou por ocasião de sua rescisão.

7. Referências

ANTUNES, Henrique Sousa. A responsabilidade civil extracontratual do data controller por facto do data processor. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, v. 3, p. 124-156, 2021.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado*. Brasília, 28 maio 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 maio 2021.

_____. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 maio 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Resolução n. 9, de 02 de setembro de 2020*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-pleno/2020/resolucao-9-de-02-09-2020>>. Acesso em: 28 maio 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Método, 2019.

CLARKE, Roger A. Profiling: a hidden challenge to the regulation of data surveillance. *Journal of Law, Information and Science*, Hobart, v. 4, n. 2, p. 403-, dez. 1993.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção de direitos de personalidade e a responsabilidade civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 216-234, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.

DISTRITO FEDERAL. *Decreto n. 42.036, de 27 de abril de 2021*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=413377>>. Acesso em: 28 maio 2021.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 07 set. 2020. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor_pt>. Acesso em: 28 maio 2021.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O Estado entre dados e danos: uma releitura da teoria do risco administrativo na sociedade da informação. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (Coords.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Foco, 2021.

GOERTZEL, Karen. Legal liability for bad software. *CrossTalk*, [S.l.], p. 23-28, set./out. 2016. Disponível em: <https://zlmonroe.com/CSE566/Readings/47.Legal_Liability_for_Bad_Software.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

KREMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020.

LAPIN. *Controlador ou operador: quem sou eu?* Cartilha sobre agentes de tratamento de dados pessoais. Disponível em: <<https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Cartilha-Controlador-ou-Operador-quem-sou-eu-LAPIN.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de tratamento de dados pessoais (controlador, operador e encarregado pelo tratamento de dados pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020.

LONGHI, João Victor Rozatti. Marco Civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

MADDEN, M. Stuart. Tort law through time and culture: themes of economic efficiency. In: MADDEN, M. Stuart (Ed.). *Exploring tort law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Art. 19 do Marco Civil da Internet gera impunidade e viola a Constituição. *Consultor Jurídico*, 21 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-21/guilherme-martins-artigo-19-marco-civil-internet-gera-impunidade>>. Acesso em: 28 maio 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria-Geral de Justiça. *Provimento n. 68/2020-PGJ*. Disciplina a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — Lei Federal n. 13.709/2018 – no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/14204/>>. Acesso em: 30 maio 2021.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*. Redwood City/Palo Alto: Stanford University Press, 2010.

PARENTONI, Leonardo. O direito ao esquecimento (*right to oblivion*). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III*. Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PIRONTI, Rodrigo. O controlador e o operador de dados na Administração Pública: um risco iminente. *Consultor Jurídico*, 23 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/pironti-controlador-operador-dados-administracao>>. Acesso em: 28 maio 2021.

RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma/Bari: Laterza, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Corregedoria Geral de Justiça. *Comunicado CG n. 377, 2020*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/ComunicadoCG377-2020.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2021.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. *Consultor Jurídico*, 22 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet>>. Acesso em: 28 maio 2021.

br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet>. Acesso em: 28 maio 2021.

VIHUL, Liis. The liability of software manufacturers for defective products. *NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, Tallinn, Paper n. 2, 2014. Disponível em: <https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/TP_02.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel von dem. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide*. Basileia: Springer, 2017.

Aspectos Controvertidos Acerca da Figura do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais no Âmbito das Relações de Emprego

Ana Sylvia da Fonseca Pinto Coelho^(*) e Leandro Fernandez^(**)

Resumo:

► No estudo dos impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas relações de emprego, tem surgido grande debate acerca da figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais. No presente trabalho, analisar-se-á a compatibilidade do exercício da função de encarregado com outras funções que decorram do contrato de trabalho anteriormente firmado, bem como com o exercício da função de confiança. Serão abordados, ademais, aspectos importantes concernentes às atribuições e deveres impostos a esse profissional, a possibilidade de constituir-se como uma comissão de encarregados, de previsão de eventual garantia de emprego, hipóteses de dispensa de indicação e enquadramento como categoria profissional diferenciada. Em linhas conclusivas, será analisada a importância do encarregado pelo tratamento de dados pessoais para se garantir a efetividade da legislação.

Palavras-chave:

► Empregado — Encarregado pelo tratamento de dados pessoais — Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Abstract:

► In the study of the impacts of the General Data Protection Law on labor relations, there has been much discussion about the figure of the data protection officer. In this paper, we will analyze the compatibility of the exercise of the function of data protection officer with other functions arising from the employment contract previously agreed, as well as with

(*) Sócia do Fischgold Benevides Advogados. Advogada Trabalhista. Professora de Direito do Trabalho do Uniceub-DF. Professora de diversos cursos de pós-graduação na área de proteção de dados. Mestre em Direito do Trabalho e Processo do trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Milton Campos.

(**) Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Professor. Doutorando e Mestre em Direito (Universidade Federal da Bahia). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Membro da Comissão Nacional de Prerrogativas da Anamatra (gestão 2021/2023). Segundo Vice-Presidente da Amatra VI (gestão 2020/2022). Coordenador Adjunto da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (biênio 2021/2023). Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho (APDT) e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

the occupation of a position of trust. Important aspects concerning the attributions and duties imposed on this professional, the possibility of creating a commission of DPO's, the establishment of a job guarantee, the hypotheses of exemption from appointment and the classification as a differentiated professional category will also be addressed. In the end, the importance of the data protection officer will be analyzed in order to guarantee the effectiveness of the legislation.

Keywords:

- ▶ Employee — Data protection officer — General Data Protection Law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conceitos básicos da Lei Geral de Proteção de Dados aplicados ao contexto das relações de emprego
 - ▶ 2.1. O titular dos dados pessoais
 - ▶ 2.2. Agentes de tratamento de dados pessoais: Controlador e Operador
 - ▶ 2.3. O encarregado
- ▶ 3. As atribuições do encarregado
- ▶ 4. A designação do encarregado
- ▶ 5. Encarregado empregado: exercício de outras atividades e enquadramento em cargo de confiança
- ▶ 6. A figura da “comissão” ou “equipe” de encarregados
- ▶ 7. Deveres de sigilo e confidencialidade
- ▶ 8. A questão da garantia de emprego do encarregado
- ▶ 9. A dispensa de indicação de encarregado
- ▶ 10. O encarregado enquadrado como categoria profissional diferenciada
- ▶ 11. Conclusões
- ▶ 12. Referências

1. Introdução

No cenário atual de pandemia da Covid-19, em razão da imprescindibilidade de utilização de todos os meios de tecnologia para assegurar a continuidade das atividades empresariais de forma telepresencial, a sociedade deparou-se com a necessidade de intensificação do fluxo de compartilhamento de dados pessoais. Essa nova realidade escancarou a fragilidade que permeia o tratamento dos dados pessoais em nosso país.

Além disso, as discussões travadas em torno do início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18) e as notícias que envolvem os incidentes de vazamentos de dados pessoais ocorridos em nosso país, reacenderam a necessidade de análise imediata sobre a indispensável proteção de dados nas relações sociais.

O presente artigo tem por objetivo analisar os diversos aspectos relacionados ao encarregado, figura decisiva no novo paradigma de

proteção de dados pessoais, uma vez que foi definido pela lei como o responsável para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Antes de analisá-los, faz-se necessário apresentar os conceitos básicos presentes na mencionada legislação.

2. Conceitos básicos da Lei Geral de Proteção de Dados aplicados ao contexto das relações de emprego

Os dois primeiros conceitos importantes trazidos pelo art. 5º da Lei n. 13.709/18 são os de dado pessoal e dado pessoal sensível. Segundo Laura Schertel Mendes, “O regime jurídico da proteção de dados depende, naturalmente, do que se considera um dado pessoal e quais tipos de processamento de dados estão abrangidos pela regulação”.⁽¹⁾

Na mesma linha, a incidência da LGPD nas relações de trabalho depende da compreensão dos referidos conceitos, bem como da identificação dos requisitos legais que permitirão aos seus destinatários a realização do tratamento desses dados.

Nos termos do dispositivo citado, dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.⁽²⁾ De modo semelhante, o GDPR define dado em seu art. 4º, como “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”. O regulamento mencionado acrescenta, ainda, que

é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização,

identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.⁽³⁾

Note-se que a lei brasileira, de modo semelhante a legislações estrangeiras de proteção de dados, adota a Teoria Expansionista e considera, como dados pessoais, tanto os dados de pessoas naturais identificadas, como os de pessoas identificáveis, visto que estes últimos têm o potencial de identificá-las, excluindo-se do conceito em análise os dados de pessoas jurídicas ou mesmo os dados anonimizados.

Já o dado pessoal sensível consiste no “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.⁽⁴⁾ Incluem-se nesta categoria, portanto, dados relacionados a características do indivíduo que o sujeitam, em maior medida, à discriminação no âmbito de suas relações sociais.

Uma vez que o enquadramento do dado pessoal como dado sensível visa a evitar a utilização de informações pessoais de seus titulares com fins de segregação, estigmatização e exclusão, “não é concebível crer que tal rol é taxativo, inclusive tendo o legislador tornada expressa a possibilidade de se aplicar o mesmo regime ao dado pessoal comum que vier a revelar informações de natureza sensível (ex: localização geográfica)”.⁽⁵⁾

(1) MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: Linhas gerais de um novo direito fundamental. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 55.

(2) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso: 10 maio 2021.

(3) UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Jornal Oficial da União Europeia, 4 maio 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Acesso em: 10 set. 2020.

(4) BRASIL, *op cit*.

(5) CELANO, Paula Beatriz Duarte; ESPERATO, Vivian; *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*: Lei n. 13.709/2018. Bruno Feigelson; Daniel Becker e Sylvia Moreira Filgueiras Camarinha, coordenação 1. E. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 32.

Salvo nas hipóteses expressamente previstas na lei (art. 11),⁽⁶⁾ em razão das graves implicações que podem envolver o tratamento desses dados, ele será expressamente proibido.

No contexto da relação de emprego, sob o enfoque do tratamento realizado no âmbito das relações mantidas entre o empregado (titular de dados) e o empregador (controlador/operador), verifica-se um intenso fluxo de dados pessoais, que se estende desde a fase pré-contratual e alcança a pós-contratual. Nesse aspecto, merece destaque um ponto relevante: o tratamento de dados pessoais não se encerra com o término do contrato de trabalho. Isso porque a LGPD prevê hipóteses que autorizarão a ocorrência de tratamento mesmo após a rescisão do contrato de trabalho, tais como o tratamento por exigência legal ou para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (art. 7º, VI, LGPD).⁽⁷⁾

Apresentados os conceitos acima, importa introduzir, então, as categorias de i) titular de dados pessoais; ii) controlador e operador e, por fim, iii) encarregado, para os fins de aplicação da LGPD às relações de emprego.

2.1. O titular dos dados pessoais

Segundo estabelece o art. 5º, inc. IV, da LGPD, o titular de dados pessoais é “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”.⁽⁸⁾ Tem-se, portanto, que o titular de dados é a pessoa física detentora das informações que, por se relacionarem aos direitos da personalidade, merecem específica proteção legal.

(6) CELANO, Paula Beatriz Duarte; ESPERATO, Vivian; *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*: Lei n. 13.709/2018. Bruno Feigelson; Daniel Becker e Sylvia Moreira Filgueiras Camarinha, coordenação 1. E. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 32.

(7) BRASIL, *op cit*.

(8) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso: 10 maio 2021.

No contexto do contrato de trabalho, o titular de dados pessoais será, em regra, o empregado. Embora a lei não se destine a proteger os dados concernentes às pessoas jurídicas, estão protegidos também os dados das pessoas naturais representantes das pessoas jurídicas que figurem como partes de um contrato de prestação de serviços.

2.2. Agentes de tratamento de dados pessoais: Controlador e Operador

Dispõe os incs. VI e VII do art. 5º da LGPD que o controlador e o operador são, respectivamente, a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” e a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.⁽⁹⁾ Tais conceitos “são tão relevantes quanto a delimitação do que sejam dados pessoais” e decorrem “da necessidade de se identificar os responsáveis pelo processamento de um lado e a consequente atribuição a eles do dever de assegurar direitos aos titulares”.⁽¹⁰⁾

Convém destacar, em face dos conceitos transcritos acima, que a distinção entre controlador e operador dependerá do reconhecimento sobre qual agente possui autonomia decisória quanto aos fins e meios de tratamento (Controlador), e qual possui escopo eminentemente executório (Operador), submetido aos desígnios de outrem”.⁽¹¹⁾

Apesar de tais conceitos parecerem, à primeira vista, de fácil compreensão, quando aplicados à relação de emprego demandarão reflexões importantes, razão pela qual não serão objeto de estudo do presente artigo.

(9) BRASIL, *op cit*.

(10) SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais*: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva, *op. cit.*, p.175.

(11) BRASIL. Secretaria de Governo Digital. *Guia de Boas Práticas – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/GuiaLGPD.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.

2.3. O encarregado

Finalmente, o encarregado foi definido pela lei como “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”.⁽¹²⁾ Além de facilitar a implementação da responsividade mediante avaliações de impacto sobre dados pessoais e auditorias, os encarregados atuam como verdadeiros intermediários com o intuito de assegurar o cumprimento da legislação.⁽¹³⁾

Em sua redação original, a LGPD exigia que o encarregado fosse uma pessoa física, o que foi suprimido pela MP n. 869/18, posteriormente convertida na Lei n. 13.853/19. Nada impede, portanto, que o encarregado seja uma pessoa jurídica, evidenciando-se a possibilidade de terceirização de tal papel (com a vantagem da especialização e a desvantagem do risco de devassa de dados).

Compreendidos os conceitos elementares, é necessário, agora, avançar ao enfrentamento das questões polêmicas em torno da figura do encarregado, que dizem respeito à sua designação, exercício de função de confiança, necessidade de autonomia e possibilidade de constituir-se como uma comissão de encarregados.

3. As atribuições do encarregado

As atribuições do encarregado estão enumeradas no art. 41, § 2º, da LGPD,⁽¹⁴⁾ nos seguintes termos:

- I – aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;
- II – receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências;
- III – orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e

(12) BRASIL, *op cit.*

(13) SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*, *op. cit.*, p.179.

(14) BRASIL, *op cit.*

IV – executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

No limite, o encarregado poderá ter acesso a todos os dados pessoais sob poder do empregador controlador, o que acaba por conferir a ele a capacidade de provocar prejuízos incalculáveis a esse e, também, aos titulares dos dados.

O encarregado desempenha, como visto, o papel de canal de comunicação entre os titulares de dados e o controlador, bem como entre este e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, competindo-lhe receber queixas, transmitir informações e, especialmente, colaborar diretamente para a construção de uma política de proteção de dados pessoais, esclarecendo dúvidas, emitindo alertas e oferecendo subsídios para a reformulação das rotinas internas que envolvam a matéria.

Figura decisiva no novo paradigma de proteção de dados pessoais, o encarregado é, portanto, o responsável pela comunicação concernente ao tratamento de dados pessoais, bem como “pela difusão da cultura de proteção de dados, a implementação de boas práticas e a realização de constantes treinamentos”.⁽¹⁵⁾

De acordo com as diretrizes editadas em 2016 pelo antigo Grupo de Trabalho do artigo 29, substituído pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados com o advento do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia, o encarregado

desempeña un papel fundamental en la promoción de una cultura de protección de datos dentro de la organización y contribuye a la aplicación de elementos esenciales del RGPD, como los principios relativos al tratamiento de datos, los derechos de los interesados, la protección de los datos desde el diseño y por defecto, el registro de las actividades de tratamiento, la seguridad del tratamiento y la notificación y comunicación de las violaciones de la seguridad de los datos.⁽¹⁶⁾

(15) *Ibidem*, p. 179.

(16) UNIÃO EUROPEIA. *Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos Del Artículo 29*. Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp243rev01-es.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2021.

Para viabilização do adequado cumprimento da sua grave missão, o art. 41, § 1º, da LGPD determina que “a identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador”.⁽¹⁷⁾ Trata-se, como se observa, de uma hipótese de divulgação obrigatória de dados pessoais por força da própria Lei Geral de Proteção de Dados, justificando-se por sua relevância para o exercício dos direitos assegurados aos titulares de dados.

Apesar de extremamente relevante, o dispositivo em referência foi alvo de diversas críticas por obrigar o controlador a divulgar a identidade de seu encarregado. Diversamente do que prevê o Regulamento Europeu, que apenas exige a divulgação das informações de contato do DPO, a legislação brasileira exigiu que a identidade desse profissional seja revelada, o que poderá trazer repercussões em sua vida pessoal. Isso porque, não raras são as vezes que os consumidores, frustrados com a prestação de um determinado serviço, transferem a uma pessoa tal sentimento e acabam por confundir o cargo ocupado com a pessoa física que o ocupa.

4. A designação do encarregado

O encarregado desempenha o inglório papel de ponto de encontro de interesses distintos e, por vezes, conflitantes. Com efeito, esse sujeito nasce sob o signo da contradição: conquanto indicado (e remunerado) pelo controlador, deverá guardar necessária isenção para informar acerca do tratamento irregular dos dados (em suas mais diversas possibilidades de concretização) aos seus titulares e à ANPD.

Por isso, não é exagero afirmar que, em larga medida, a efetividade da LGPD dependerá da real independência do encarregado, o que pode representar um desafio à clássica lição contida em “O Federalista”, de acordo com a qual

“dispor do sustento de uma pessoa é dispor da sua vontade”.⁽¹⁸⁾

A Lei n. 13.853/19 pretendia inserir na LGPD a obrigação de o encarregado ser “detentor de conhecimento jurídico-regulatório”, mas a exigência foi objeto de veto presidencial, que nela considerou haver rigor excessivo e violação ao livre exercício profissional. A despeito disso, não por requisito legal, mas pelas responsabilidades típicas do encarregado, recomenda-se fortemente que ele seja escolhido em razão de amplos conhecimentos jurídicos, nomeadamente na área de dados pessoais e tecnológicos.

Em sua redação original, a LGPD exigia, como visto acima, que o encarregado fosse uma pessoa física, o que foi suprimido pela MP n. 869/18, posteriormente convertida na Lei n. 13.853/19.

Havendo a configuração de um grupo econômico para fins trabalhistas, é possível, também, que seja indicado um único encarregado (pessoa física ou jurídica) para todas as empresas de um grupo, como previsto no art. 37, item 2, do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, desde que ele seja facilmente acessível a partir de cada estabelecimento.⁽¹⁹⁾ No caso de trabalhador de uma das empresas do grupo, a condição de encarregado em relação a todas não ensejará presunção de existência de múltiplos vínculos empregatícios com as demais (Sumula n. 129, TST).

5. Encarregado empregado: exercício de outras atividades e enquadramento em cargo de confiança

Questão relevante diz respeito à necessidade ou não de o encarregado designado a partir dos quadros da própria instituição realizar exclusivamente as atribuições previstas na LGPD. Indaga-se, então, se o exercício de outras tarefas seria incompatível com a legislação.

(18) HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James; 2003, p. 432.

(19) UNIÃO EUROPEIA. *op. cit.*

(17) BRASIL, *op. cit.*

A resposta é clara no marco normativo da União Europeia, o GDPR. Em seu art. 38, apartado 6, explicita-se que o “encarregado da proteção de dados pode exercer outras funções e atribuições. O responsável pelo tratamento ou o subcontratante assegura que essas funções e atribuições não resultam num conflito de interesses”.⁽²⁰⁾

A mesma lógica pode ser acolhida no direito pátrio. É possível, sim, o desempenho de outras atividades além daquelas consagradas no art. 41 da LGPD, desde que elas não importem na ocorrência de um conflito de interesses. Determinar o modo de tratamento de determinados dados pessoais, por exemplo, resultará em evidente comprometimento da isenção de ânimo do encarregado no cumprimento das suas responsabilidades, tal como ocorreria se tal profissional acumulasse, por exemplo, as funções de *head de compliance* ou mesmo de advogado.

Acerca da função de advogado, dispõe o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VIII, alínea “b”, que “são deveres do advogado abster-se de patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue”⁽²¹⁾. Na mesma linha, cite-se o entendimento contido no parecer emitido pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados – Conselho Regional de Lisboa, no âmbito do Processo n. 14/PP/2018-G, segundo o qual “os advogados estão impedidos de exercer a advocacia e, assim, impedidos de exercer o mandato forense ou a consulta jurídica, para entidades para quem exerçam, ou tenham exercido as funções de Encarregado de Proteção de Dados”.⁽²²⁾

(20) UNIÃO EUROPEIA. *op. cit.*

(21) BRASIL. *Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994*. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacao/oab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2021.

(22) Parecer emitido pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados no âmbito do Processo n. 14/PP/2018-G. *Conselho Regional de Lisboa*. Disponível em: <<https://crlisboa.org/docs/ParecerDPOvf1.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2021.

Conforme orientação emanada do Grupo de Trabalho do artigo 29,⁽²³⁾ é necessário, ademais, assegurar que o encarregado disporá de

Tiempo suficiente para que el DPD cumpla con sus funciones, lo cual es particularmente importante cuando se designa un DPD interno a tiempo parcial o cuando el DPD externo lleva a cabo la protección de datos de manera complementaria a otras obligaciones. De otro modo, el conflicto entre prioridades podría dar lugar al descuido de las obligaciones del DPD. Es primordial contar con tiempo suficiente para dedicárselo a las tareas de DPD. Es una práctica recomendable establecer un porcentaje de tiempo para la labor propia del DPD cuando no se lleve a cabo a tiempo completo. Es también práctica recomendable determinar el tiempo necesario para realizar la labor, el nivel de prioridad adecuado para las funciones del DPD y para que el DPD (o la organización) redacte un plan de trabajo.⁽²⁴⁾

A garantia de independência do encarregado, portanto, importa em consequências práticas, concretas no cotidiano empresarial, não estando adstrita a uma mera enunciação teórica e abstrata de autonomia. Para bem executar suas funções, o encarregado não apenas deve encontrar-se protegido de qualquer tentativa de interferência do controlador em sua atividade, mas também deve dispor de adequados recursos para o pleno cumprimento das suas responsabilidades.

A possibilidade de nomeação do encarregado a partir dos quadros da empresa exige, ainda, a reflexão a respeito da possibilidade de seu enquadramento como exercente de função de confiança para fins trabalhistas.

Essa é, inquestionavelmente, uma das questões mais interessantes e delicadas sobre o tema.

Há fatores que militam em desfavor do enquadramento do encarregado no art. 62, inciso II, da CLT. A associação à ideia de *alter ego*

(23) UNIÃO EUROPEIA. *Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos Del Artículo 29*. Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp243rev01-es.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL, *op cit.*

(24) UNIAO EUROPEIA, *op. cit.*

do empregador e a possibilidade de reversão ao cargo efetivo (com o consequente impacto financeiro) são os principais, por sua ameaça à independência.

Por outro lado, o encarregado pode ter acesso a virtualmente qualquer dado pessoal que transite pela empresa, é um relevante interlocutor da instituição perante a ANPD e todos os titulares de dados pessoais (com inevitáveis as implicações para a imagem do controlador) e ainda é responsável pela orientação do quadro de funcionários quanto à observância da LGPD. Por tudo isso, há de ser alguém que desfrute de grande confiança do controlador, que poderá ver-se arruinado por condutas equivocadas do encarregado que designou.

Em nossa perspectiva, não é possível visualizar uma incompatibilidade absoluta entre a função de encarregado e o enquadramento no art. 62, II, desde que seja efetivamente assegurada a independência em sua atuação, o que inevitavelmente exigirá exame casuístico da situação.

Uma analogia pode ser invocada como reforço ao argumento: a função de *ombudsman* em algumas empresas de grande porte é cerca de mecanismos de proteção à independência do ocupante, como um mandato fixo e uma garantia de emprego até certo tempo depois da conclusão do mandato. Em casos assim, o enquadramento no art. 62, inciso II, não parece ser, *a priori*, um fator de comprometimento da isenção do encarregado.

A temática da garantia de emprego, destaque-se, será objeto de apreciação em tópico posterior deste trabalho.

6. A figura da “comissão” ou “equipe” de encarregados

Conquanto não prevista na legislação brasileira, a figura da “comissão” ou “equipe” de encarregados, composta por pessoas com formação multidisciplinar, pode revelar-se especialmente interessante para controladores com atividades empresariais de médio e

grande porte e que realizam o tratamento de uma quantidade expressiva de dados pessoais.

Isso porque, sendo o encarregado responsável pela comunicação entre o controlador, titular de dados pessoais e a ANPD, bem como por fomentar a cultura de proteção de dados, tal sujeito deverá dispor de conhecimentos, muitas vezes técnicos, sobre o funcionamento das mais diversas áreas de uma organização, como departamentos de recursos humanos (RH), financeiro, de tecnologia da informação (TI), jurídico, de marketing, dentre outros.

A busca por um único profissional que disponha de todo o conhecimento necessário inviabilizará, na maioria dos casos, que a sua designação ocorra internamente, implicando aumento de custos para o empregador.

Também aqui é possível recorrer às orientações emanadas do Grupo de Trabalho do artigo 29, que, a respeito do tema, manifestou-se nos seguintes termos:

En función del tamaño y estructura de la organización, puede ser necesario establecer un equipo de DPD (un DPD y su personal). En esos casos, deben delimitarse con claridad la estructura interna del equipo y las tareas y responsabilidades de cada uno de sus miembros. De manera similar, cuando la función del DPD la ejerza un proveedor de servicios externo, un grupo de personas que trabaje para dicha entidad podrá realizar de manera eficaz las funciones de DPD como equipo, bajo la responsabilidad de un contacto principal designado para el cliente.⁽²⁵⁾

Trata-se, sem dúvidas, de providência que assegurará maior proteção aos direitos dos titulares dos dados e aos interesses do próprio empregador controlador, que contará com apoio especializado para acompanhamento das suas diversas operações de tratamento de dados.

7. Deveres de sigilo e confidencialidade

Dada a natureza da sua atividade, os deveres de sigilo e de confidencialidade que recaem

(25) UNIÃO EUROPEIA. *Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos Del Artículo 29*. Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp243rev01-es.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2021.

sobre o encarregado são mantidos mesmo após deixar a função, como esclarece o art. 10 da Lei portuguesa n. 58/19⁽²⁶⁾ (equivalente à nossa LGPD):

Artigo 10. Dever de sigilo e confidencialidade

1 – De acordo com o disposto no n. 5 do artigo 38.º do RGPD, o encarregado de proteção de dados está obrigado a um dever de sigilo profissional em tudo o que diga respeito ao exercício dessas funções, que se mantém após o termo das funções que lhes deram origem.

2 – O encarregado de proteção de dados, bem como os responsáveis pelo tratamento de dados, incluindo os subcontratantes, e todas as pessoas que intervenham em qualquer operação de tratamento de dados, estão obrigados a um dever de confidencialidade que acresce aos deveres de sigilo profissional previsto na lei.

A ausência de idêntica previsão no diploma brasileiro não impede que se alcance a mesma conclusão. A boa-fé objetiva impõe como deveres anexos o sigilo e a confidencialidade, que merecerão grau qualificado quando em jogo o acesso e o tratamento de dados pessoais.

8. A questão da garantia de emprego do encarregado

Outro aspecto relevante e que merece atenção diz respeito ao fato de a lei, que, sublinhe-se, não foi pensada sob a ótica das relações de trabalho, não contemplar previsão de garantia de emprego no caso de o encarregado integrar o quadro de funcionários da empresa.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, Garantia de Emprego “é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador”.⁽²⁷⁾ Tem, portanto,

(26) PORTUGAL. *Lei n. 58, de 08 de agosto de 2019*. Lei da Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3118A0002&nid=3118&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=>> Acesso em: 20 maio 2021.

(27) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1.276.

tal instituto o condão de proteger o empregado do “exercício unilateral do poder empregatício do empregador, uma vez que inviabilizam a ruptura contratual por sua vontade meramente arbitrária, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante para o Direito”.⁽²⁸⁾

A inexistência de mecanismo legal de proteção contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa é de lamentar-se, uma vez que a estabilidade provisória concorreria para um mais elevado grau de independência funcional. Guardadas as devidas proporções, há interessantes semelhanças entre as responsabilidades do encarregado e as do membro da CIPA, o que aconselharia a incidência da mesma lógica em relação à proteção do posto de trabalho.

Embora não prevista legalmente, é plenamente possível que essa garantia possa ser objeto de regulamentação pela ANPD, ou, ainda, que seja estipulada em diploma coletivo ou no regulamento da empresa. Isso porque, “na tradição jurídica brasileira, as garantias de emprego (ou estabilidades provisórias) têm sido fixadas por regras jurídicas de origem e status diversificados”, que podem ser por meio de regras heterônomas estatais, de *status* constitucional ou legal, ou mesmo regras autônomas, resultantes da negociação coletiva trabalhista.⁽²⁹⁾

Seja como for, será inadmissível a aplicação de punições ao encarregado pelo simples fato do exercício das suas funções, na linha do art. 38 do RGPD da União Europeia, que assegura ao DPO autonomia técnico-funcional. Assim, a comunicação, ao titular ou à ANPD, da ocorrência de tratamento irregular de dados não poderá ensejar a aplicação de qualquer sanção trabalhista ao encarregado empregado. A imposição (ou a ameaça) de penalidade em razão do cumprimento dos seus deveres ou com o

(28) DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 1.276.

(29) DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 1.277.

propósito de compelir o obreiro a fraudar a lei autoriza a rescisão indireta do contrato (CLT, art. 483, “a” e “d”), além da postulação de indenização por danos extrapatrimoniais, de acordo com as circunstâncias do caso.

9. A dispensa de indicação de encarregado

O art. 41, § 3º, da LGPD prevê que a ANPD pode estabelecer hipóteses de dispensa da necessidade de indicação da figura do encarregado, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.⁽³⁰⁾

Não nos parece, entretanto, aconselhável a utilização do porte da empresa como critério para dispensa da existência do encarregado. De fato, há empresas de pequeno porte cuja atividade consiste, essencialmente, na exploração de dados, apresentando um volume de tratamento muito superior àquele percebido em grandes instituições.

A faculdade de ausência de indicação do encarregado, quando fixada pela ANPD, trará à tona a questão da definição de quem desempenhará as atribuições inerentes a tal função, uma vez que os titulares dos dados não podem ser privados dos direitos assegurados no Capítulo III da LGPD, sendo manifesto, ainda, o conflito de interesses acaso as atribuições sejam concentradas na figura do próprio controlador.

Especialmente no caso de controladores que tratam dados pessoais sensíveis, ou mesmo dados de crianças e adolescentes, dada a natureza desses dados, a dispensa da designação do encarregado poderá redundar na ocorrência de graves incidentes de segurança em matéria de proteção de dados pessoais, com potenciais repercussões nas esferas consumerista, trabalhista e administrativa.

10. O encarregado enquadrado como categoria profissional diferenciada

Quanto ao ponto, cumpre esclarecer, inicialmente, o conceito de categoria profissional

diferenciada. O art. 511, parágrafo 3º, da CLT prevê que “*categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares*”.

Do conceito acima, verifica-se que a existência de funções próprias e condições de vida singulares, bem como a possibilidade de edição pela ANPD de normas complementares, poderá dar ensejo à caracterização da função como categoria profissional diferenciada. Em consequência, tal caracterização dará ensejo a constituição de sindicatos próprios para defesa dos interesses dessa nova categoria.

11. Conclusões

O advento da Lei Geral de Proteção de Dados impõe uma verdadeira revolução no Brasil. Para além das substanciais inovações jurídicas, o diploma exige uma transformação cultural das organizações, com a adoção de novas práticas de respeito aos direitos de privacidade e intimidade dos cidadãos.

Em um contexto em que as mencionadas organizações já estão sofrendo verdadeiras revoluções tecnológicas, aceleradas em maior medida pela pandemia da Covid-19 que as obrigou a oferecer serviços e produtos de forma telepresencial, a LGPD representa, de um lado, novos desafios para adequação das práticas rotineiras empresariais e, de outro, proteção dos dados de seus consumidores e trabalhadores, de suas próprias imagens institucionais e, em última análise, segurança jurídica quanto aos critérios de proteção de dados pessoais.

Considerando a multiplicidade dos dados pessoais tratados e a especial proteção jurídica conferida a algumas categorias de titulares, em especial, aos trabalhadores, os controladores deverão concentrar esforços em medidas de proteção e garantia de direitos. Isso porque, o impacto do tratamento irregular de dados no âmbito das organizações poderá refletir

(30) BRASIL, op. cit.

em políticas discriminatórias, que privilegiem uma pequena elite e acentuem a desigualdade existente em nosso país.

Por isso, a designação do encarregado não deve ser visualizada como mera desincumbência de exigência burocrática, mas como importante instrumento para a concretização dos direitos dos titulares de dados previstos na LGPD. Para além da relevante função de canal de comunicação com os titulares e com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, o encarregado desempenhará papel central na criação e na consolidação de um novo paradigma de proteção de dados no âmbito das organizações.

12. Referências

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Diário Oficial da União, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso: 10 set. 2020.

_____. *Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994*. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD)*. 2017. p. 13. Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp243rev01-es.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PORTUGAL. *Lei n. 58, de 08 de agosto de 2019*. Lei da Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3118A0002&nid=3118&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&s_o_miolo=&nversao=>>. Acesso em: 20 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia*. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Jornal Oficial da União Europeia, 04 maio 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Acesso em: 10 set. 2020.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Onlife Work Experience e os Dados Sensíveis dos Trabalhadores: Proteção de Dados Pessoais e Novas Perspectivas

Andressa Munaro Alves^(*) e Cristiano Colombo^(**)

Resumo:

► O presente artigo busca aplicar o conceito de *Onlife Experience*, de Luciano Floridi, ao mundo do trabalho. O estágio, atualmente, vivido, nas relações laborais, não permite ao trabalhador perceber os limites entre o físico e o virtual, gerando a necessidade da proteção de seus dados sensíveis, com previsão de medidas concretas. Na primeira parte, esclarecer-se-á o conceito da *Onlife Work Experience*, alinhando-a ao mundo laboral. Na segunda parte, a forma de proteção aos dados dos trabalhadores e as perspectivas futuras. Propõe o presente artigo responder ao seguinte questionamento: quais são as medidas concretas a serem implementadas para que se atinja o adequado tratamento de dados pessoais sensíveis? Concluiu-se que medidas concretas devem ser tomadas pelas organizações no sentido de preservar os dados pessoais sensíveis de seus colaboradores, que passam pela conscientização de uma cultura de proteção em direção à implementação de políticas de proteção de dados pessoais a serem observadas. No que pertine à metodologia, a pesquisa foi teórica, tratando do tema em forma exploratória e descritiva, valendo-se de procedimentos técnicos bibliográficos, bem como enfoque jurisprudencial.

Palavras-chave:

► *Onlife Work Experience* — Proteção de dados — Lei trabalhista — Tecnologia — Novas Perspectivas — Adequação.

Abstract:

► This article aims to apply the concept of *Onlife Experience*, by Luciano Floridi, to the world of work. The stage currently experienced, in labor relations, does not allow the worker to perceive the limits between the physical and the virtual, generating the need to protect

(*) Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) — Bolsista CAPES. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Escola Superior Verbo Jurídico Educacional. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas São Judas Tadeu. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas “Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho” (PUCRS). Advogada.

(**) Pós-Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor e Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Professor de graduação em Direito e Relações Internacionais da UNISINOS; Professor de Graduação em Direito das Faculdades Integradas São Judas Tadeu.

their sensitive data, with provision for concrete measures. In the first part, the concept of the Onlife Work Experience will be clarified, aligning it with the working world. In the second part, the form of protection of workers' data and the future prospects. This article proposes to answer the following question: what are the concrete measures to be implemented in order to achieve the adequate treatment of sensitive personal data? It was concluded that concrete measures must be taken by organizations to preserve the sensitive personal data of their employees, who go through the awareness of a protection culture towards the implementation of personal data protection policies to be observed. As far as methodology is concerned, the research was theoretical, dealing with the theme in an exploratory and descriptive manner, using bibliographic technical procedures, as well as jurisprudential focus.

Keywords:

- Onlife Work Experience — Data protection — Labour Law — Technology — New perspectives — Adequacy.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. *Onlife Work experience* e os dados sensíveis dos trabalhadores
 - 2.1. *Onlife Work Experience*
 - 2.2. Dados sensíveis dos trabalhadores
- 3. Proteção de dados sensíveis e novas perspectivas
 - 3.1. Proteção de dados sensíveis dos trabalhadores
 - 3.2. Novas perspectivas
- 4. Conclusão
- 5. Referências

1. Introdução

As novas tecnologias aplicadas ao ambiente corporativo oportunizam uma experiência singular ao trabalhador, que, envolto a convergências materiais e imateriais para a execução de suas tarefas diárias, percebe-se imerso em um oceano de dados pessoais,⁽¹⁾ próprios e de terceiros. A euforia pelas funcionalidades ofertadas coabita com novos riscos, merecendo medidas concretas por parte das organizações, na concretização do direito fundamental de proteção de dados pessoais.

(1) FINOCCHIARO, Giusella. La memoria della rete e il diritto all'oblio. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 391-404, jul./out. 2010, p. 392.

No primeiro capítulo, abordar-se-á a definição de *onlife work experience*, no sentido que não é mais possível apartar os conceitos de físico e virtual, revelando-se em uma existência totalizante. Na segunda parte, tratar-se-á sobre o conceito de dados sensíveis e sua identificação no ambiente laboral. No segundo capítulo, versar-se-á sobre a proteção de dados sensíveis, finalizando com perspectivas a serem implementadas pelos empregadores a fim de dar a adequada tutela aos trabalhadores, como seus destinatários.

O presente estudo busca responder ao seguinte questionamento: quais são as medidas concretas a serem implementadas para que se

atinja o adequado tratamento de dados pessoais sensíveis? No que toca à metodologia, a pesquisa foi teórica, tratando do tema em forma exploratória e descritiva, valendo-se de procedimentos técnicos bibliográficos, bem como enfoque normativo e jurisprudencial.

2. *Onlife work experience* e os dados sensíveis dos trabalhadores

2.1. *Onlife work experience*

A humanidade cruza a Quarta Revolução Industrial, experienciando arrojadas tecnologias, com novos hábitos diários oportunizados pela Inteligência Artificial, Robótica e Internet das Coisas.⁽²⁾ Em um ritmo acelerado, as infovias, abastecidas de dados pessoais, como *inputs*, tornam possíveis que fatos da vida se convertam em informação para tomada de decisões automatizadas (*outputs*).⁽³⁾ A facilidade de comunicação proporcionada pela égide dos meios digitais é o reflexo da rapidez de compartilhamento de dados, necessária para a evolução da técnica. Neste contexto, frente às dificuldades do ser humano em perceber os limites entre o *on-line* e o *off-line*, uma vez que as interações físicas e virtuais acabam por ocorrer simultaneamente e a todo momento, Luciano Floridi cunhou a expressão *Onlife Experience*.⁽⁴⁾ Trata-se de uma experiência totalizante, que a afeta a *self-conception* (o que se pensa de si mesmo), as relações sociais, a concepção de realidade e de como se lida com ela. Dessa forma, os sentimentos se confundem entre o material e o imaterial, afetando a “distinção entre o que é humano, máquina e natureza”, acabando por

desfocalizar, impactando o comportamento humano.⁽⁵⁾ A virtualização das relações sociais, concomitantemente propulsada pela Covid-19, em face de medidas de distanciamento e isolamento, colabora para que o trabalhador venha a vestir esta nova experiência.

Reuniões virtuais, chamadas de vídeo, trocas de correio eletrônico e inserção em grupos de *WhatsApp*, que caracterizam esse incremento de conectividade, vão orquestradas a atos físicos necessários, que se pautam pela mobilidade, em diferentes níveis, a depender da atividade. O trabalhador recebe a tarefa e sabe que deve executá-la, no entanto, a comunicação se dá simultaneamente por múltiplos meios, em uma *Onlife Work Experience*.

É possível perceber esta experiência em situações como do teletrabalho e do home office. Saliente-se que o home office é o trabalho desempenhado na residência do trabalhador e o teletrabalho, por sua vez, tem projeções mais amplas, ou seja, pode ser realizado em qualquer lugar,⁽⁶⁾ sendo modalidade prevista no art. 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho.⁽⁷⁾ Não exige necessariamente o uso de tecnologias da informação e comunicação.⁽⁸⁾

(5) FLORIDI, Luciano. *The onlife manifesto being human in a hyperconnected era*. Oxford: Springer, 2015. p. 2.

(6) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Teletrabalho*: o trabalho de onde você estiver. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

(7) BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 07 fev. 2021. Segue o texto da CLT: “Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.”

(8) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Teletrabalho*: o trabalho de onde você estiver. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

(2) SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 11.

(3) COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Decisões automatizadas em matéria de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

(4) FLORIDI, Luciano. *The 4th Revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 43.

Assim sendo, o trabalhador que executa as suas tarefas de forma remota, poderá desempenhá-lo com ou sem o auxílio tecnológico. O ponto fulcral é o descompasso no estabelecimento de horários, situação que se compreende pela especificidade de seu desenvolvimento, que pode resultar em um prolongamento do período de trabalho.

No caso do teletrabalhador, a utilização de tecnologia na realização da atividade laborativa é fator determinante para sua caracterização, com reaproveitamento do tempo, que anteriormente era despendido na locomoção até as dependências da empresa. Todavia, é preciso lançar luzes à sobrecarga de atividades, em virtude dos constantes períodos em que as tarefas são realizadas.

Afora a notória objetividade com que fora legislado o teletrabalho, nos termos da Lei da Reforma Trabalhista sob o n. 13.467/2017, deixou de mencionar o legislador sobre o tempo de desconexão do teletrabalhador.⁽⁹⁾ A ausência de disposição expressa sobre o assunto, gerou dúvidas aos atores diretamente ligados e aos operadores do Direito, vez que as atividades laborais que, anteriormente, eram controladas nos limites físicos das organizações, passem a ganhar novos contornos de vigilância, como geolocalizadores e softwares automatizados de controle de tarefas.

À vista disso, depara-se flagrantemente com a *Onlife Work Experience*, na medida em que as modalidades disponíveis pela ascensão tecnológica conduzem para que o trabalhador não consiga separar suas tarefas físicas, das virtuais, vivendo sua jornada de trabalho diferentemente do modelo tradicional, em que havia a territorialização do espaço de trabalho e cronometrava o tempo à disposição do empregador. Outrossim, a marcha de desenvolvimento e acesso à tecnologia, estimularam o emaranhado de dados compartilhados a todo

instante,⁽¹⁰⁾ que, diante do cenário, faz com que o empregador tenha uma janela aberta para o espaço inviolável do lar de seus colaboradores, com microfones e câmaras apontadas, que podem captar fatos que são sensíveis e estavam, até então, resguardados pelas portas e aberturas físicas de suas residências.

Nesse sentido, justifica-se o incremento de estudos, diante da ascensão de exposição da vida dos trabalhadores, em especial, à proteção de dados sensíveis, exigindo um olhar atento pela Ciência Jurídica sobre a matéria.

2.2. Dados sensíveis dos trabalhadores

Sob a ótica juslaboral, o início de qualquer relação de trabalho precede o preenchimento de dados pessoais, ainda que mínimos, abrangendo sua identificação, endereços físicos e eletrônicos, eventos sobre a capacitação do profissional para a atividade que realizará, a disponibilidade de tempo, buscando atender às diretrizes previamente impostas pelo interessado em sua execução. Ocorre que, diante da evolução operada em contexto mundial da disciplina de proteção de dados pessoais, e, especialmente, com o advento da Lei n. 13.709 de 2018 (LGPD), tanto o momento da coleta dos dados, como seu tratamento, merecem atenção redobrada.

No Brasil, foram positivados pela LGPD conceitos como “dados pessoais”, compreendidos, nos termos de seu art. 5º, I, como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;”. A expressão “informação” deve ser interpretada de forma “alargada”, agregando as de conteúdo objetivo, como o nome, a idade, a altura, assim como as de natureza subjetiva, que se voltem a opiniões, impressões e gostos dos titulares dos dados pessoais.⁽¹¹⁾ Abrangerá qualquer formato, seja

(9) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p. 1.066.

(10) SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 489.

(11) PARECER 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. 2007. Disponível em: <https://www.gpdp.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 2021.

“alfabético, numérico, gráfico, fotográfico ou acústico”.⁽¹²⁾ Outrossim, quando a LGPD utiliza a expressão “pessoa natural identificada” se refere à situação em que se distingue perfeitamente o sujeito de quem se está falando, diferenciando-o de todos os demais do mesmo grupo, como, exemplificativamente, ao obter o nome completo do empregado. Por sua vez, ao se se reportar à “pessoa natural identificável”, versa sobre a possibilidade de vir a distingui-la, potencialmente, embora ainda não tenha sido feito.⁽¹³⁾ Nessa hipótese, ao estarem disponíveis características como “altura, cor do cabelo, vestuário, etc. ou uma característica da pessoa que não pode ser vista de forma imediata tal como a profissão, a função, o nome, etc.”,⁽¹⁴⁾ os dados podem levar a concluir que se está tratando de Pedro ou de João.

Por sua vez, os dados sensíveis, nos termos do artigo 5º, II, são de “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;”. Na lição de Rodotà, os dados pessoais sensíveis reportam-se aos “aspectos mais íntimos da vida ou à colocação social da pessoa”.⁽¹⁵⁾ O Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, no que toca à sua conceituação, dispõe, em seu Considerando 51, que: “pela sua natureza [...] o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais.” Danilo Doneda leciona que os dados sensíveis “seriam determinados tipos de informação que, caso sejam conhecidas e submetidas à tratamento, podem se prestar a uma

potencial utilização discriminatória ou lesiva e que apresentaria maiores riscos potenciais do que outros tipos de informação”.⁽¹⁶⁾

Nesse contexto, o tratamento para com os dados de colaboradores deve ser visto durante todas as fases da relação, aquela que se considera a pré-contratual, angariando primeiras impressões; a fase contratual propriamente dita, para a confecção de documentação básica, tal como: a ficha de registro do empregado; e a fase pós-contratual, visto que, é necessário o cuidado com a documentação mesmo quando a relação é finalizada.⁽¹⁷⁾ Neste contexto documental, atestados médicos, pedidos de afastamento para práticas de atos religiosos ou político-partidários, impressões digitais para ter acesso às instalações das organizações, passam a ser dados que merecem uma atenção especial pelo empregador. E, ressalte-se que, não só de relações empregatícias se constituem as relações de trabalho. Compreendem as prestações de serviços, de igual forma, também estão abrigadas pela LGPD. Ao prestar o serviço, o trabalhador terá acesso a uma série de dados, que agora, devem ser fiscalizados e tratados, encargo que terá de ser incumbindo a alguém,⁽¹⁸⁾ como, por exemplo, as empresas contratadas para elaboração da folha de pagamento.⁽¹⁹⁾

(16) DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 142-143.

(17) MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. Reflexos LGPD no direito e no processo do trabalho. In: PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. *A lei geral de proteção de dados e seus impactos nas relações de trabalho*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 47-72, p. 49-50.

(18) MARTINS, Rafael Lara. *Quais os impactos práticos da LGPD nas relações trabalhistas?*: a LGPD se aplica desde a fase pré-contratual, em que há o recebimento de currículos com dados pessoais. 11 set. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quais-os-impactos-praticos-da-lgpd-nas-relacoes-trabalhistas-11092020>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

(19) Nesse sentido, ver evento transmitido pelo Youtube em 26 fev. 2021, FINCATO, Denise. *Compliance trabalhista: estratégias para minimizar riscos e alavancar negócios*. iWorkab Class. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mgUtpFB3vBg>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

(12) PARECER 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. 2007. Disponível em: https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf. Acesso em: 2021.

(13) PARECER 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. 2007. Disponível em: <https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 2021.

(14) PARECER 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. 2007. Disponível em: <https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 2021.

(15) RODOTÀ, Stefano. *La rivoluzione della dignità*. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2013. p. 34.

Apurados elementos de ligação entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o mundo trabalhista, nova discussão é instalada: quais são as medidas concretas a serem implementadas para que se atinja o adequado tratamento de dados pessoais sensíveis?

3. Proteção de dados sensíveis e novas perspectivas

3.1. Proteção de dados sensíveis dos trabalhadores

Nos idos de 1997, a Organização Internacional do Trabalho já alinhava Repertório de recomendações práticas para Proteção de dados pessoais dos trabalhadores, quando estabeleceu diretrizes para eventuais legislações pertinentes ao direito laboral, respeitando os princípios albergados por ele⁽²⁰⁾, tais como: a contínua revisão dos dados, medidas adotadas para proteção, etc.⁽²¹⁾ Em nível mundial, o Tribunal Constitucional da Espanha, no ano de 2000, na sentença 186/2000, advertiu que as “faculdades de vigilância” por parte do empregador não podem ferir o espaço da intimidade pessoal e familiar, vedando-se “divulgação ilegítimas de dados” e “intromissões ilegítimas”.⁽²²⁾

(20) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Proteção dos dados pessoais dos trabalhadores: repertório de recomendações práticas*. 1º set. 1997. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9223103290_ES/lang-es/index.htm>. Acesso em: 19 fev. 2021, p. 20-21.

(21) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Proteção dos dados pessoais dos trabalhadores: repertório de recomendações práticas*. 1º set. 1997. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9223103290_ES/lang-es/index.htm>. Acesso em: 19 fev. 2021, p. 31.

(22) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Acórdão 186/2000, de 10 de julho*. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4170>>. Acesso em: 2021. Colaciona-se o trecho da decisão: “También hemos afirmado que el atributo más importante del derecho a la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la

Com o advento do Regulamento Geral da União Europeia, em 2016, o artigo 88º, dispôs especificamente sobre o “tratamento no contexto laboral”, referindo que:

1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.⁽²³⁾

Dessa forma, o dispositivo, de forma expressa, consagra a proteção de dados pessoais do trabalhador desde o recrutamento até a extinção do contrato de trabalho, e, na ambiência da disciplina de proteção de dados pessoais, pode-se afirmar que mesmo após terminado a relação laborativa. Como se verifica, o artigo faz referência literal aos dados de saúde e segurança do trabalhador, legislando sobre dados pessoais sensíveis. Outrossim, em seu ponto 2,

intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2). En resumen, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo.”

(23) REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em: dez. 2020.

dispõe o artigo 88º sobre a importância da “transparência do tratamento de dados”, bem como questões que envolvem “a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho”.⁽²⁴⁾ Ou seja, não é possível a mera transferência de dados pessoais entre empresas do mesmo grupo, sem fundamento jurídico na disciplina de proteção de dados pessoais.

Cumprir destacar, ainda, que o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais também se volta ao direito coletivo do trabalho, em seu Considerando 155, apontando o consentimento como base jurídica para tratamento:

O direito do Estado-Membro ou as convenções coletivas (incluindo «acordos setoriais») podem prever regras específicas para o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente no que respeita às condições em que os dados pessoais podem ser tratados no contexto laboral, com base no consentimento do assalariado, para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas por lei ou por convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no trabalho, de saúde e segurança no trabalho, e para efeitos de exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.⁽²⁵⁾

No cenário nacional, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em que pese não tenha feito expressa referência ao ambiente do trabalho, diferente da Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia que trouxe dispositivo específico, introduz princípios que devem nortear as organizações, no

que se refere ao tratamento de dados pessoais de seus colaboradores.

O artigo 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais apresenta um rol de princípios a serem observados, liderados, topologicamente, na cabeça do dispositivo, pela boa-fé, “que na melhor técnica hermenêutica, indica primazia frente aos demais que lhe seguem.”⁽²⁶⁾ Dessa forma, na relação entre empregado e empregador, devem ser observados a lealdade, o dever de informação, a confiança, a busca pelo equilíbrio nos conteúdos contratuais.⁽²⁷⁾

Outrossim, princípios como a finalidade, a necessidade, adequação e a não discriminação se revelam de extrema importância, no ambiente laboral. É o que depreende do clássico julgado do Tribunal Constitucional alemão sobre a Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho (conhecida como Lei do Recenseamento de 1983):

A obrigação de fornecer dados pessoais pressupõe que o legislador defina a finalidade de uso por área e de forma precisa, e que os dados sejam adequados e necessários para essa finalidade. Com isso não seria compatível a armazenagem de dados reunidos, não anônimos, para fins indeterminados ou ainda indetermináveis. Todas as autoridades que reúnem dados pessoais para cumprir suas tarefas devem se restringir ao mínimo indispensável para alcançar seu objetivo definido. O uso dos dados está restrito à finalidade prevista em lei. Já tendo em vista os perigos do processamento eletrônico de dados, é necessária uma proteção — que não pode ser enfraquecida pela cooperação administrativa (Amtshilfest) — contra o afastamento do propósito inicial de levantamento de dados, mediante proibição de transmissão e de utilização. Outras medidas processuais essenciais de proteção são os deveres

(24) REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em: dez. 2020.

(25) REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em: dez. 2020.

(26) COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme. Ética algorítmica e proteção de dados pessoais sensíveis: classificação de dados de geolocalização em aplicativos de combate à pandemia e hipóteses de tratamento. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura et al. (Coords.). *Direito Digital e Inteligência Artificial*. Indaiatuba: Foco, 2021.

(27) MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 648-660.

de esclarecimento, informação e apagamento dos dados.⁽²⁸⁾

O princípio da finalidade deve ser aplicado, no sentido de restringir o uso de dados por área de atuação ou departamentos, tendo em vista a efetiva atividade do setor. Não é somente a posição hierárquica que deve conduzir para definir quem tem acesso aos dados, mas as funções desempenhadas. Ainda, rigorosos limites devem ser estabelecidos quanto à necessidade e adequação da coleta e do tratamento de dados pessoais dos colaboradores. Não havendo motivo para coletar ou mesmo permanecer com o dado pessoal, sobretudo, se sensível, deve-se partir para a exclusão do campo no formulário ou mesmo sua eliminação. No que toca aos dados sensíveis, o princípio da finalidade dispõe que deve ser realizado “o tratamento desses dados sensíveis apenas para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”.⁽²⁹⁾

Saliente-se, ainda, acerca do princípio da não-discriminação, que deve pautar as relações trabalhistas, em especial, no que toca aos dados sensíveis:

A “discriminação injustificada” a que alude o Comitê Europeu para a Proteção de Dados espelha a mesma espécie de discriminação havida no mundo físico (étnica, religiosa, política, sanitária), que pode estar sendo aplicada no mundo virtual através de padrões ou instruções

algorítmicas. O lado perverso e mais grave dessa nova forma de discriminação fica por conta da sua forma imperceptível, em razão da opacidade das decisões automatizadas. Estudos apontam o risco da denominada “discriminação automatizada”, quando os algoritmos trazem consigo vieses e preconceitos históricos decorrentes da mineração de dados.⁽³⁰⁾

No panorama proposto por este estudo, ao se considerar uma seleção de candidatos à vaga de emprego, quais dados e documentos são realmente pertinentes à luz dos princípios trazidos? Nos veios do princípio da necessidade, deve-se voltar apenas aos dados mínimos, para buscar fatos que sejam pertinentes à celebração de relação laboral. Outrossim, a finalidade da coleta do dado deve estar de acordo com a atividade que será desempenhada pelo candidato. Quanto ao princípio da não-discriminação, não devem ser sopesados, nos processos de seleção, fatos da vida dos candidatos e colaboradores que não contenham uma “razão valiosa”.⁽³¹⁾ Como por exemplo, a utilização de um dado étnico para excluir o titular dos dados de um certame. Por outro lado, perfeitamente cabível a utilização do critério de saúde para, de forma inclusiva, readaptar um empregado ao mercado.

(28) CINQUENTA anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Berlin, Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

(29) MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. Reflexos da LGPD no direito e no processo de trabalho. In: GASPAR, Gabriela Curi Ramos. *LGPD e o tratamento de dados sensíveis nas organizações de tendência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 199-229, p. 221.

(30) COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Decisões automatizadas em matéria de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020. “É imperioso ressaltar, no entanto, que o ordenamento jurídico pátrio autoriza estabelecer o “discrímen legal”, quando há “razão valiosa”, à luz do interesse público. Poder-se-ia utilizar dados decorrentes de exames em material humano (sangue, tecidos, líquidos corpóreos), que são dados sensíveis, em um algoritmo voltado à compatibilidade de transplante de medula, em banco de dados nacional, respeitado os arts. 6º, 7º e 11, da LGPD, por exemplo. Porém, não seria possível tomar o mesmo material para prever doenças futuras, por um departamento pessoal, em uma seleção de emprego.”

(31) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 41.

Cumprir, ainda, nos termos do art. 11, inciso II, alínea “d”, da Lei n. 13.709 de 2018, que há previsão de fornecimento dos dados sensíveis sem o consentimento do titular de contrato, todavia, devem ser guiados pelos princípios acima expostos, na linha da necessidade e da finalidade. Não podem os trabalhadores, sem o seu consentimento, serem alvo de publicidade comportamental, em razão dos dados pessoais que foram transferidos pelo empregador a prestadores de serviços, sem amparo nas hipóteses da lei. Haverá violação à proteção de dados, por exemplo, caso alguém que labora para uma indústria venha a ser surpreendido com e-mails e *pop-ups*, por terem sido os seus dados pessoais compartilhados por seu empregador a imobiliárias ou a empresas de entretenimento.

Ademais, na leitura do princípio esculpido no art. 6º, inciso VII, resta caracterizado o dever de cautela na utilização de dados, inclusive, através de técnicas para garantia na proteção: “segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;”.⁽³²⁾

De qualquer forma, a via da proteção de dados não tem sentido único, devendo ser estabelecida uma visão colaborativa, com o cuidado também por parte dos trabalhadores, como preceitua Rafael Jara Martins

Lado outro, se fazem necessárias também cláusulas que expressem a responsabilidade do colaborador quanto à guarda das informações que ele possa ter acesso em decorrência da atividade desempenhada dentro da instituição. Sendo a LGPD uma legislação nova e que requer um forte trabalho educacional para que se torne efetiva, os colaboradores precisam ser treinados e capacitados para que possam

saber quais são as suas responsabilidades diante das previsões trazidas pela lei e das normativas internas das empresas.⁽³³⁾

Por essa razão, esta via colaborativa, de mão dupla, deve estruturar as relações laborativas, construindo-se através da introdução desta principiologia na cultura organizacional, tratando-se de um grande desafio aos operadores do direito, notadamente, quando observada a seara trabalhista.

3.2. Novas perspectivas

Para a compreensão de novas perspectivas, adotar-se-á, metodologicamente, o estudo de caso pioneiro sobre o tema, em sentença de Ação Civil Pública recente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que, ao prolatar a sentença, aplicou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais:

Emissão da CAT. Por ocasião da decisão de tutela de urgência, decidi que não havia como determinar em sede de ação civil pública a emissão de CAT para todos os empregados do CDD de Poá que contraíram a doença, tendo em conta que seria imprescindível a análise de caso a caso para a verificação da origem ocupacional ou não da doença (fl. 2392). Todavia, os demais elementos que vieram aos autos após aquela decisão inicial me fizeram concluir pela possibilidade de acolhimento do pedido nesta ação civil pública. Com efeito, além do empregado DHSS (os dados dos empregados que contraíram a doença serão anonimizados nos termos dos arts. 5º, II e 12 da LGPD), que testou positivo para a Covid-19 em 07.07.2020 (fl. 278), também contraíram a doença outros cinco empregados (RCG, ANC, ACP, AMS e ECC), com exames realizados no dia 22.07.2020.⁽³⁴⁾

(33) MARTINS, Rafael Lara. *Quais os impactos práticos da LGPD nas relações trabalhistas?*: a LGPD se aplica desde a fase pré-contratual, em que há o recebimento de currículos com dados pessoais. 11 set. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quais-os-impactos-praticos-da-lgpd-nas-relacoes-trabalhistas-11092020>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

(34) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Sentença: 1000708-47.2020.5.02.0391 (ACPCiv)*. Juiz do Trabalho: Willian Alessandro Rocha. Vara do Trabalho de Poá. Data: 29 set. 2020. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consulta-processual/detalhe-processo/1000708-47.2020.5.02.0391>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

(32) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 26 fev. 2021.

O caso em comento retrata demanda postulada por Sindicato de categoria profissional, que reivindica situações relacionadas a pandemia da Covid-19 e proteção de dados. O julgado menciona a LGPD, pois nos autos do processo, é analisada a situação acerca da emissão ou não da CAT,⁽³⁵⁾ que, consoante a especificidade do documento e os requisitos para a sua confecção, em caso positivo, revela o nome do funcionário que estaria acometido da doença.⁽³⁶⁾ Como a identificação do acidentado é condição básica para o preenchimento da respectiva comunicação, há reflexo na disciplina de proteção de dados, por se voltar a dados sensíveis. Nesta seara, respeitando os dados pessoais sensíveis dos trabalhadores acometidos pelo vírus e que, através do Sindicato da categoria reivindicam a emissão da CAT, foi apontada a necessidade de anonimização, para que não fosse possível identificá-los. Verifica-se, da mesma forma, a observância do princípio da não-discriminação, diante dos estigmas sociais que patologias podem gerar.

Mesmo caminho percorreu a reclamatória que versava sobre o reconhecimento de relação empregatícia, quanto ao cuidado no tratamento dos dados pessoais sensíveis da reclamante e de seu procurador, conforme trecho que segue:

Proteção de dados

Verifico que foram juntados aos autos documentos relacionados à saúde da reclamada (fls. 15-17, 95-97), assim como documentos relacionados à saúde do patrono da autora (fls. 105-108) que contém dados sensíveis, nos das partes, determino que a Secretaria inclua o sigilo nos documentos de termos do art. 5º, II, da LGPD.

(35) Serviço para o trabalhador(a) ou a empresa comunicar um acidente de trabalho ou de trajeto, bem como uma doença ocupacional. (BRASIL. *Trabalho: emprego e previdência*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/registrar-comunicacao-de-acidente-de-trabalho-cat>>. Acesso em 03 mar. 2021)

(36) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Sentença: 1000708-47.2020.5.02.0391 (ACPCiv)*. Juiz do Trabalho: Willian Alessandro Rocha. Vara do Trabalho de Poá. Data: 29 set. 2020. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000708-47.2020.5.02.0391>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

Assim, com fincas à proteção de dados fls. 15-17 (id. 7763fe2), 95-97 (id. d2e14a6) e 105-108 (ids. 47e4eeb, 6167c66 e 9eda618) deixando, contudo, acessível aos patronos das partes.⁽³⁷⁾

Assim, é inequívoco o crescimento da discussão quanto aos dados pessoais do trabalhador custodiados pelo empregador, sobretudo, pertinente aos dados de saúde.

Saliente-se, ainda, que inúmeras outras situações devem ser readequadas, através de medidas concretas, em direção à proteção de dados pessoais. A começar pelos recrutamentos, a partir do consentimento dos participantes e de regras constantes do próprio edital de chamamento, a fim de ajustar por quanto tempo a empresa armazenará os dados pessoais dos candidatos ou se haverá sua ulterior eliminação, com o final do certame.⁽³⁸⁾ Mais especificamente, sobre dados sensíveis, violações pela utilização injustificada de dados étnicos, religiosos ou partidários, em seleções de emprego, com caráter discriminatório⁽³⁹⁾, inclusive, quando utilizada inteligência artificial. Cumpre destacar que o *Statuto dei Lavoratori*, na Itália, proíbe “conhecer informações sobre a esfera privada ou pessoal do trabalhador ou mesmo do candidato, [...] que não são justificáveis no que diz respeito ao objeto do trabalho.”⁽⁴⁰⁾

No desenvolvimento do trabalho, a importância em estabelecer as regras sobre a utilização do correio eletrônico da empresa por parte do colaborador, inclusive, por não ser o meio de comunicação de sua propriedade, na

(37) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Sentença: 1000300-56.2020.5.02.0391 (ATOrd)*. Juiz do Trabalho: Willian Alessandro Rocha. Vara do Trabalho de Poá. Data: 02 set. 2020. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000300-56.2020.5.02.0391>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

(38) HERNANDO, Javier Alvarez. *Practicum protección de datos*. Navarra: Aranzadi, 2018. p. 887.

(39) *Ibidem*, p. 913.

(40) TILLI, Nicola et al. *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2019. p. 738. Tradução livre.

linha do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. ACESSO E UTILIZAÇÃO DO CONTEÚDO DAS MENSAGENS DOS EMPREGADOS PELO EMPREGADOR. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. I. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho. Daí porque é permitido ao empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado em e-mail corporativo, isto é, checar as mensagens, tanto do ponto de vista formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto sob o ângulo material ou de conteúdo, não se constituindo em prova ilícita a prova assim obtida. II. Não viola os arts. 5º, X e XII, da Constituição Federal, portanto, o acesso e a utilização, pelo empregador, do conteúdo do “e-mail” corporativo. III. Acórdão regional proferido em consonância ao entendimento desta Corte Superior. IV. Recurso de revista de que não se conhece. (Recurso de Revista 1347-42.2014.5.12.0059)⁽⁴¹⁾

Questões de geolocalização dos trabalhadores instalados nos dispositivos e terminais móveis, com o objetivo de controlar a sua utilização, também merecem todo o cuidado. Os dados coletados devem estar ligados à finalidade da prestação do serviço, como leciona Javier Álvarez Hernando, referindo-se ao entendimento do atual Comité Europeu de Proteção de Dados:

[...] el tratamiento de datos de localización relativos a empleados ha de corresponder a una necesidad específica de la empresa que guarde relación con su actividad. [...] puede estar justificado si se lleva a cabo formando parte del control del transporte de personas o bienes [...]. Por el contrario, el Grupo considera que el tratamiento de datos es excesivo en el caso de que los empleados puedan organizar libremente sus planes de viaje o cuando se lleve a cabo con el

único fin de controlar el trabajo de un empleado, siempre que pueda hacerse por otros medios.⁽⁴²⁾

Sobre a temática do controle à distância do trabalhador, Nicola Tilli, aduz que é possível aplicá-lo, para controlar o trabalho do empregado relativamente a tarefas que lhe são dadas, no entanto, não poderá memorizar as páginas web visualizadas pelo trabalhador, proceder análise oculta do computador, ler e registrar os caracteres digitados no teclado. Justifica sua posição, inclusive, em face dos dados sensíveis que podem ser recolhidos, que representam fatos estranhos à atividade profissional.⁽⁴³⁾

Na lição de Eecke e Simkus, deve haver um justo equilíbrio entre os interesses dos empregados e empregadores, na medida que quem usa a tecnologia de vigilância deve respeitar princípios como a transparência, sobretudo, por ser uma atividade de impacto, nos dados pessoais dos colaboradores, nos termos do artigo 35, do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.⁽⁴⁴⁾

Dessa forma, novas perspectivas sumarizam as seguintes medidas concretas:

- a) a introdução de uma cultura de proteção de dados pessoais, no ambiente corporativo, com o esclarecimento através de palestras e workshops, bem como a construção de política de dados, que observe os princípios presentes na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, como a boa-fé, a finalidade, a necessidade, a adequação e a não discriminação;
- b) a observação da Lei Geral de Proteção de Dados, inclusive, o princípio da necessidade e não discriminação, no preenchimento de qualquer documentação laboral referente

(41) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 1347-42.2014.5.12.0059*. Ministro: Alexandre Luiz Ramos. Data: 23 jun. 2020. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1347&digitoTst=42&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0059&submit=Consultar>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

(42) HERNANDO, Javier Alvarez. *Practicum protección de datos*. Navarra: Aranzadi, 2018. p. 913.

(43) TILLI, Nicola *et al.* *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2019. p. 7.

(44) EECKE, Patrick Van. *The EU general data protection regulation: a commentary*. Oxford: Oxford University, 2020. p. 1237.

aos dados pessoais do candidato à vaga de emprego ou ao trabalhador;

c) o critério de acesso aos dados pessoais não pode ser baseado na hierarquia, mas no princípio da finalidade, ligada à atividade desempenhada por cada gestor e/ou colaborador;

d) as questões atinentes à vigilância não podem gerar intromissões indevidas, estabelecendo um balanço entre os interesses das empresas e dos seus colaboradores.

4. Considerações finais

A partir da pesquisa realizada, tecem-se as seguintes considerações finais:

A uma, não é mais possível dividir as existências, sendo que as atividades dos colaboradores vibram entre o físico e o virtual, em uma *Onlife Work Experience*;

A duas, dados pessoais dos trabalhadores, inclusive, os categorizados como sensíveis, fluem no ambiente corporativo, devendo ser observados os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, sobretudo, da boa-fé, finalidade, necessidade, adequação e não discriminação;

A três, as novas perspectivas contemplam: a introdução de uma cultura de proteção de dados no ambiente empresarial; preocupação com a documentação preenchida pela organização; critérios de acesso de dados pelos colaboradores.

São medidas concretas que devem ser buscadas no sentido de uma melhor experiência do trabalhador, como titular de dados pessoais, que possa colher os benefícios da tecnologia, não podendo gerar intromissões indevidas, estabelecendo o equilíbrio entre os interesses das empresas e dos trabalhadores.

5. Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 07 fev. 2021.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 26 fev. 2021.

_____. *Trabalho: emprego e previdência*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/registrar-comunicacao-de-acidente-de-trabalho-cat>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Sentença: 1000708-47.2020.5.02.0391 (ACP-Civ)*. Juiz do Trabalho: Willian Alessandro Rocha. Vara do Trabalho de Poá. Data: 29 set. 2020. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000708-47.2020.5.02.0391>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Sentença: 1000300-56.2020.5.02.0391 (ATOrd)*. Juiz do Trabalho: Willian Alessandro Rocha. Vara do Trabalho de Poá. Data: 02 set. 2020. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000300-56.2020.5.02.0391>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Teletrabalho: o trabalho de onde você estiver*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 1347-42.2014.5.12.0059*. Ministro: Alexandre Luiz Ramos. Data: 23 jun. 2020. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1347&digitoTst=42&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0059&submit=Consultar>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CINQUENTA anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Berlin, Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Decisões automatizadas em matéria de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

_____. GOULART, Guilherme. Ética algorítmica e proteção de dados pessoais sensíveis: classificação de dados de geolocalização em aplicativos de combate à pandemia e hipóteses de tratamento. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura *et al.* (Coords.). *Direito Digital e Inteligência Artificial*. Indaiatuba: Foco, 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

EECKE, Patrick Van. *The EU general data protection regulation: a commentary*. Oxford: Oxford University, 2020.

FINCATO, Denise. *Compliance trabalhista: estratégias para minimizar riscos e alavancar negócios*. iWorkab Class. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mgUtpFB3vBg>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

FINOCCHIARO, Giusella. La memoria della rete e il diritto all'oblio. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 391-404, jul./out. 2010.

FLORIDI, Luciano. *The 4th Revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. *The onlife manifesto being human in a hyperconnected era*. Oxford: Springer, 2015.

HERNANDO, Javier Alvarez. *Practicum protección de datos*. Navarra: Aranzadi, 2018.

MARTINS, Rafael Lara. *Quais os impactos práticos da LGPD nas relações trabalhistas?: a LGPD se aplica desde a fase pré-contratual, em que há o recebimento de currículos com dados pessoais*. 11 set. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quais-os-impactos-praticos-da-lgpd-nas-relacoes-trabalhistas-11092020>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PES-SOA, André. Reflexos da LGPD no direito e no processo de trabalho. In: GASPAR, Gabriela Curi Ramos. *LGPD e o tratamento de dados sensíveis nas organizações de tendência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 199-229.

MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PES-SOA, André. Reflexos LGPD no direito e no processo do trabalho. In: PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. *A lei geral de proteção de dados e seus impactos nas relações de trabalho*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 47-72.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Proteção dos dados pessoais dos trabalhadores: repertório de recomendações práticas*. 1 set. 1997. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9223103290_ES/lang-es/index.htm>. Acesso em: 19 fev. 2021.

PARECER 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. 2007. Disponível em: <https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 2021.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em: dez. 2020.

RODOTÀ, Stefano. *La rivoluzione della dignità*. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TILLI, Nicola *et al.* *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2019.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Acórdão 186/2000, de 10 de julho*. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4170>>. Acesso em: 2021.

O Direito a Inviolabilidade de Dados da Pessoa Natural no Sistema Positivo Brasileiro e sua Incursão nas Relações de Trabalho em Face da LGPD

Arnóbio Teixeira de Lima^(*)

Resumo:

- ▶ O objetivo do presente trabalho, sem a pretensão ingênua de esgotar o tema da abordagem, é fomentar a discussão acerca das garantias individuais da pessoa natural, frente às necessidades da regulação da proteção de dados individuais nas relações sociais do trabalho e do processo do trabalho, no enfrentamento das transformações das relações sociais, nela incluindo-se as relações do trabalho, em decorrência dos avanços tecnológicos da era digital, especificamente a partir do marco regulatório da proteção de dados individuais, estabelecido no Brasil com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. A abordagem se inicia informando antecedentes históricos, prossegue informando as bases que ancoram o sistema de proteção de dados individuais, e as consequentes implicações do direito e no processo do trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Garantias individuais — Pessoa natural — Dados — Proteção — Direito do trabalho.

Abstract:

- ▶ The objective of the present work, without the naive pretension of exhausting the theme of the approach, is to encourage the discussion about the individual guarantees of the natural person, in face of the needs of the regulation of the protection of individual data in the social relations of work and the work process, in facing the transformations of social relations, including labor relations, as a result of technological advances in the digital age, specifically from the regulatory framework for the protection of individual data, established in Brazil with the advent of the General Law on Data Protection Data – LGPD. The approach starts by informing historical background, continues by informing the bases that anchor the individual data protection system, and the consequent implications of the law and in the work process.

(*) Juiz aposentado. Advogado.

Keywords:

► Individual guarantees — Natural person — Data — Protection — Labor law.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Antecedentes Históricos do direito à proteção aos dados pessoais
- 3. Antecedentes Históricos do direito à proteção aos dados pessoais no Brasil
- 4. A lei geral de processamento de dados: princípios que orientam, objetivos, conceito de dados, sua sistematização legal, e abrangência normativa
 - 4.1. Princípios que orientam a LGPD
 - 4.2. Objetivos da LGPD
 - 4.3. Conceitos na LGPD
 - 4.4. Sistematização dos dados pessoais na LGPD
 - 4.5. Da abrangência normativa da LGPD
- 5. Da aplicação da lei de proteção aos dados da pessoa natural nas relações de trabalho
 - 5.1. Das fases de tratamento dos dados pessoais da pessoa natural nas relações de trabalho de acordo com a LGPD
 - 5.2. Do microsistema de responsabilidades pela manutenção, tratamento e informações dos dados na relação de trabalho, de acordo com a LGPD
 - 5.3. Do microsistema de hierarquia das responsabilidades pela manutenção, tratamento e informações dos dados na reelação de trabalho, de acordo com a LGPD
 - 5.4. Do sistema de tratamento de dados estabelecido na LGPD e sua incidência na contratação do trabalho doméstico
 - 5.5. Das implicações da LGPD no engendramento das relações do Direito Coletivo de Trabalho
- 6. Da aplicação da Lei Geral de Processamento de Dados da Pessoa natural — LGDP, na esfera do Direito Processual do Trabalho
 - 6.1. Da repercussão da LGPD no Direito Processual Individual do Trabalho
 - 6.2. Da repercussão da LGPD no Direito Processual Coletivo do Trabalho
- 7. Da repercussão da Lei Geral de Processamento de Dados da Pessoa natural — LGDP, na estrutura da Justiça do Trabalho
- 8. Considerações finais
- 9. Referências

1. Introdução

Na contextualização civilizatória da humanidade, para cada fenômeno social e ou econômico emergente, surge a necessidade de sua modulação no campo prático, objetivando sua adequação à legislação de vigência, de

modo que, a cada direito individual ou coletivo inerente ao fenômeno, corresponda uma obrigação de igual envergadura.

Na condição de gestor originários das questões decorrente das relações entre povos para as quais foi vocacionado, o Estado adota

como uma das suas mais diversas ferramentas propositivas a via da regulamentação. José Afonso da Silva⁽¹⁾, refere que cada passo da etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos.

Em defesa da ideia da “*data drive economy*”, Iuri Pinheiro e Vólia Bomfim⁽²⁾ sustentam que: “Os dados, cada vez mais, são processados e valorados economicamente, sendo considerados o principal insumo da sociedade contemporânea e equiparados ao petróleo de outros tempos”.

Dessa forma, não somente o surgimento da internet a partir de meados do século 20, como também a tomada de decisões a partir da análise de dados, e principalmente a partir do surgimento da inteligência artificial como ferramenta determinante na adoção de políticas públicas e privadas de forma global, suscitam do Estado uma resposta equânime, não somente para regulamentar os sistemas de processamentos de dados, como também para assegurar aos cidadãos, o direito de que seus dados pessoais não sejam utilizados para fins não autorizados.

2. Antecedentes históricos do direito à proteção aos dados pessoais

O direito de ter seus dados pessoais preservados ou não utilizados para fins não autorizados tem surgimento a partir do direito

bancário, a partir da necessidade de resguardar as grandes fortunas do conhecimento público. Reinaldo Marques (2017)⁽³⁾, com apoio em Cotelly⁽⁴⁾ e Nelson⁽⁵⁾, faz referência a operações de natureza bancária ocorrida na Babilônia, no século VII, AC., depois na Grécia antiga, em ambos os casos sob a tutela de sacerdotes. Segundo o autor, em Roma, no século III AC., o segredo dos depósitos e da identidade de seus donos cabia aos “*argentarius*”, então guardiões do “*Codex*”, livro secreto de registro de “dever e haver”, somente exibido na justiça em litígio com o próprio cliente. Essas regras se mantiveram e se modernizaram no tempo até a idade média, no início do século XV, com a criação da primeira instituição financeira registrada em estatutos, o *Banco di San Giorgio*, na República de Gênova, na Península Itálica.

3. Antecedentes históricos do direito à proteção aos dados pessoais no Brasil

No direito positivo brasileiro, a Constituição de 1824, assegurou a inviolabilidade das cartas, art. 179, XXVII, no que foi seguida pela Constituição da República de 1891, que não somente assegurou a inviolabilidade da correspondência, como também garantia a liberdade individual, decerto, a segurança quanto à utilização de seus dados pessoais para fins diversos.

Esse direito manteve-se positivado ao longo do tempo, culminando com a Constituição de 1967, que no seu art. 150, § 9º, estendeu a garantia da correspondência escrita às correspondências telefônicas e telegráficas, mantendo-se igual direito no texto do art. 153, § 9º, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

(1) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 253.

(2) 1. Juiz do Trabalho. Coordenador da Pós-Graduação de *Compliance* Trabalhista, LGPD e Prática Trabalhista do IEPREV, Professor de diversas instituições, dentre elas PUC-MG, CERS e IEPREV. Professor Convidado das Escolas Judiciais dos TRTs 3, 5, 7, 14 e 22. Escritor de obras jurídicas, especialmente do Manual do *Compliance* Trabalhista e Manual da Terceirização. Formação em *Compliance* Laboral pela Wolters Kluwer (Espanha). 2. Advogada Trabalhista e Consultora Jurídica. Desembargadora Aposentada do TRT da 1ª Região. Coordenadora Científica da Pós-Graduação de *Compliance* Trabalhista, LGPD e Prática Trabalhista do IEPREV. Professora de diversas instituições e de Escolas Judiciais. Mestre e Doutora em Direito. Participou da Comissão de Reforma Trabalhista da Câmara dos Deputados. Escritora de obras jurídicas, especialmente do manual de Direito do Trabalho em sua 17ª edição.

(3) Reinaldo Marques da Silva, é doutorando em Direito e Ciências Sociais, mestrando em Direito Comparado, especialista em Direito Tributário. Servidor Público em SP.

(4) COTELLY, E., *Derecho Bancario*. Conceptos generales e historia. Buenos Aires: Ed. Arayú, 1956. p. 297.

(5) NELSON, Abrão. *Direito Bancário*. 16. ed. ver., atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão, São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

Neste contexto, Iuri Pinheiro e Vólia Bomfim⁽⁶⁾, após discorrer sobre o tratamento da matéria alusiva à proteção de dados pessoais no âmbito da União Europeia, argumentam que:

No Brasil, viveu-se um longo período de anomia legislativa específica, mas que não significa dizer que vivíamos um estado de absoluta desproteção, afinal, a privacidade e a intimidade são valores inscritos no catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, X, da CF/88). O inciso XII do artigo 5º da Constituição expressamente protege o sigilo dos dados e da correspondência. Além disso, existem outras manifestações infraconstitucionais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (arts. 43 a 45); Lei n. 9.507, de 12.11.1997 (Habeas Data); Lei n. 12.414, de 9.06.2011 (Cadastro Positivo); Lei n. 12.527, de 18.11.2011 (Lei do Acesso à Informação); e Lei n. 12.965, de 23.04.2014 (Marco Civil da Internet).

A propósito, o sistema de controle de dados pessoais no Brasil, concebido através da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, LGPD, sua vigência coincide com o momento em que se entabulam negociações para a implantação do sistema 5G de internet no Brasil, bem como, com o avanço da chamada “internet das coisas”, que tenciona conectar o mundo físico à era digital.

Esta Lei vem atender aos anseios da comunidade jurídica, nascidos desde os idos de 1988, quando o legislador constituinte já vislumbrava a necessidade de proteção aos dados individuais das pessoas⁽⁷⁾, e a esta altura

(6) PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. In: *Trabalho E(m) Debate*. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/colunista/detalhe/trabalho-em-debate>>.

(7) Constituição Federal, Art. 5º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

dos acontecimentos, com muito mais razão, por força dos avanços tecnológicos de vanguarda, cujos fins e finalidades se apresentam imprevisíveis.

Por outro lado, o momento não poderia ser mais oportuno, dado que, a legislação vem de encontro a regulação de proteção aos dados pessoais já promovida nos países desenvolvidos, e principalmente nos países do continente europeu, cujos estudos resultou no Regulamento Geral de Proteção de dados Pessoais da União Europeia de 2016/679, em vigor a partir de 25 de maio de 2018.

Coincidência ou não, respeitada a maior autonomia dos estados americanos em relação aos estados federados brasileiros, a questão já vem sendo discutida nos Estados Unidos da América, inclusive com legislação de proteção de dados, aprovadas nos estados americanos da Califórnia, Nevada, Massachusetts e Minnesota. E mais recentemente em junho de 2020, foi aprovada a *New York Stop Hacks and Improve Electronic Data Security Act (NY SHIELD)*⁽⁸⁾, para o estado de Nova Iorque.

Nesse quadro, a legislação brasileira vem situar o Brasil no rol dos Países interessados na proteção dos direitos fundamentais, ou dos direitos civis, e especificamente dos direitos inerentes às pessoas naturais.

4. A lei geral de processamento de dados: princípios que orientam, objetivos, conceito de dados, sua sistematização legal, e abrangência normativa

4.1. Princípios que orientam a LGPD

Antes adentrarmos nas questões específicas sobre os princípios indicados na LGPD, inicialmente, precisamos antever o que vem a ser princípios e o que vem a ser norma, porque a nosso sentir, do ponto de vista técnico, não caminhou bem o legislador na elaboração do art. 6º da referida lei. Senão Vejamos.

(8) Nova York, pare de hackear e melhore a lei de segurança de dados eletrônicos (NY SHIELD).

Os princípios jurídicos e ou sociais, são as bases das ideias de onde se irradiam os fenômenos que dão lugar à elaboração dos conceitos, das concepções e dos valores do corpo social. O princípio é a ideia, o pondo de partida para uma infinidade de concepções e proposições acerca de um determinado fenômeno jurídico ou social.

Enquanto o princípio informa uma universalidade de possibilidades inerente ao fenômeno pensado ou idealizado, a norma informa um caso concreto, ou seja, regula a situação fatural ocorrente ou possível de ocorrer, disciplinando a regra de conduta positiva ou negativa a ser adotada diante da situação delineada.

A norma deve dispor sobre um fato concreto, ainda que subjetivo. O princípio ao contrário, estampa uma ideia genérica, com possibilidades infinitas de possíveis adequação com os fatos presentes.

A norma dispõe sobre uma situação acontecida ou com real possibilidade de acontecer, contextualizada em um momento histórico da convivência social. O princípio supõe um fenômeno de infinitas variáveis, possível de acontecer. A lei é o resultado do que se extrai desse fenômeno, adequando-se a ideia geral às situações concretizadas ou possíveis de se concretizar.

Em uma hipótese de conter e estar contido, a norma sempre estará contida e intrinsecamente atrelada ao princípio, enquanto que este, porque de abrangência indefinida, ainda que funcione como elemento integrativo da norma, com ela não se confunde, porque suas infinitas variáveis, o faz transbordar da área de atuação da norma, torna impossível sua normatização, de per si, de modo satisfatório.

Assim contextualizada a distinção entre princípio e norma, mesmo reconhecendo a possibilidade da propositura de princípios normativos, na via constitucional, José Afonso da Silva, (2001)⁽⁹⁾, argumenta que os princípios

encartados no Título I da Constituição Federal do Brasil exprimem a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.

Na conceituação de norma, o mesmo José Afonso, defende que “as normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo... que vinculam pessoas ou entidades a obrigações de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.

Resumindo, o princípio define subjetivamente um direito suscetível de regularização no corpo social, enquanto que a norma o insere na ordem jurídica como regra de conduta no ordenamento positivo.

Em direcionamento idêntico, vamos encontrar o pensamento de Carlos Maximiliano, (1996)⁽¹⁰⁾, que recorrendo sobre os Princípios Gerais de Direito, argumenta que “todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores”.

Fizemos essa digressão acerca do conceito de princípios e normas, para suscitar nosso ponto de vista contrário à inserção no art. 6º, da LGPD, dos princípios que a orientam, posto que, a nosso sentir, toda norma emanada do poder público e especialmente do poder legislativo, deve ser: clara, precisa, positiva e capaz de ser entendida ou alcançada pelo entendimento médio do homem comum.

Toda norma que traz em seu conteúdo o rol de princípios que a informa, de regra, não é endereçada ao conhecimento popular. Porque o povo, de um modo em geral, não detém o conhecimento dos princípios, mesmo porque, como se afirmou alhures, os princípios conferem objetivos genéricos de identificações subjetivas, de interpretações as mais diversas

(9) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95.

(10) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 295.

possíveis, de modo que, tecnicamente, nenhuma norma deve delimitar os princípios que a sustenta, e juridicamente, quando o faz, deixa de atender ao princípio objetivo da lei, a publicidade, posto que, aquilo que não é do alcance do conhecimento popular, não é público.

Feito o registro destas considerações, em síntese a Lei Geral de Processamento de Dados Pessoais do Brasil, adota como informadores de sua inserção na ordem jurídica positiva, a serem observados no tratamento dos dados pessoais, além da boa-fé, os seguintes princípios:

- a) Da **Finalidade**: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- b) Da **Adequação**: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- c) Da **Necessidade**: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- d) Do **Livre acesso**: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- e) Da **Qualidade dos dados**: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- f) Da **Transparência**: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

g) Da **Segurança**: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

h) Da **Prevenção**: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

i) Da **Não discriminação**: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

j) Da **Responsabilização e prestação de contas**: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Além desses princípios nomeados no art. 6º da LGPD, dentre tantos outros que podem ser verificados no conteúdo normativos, merece destaque o Princípio da Inviolabilidade dos dados, encartado no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que orienta todos os fundamentos alusivos à proteção de dados, não somente da pessoa natural, como também de todas as pessoas jurídicas públicas e privadas.

4.2. Objetivos da LGPD

A Lei Geral de Processamento de Dados tem por objetivo, a proteção do tratamento dos dados da pessoa natural, inclusive nos meios digitais, envolvendo a coleta, o processamento, o compartilhamento e sua inutilização, com ênfase na proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme se infere ao art. 1º da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.

A Lei Geral de Proteção de Dados⁽¹¹⁾ foi sancionada em agosto, e é um importante marco normativo brasileiro. Ela foi criada para estabelecer

(11) Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/protecao-de-dados/lgpd-e-a-definicao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

regras mais claras e transparentes ao tratamento de dados pessoais, realizado por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, inclusive nos meios digitais.

Esse Regulamento de Processamento de Dados-RPD, objetivando o disciplinamento do tratamento dos dados da pessoa natural, se insere nas garantias da inviolabilidade contidas no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal⁽¹²⁾, especificamente no que se refere à intimidade, à vida privada e honra, a imagem, e à todas as modalidades de correspondência, inclusive por meio digital.

Assim contextualizada a LGPD, o arcabouço jurídico dela decorrente, se apresenta como espécie do gênero dos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja estrutura dá alicerce ao direito a uma democracia plural e ao direito de cidadania, com os meios e mecanismos inerentes a sua positivação.

4.3. Conceitos na LGPD

A nova lei de proteção aos dados pessoais, informa um disciplinamento rígido, e com regras estabelecidas sobre como deve se dar a coleta, o armazenamento, o tratamento e o compartilhamento de dados, nas relações estabelecidas ou em vias de se estabelecer entre pessoas, ou entre esta e uma entidade pública ou privada, instituindo padrões de proteção dos dados coletados e penalidades para sua inobservância.

Destarte, a LGPD pode ser concebida como um conjunto sistematizado de regras de condutas destinadas à proteção dos dados da pessoa natural. É um sistema de proteção de dados das pessoas naturais, que se amolda no guarda-chuva dos direitos fundamentais

(12) Constituição Federal, Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII – é inviolável sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para os fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

assegurados pela Carta da República. E quanto aos dados da pessoa natural, a própria lei nos oferece sua conceituação, quando enumera no seu art. 5º que para os fins desta lei, considera-se dado pessoal: a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

Acerca de dados pessoais, são todas as informações fornecidas por uma pessoa, ou obtidas por meios digitais ou eletrônicos em relação à pessoa ou às pessoas, para fins de utilização pelo controlador conceituado na lei, (art. 5º VI)⁽¹³⁾, ou para o compartilhamento dos dados, de qualquer forma com terceiros.

A lei não faz distinção na conceituação, se os dados da proteção são identificados ou identificáveis, porquanto, a título de exemplo, não somente o documento obtido para a comprovação da informação, como qualquer outra informação ou dado, ainda que obtida ou obtido por meio digital, estão sob a proteção da LGPD.

Neste ponto, comungamos do entendimento segundo o qual, os dados são considerados identificados quando fornecidos ou obtidos diretamente pelo titular, ou por pessoa por ele autorizada e são considerados identificáveis, quando obtidos por iniciativa daquele que os vai utilizar, sem o conhecimento do titular, mediante busca ou pesquisa telefônica, por e-mail ou por qualquer meio ou aplicativo digital, a exemplo da *internet*, *cookies* ou protocolo de *internet* (endereço de IP).

De outro lado, são conceituados como dados sensíveis, nos termos da lei, aqueles relacionados à intimidade, ao livre pensamento e às convicções da pessoa natural, conforme elenco contido no art. 5º, II da LGPD⁽¹⁴⁾.

(13) Lei n. 13.709/2018, Art. 5º, VI – controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

(14) Lei n. 13.709/2018, Art. 5º, II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente

A propósito do tema, e porque relacionado aos dados, do ponto de vista dos modos de armazenamento, no nosso entender a lei alcança qualquer tipo de banco de dados, sejam físicos, eletrônicos ou mesmo aqueles armazenados nas chamadas nuvens, um universo da internet muito utilizado em tempos atuais, desde que o controlador tenha, sede, agência, filial ou de qualquer forma representação no território nacional.

4.4. Sistematização dos dados pessoais na LGPD

Dentro do sistema legal protetivo dos dados pessoais da pessoa natural, a LGPD estabeleceu diferenciação não só no tratamento que deve merecer determinados dados, como também uma sistematização de dados por categorias.

A esse respeito, tomamos de empréstimo a sistematização formulada por Rodolfo Pamplona Filho e Vicente Vasconcelos Coni Junior (2021)⁽¹⁵⁾, por entende-la de melhor abrangência do tema, para quem, os dados pessoais protegidos na lei, podem ser dos seguintes tipos:

a) Dados pessoais: Informações gerais, como as listadas no parágrafo acima, abrangendo tanto a pessoa natural identificada como aquela que for identificável;

b) Dados pessoais sensíveis: Dados sobre origem racial, saúde, genética filosóficos, políticos, biométricos, filiações sindicais, extraídos de vídeos e fotografias, dados relativos a menores etc., que possuem tratamento diferenciado pela Lei que apresenta aparentemente um rol exemplificativo, com uma proteção mais rígida, por envolver geralmente informações de foro íntimo, ou determinadas categorias que gozam

à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

(15) PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JÚNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no direito do trabalho. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7108>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

de tutela diferenciada pelo Ordenamento Jurídico Pátrio;

c) Dados anonimizados: aqueles que não podem ser identificados, ou que perdem de modo definitivo a possibilidade de associação com o indivíduo, que em tese estão fora do âmbito de proteção da LGPD, diante do anonimato que lhe é peculiar;

d) Dados pseudoanonimizados: dados anonimizados que conferem a possibilidade de reversão ou identificação do indivíduo por quem controla o banco de dados.

4.5. Da abrangência normativa da LGPD

O estudo da abrangência da Lei Geral de Processamento de Dados pessoais revela que a matéria deve ser analisada sob três aspectos: formal, material e quanto aos fins de sua destinação.

A esse respeito dispõe o Parágrafo Único do art. 1º da Lei n. 13.709/2018, que “As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”, logo, do ponto de vista formal, estamos diante de um instrumento normativo de aplicação em todo o território nacional, e que tem alcance a todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que nas suas atividades, utilizem a coleta e o processamento de dados pessoais.

Do ponto de vista material, a LGPD também é endereçada a todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, contudo, sofre restrições na sua aplicação, porquanto, de acordo com seu art. 4º, da referida norma, não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I – realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II – realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III – realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais;

ou IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

Dessa forma, considerada a restrição contida no art. 4º, do ponto de vista material a LGDP não pode ser considerada como de aplicação plena, pois, de seu texto há limitações de sua aplicação, também não deve ser conceituada como norma de aplicação restrita, posto que, não há qualquer restrição quanto ao seu principal objetivo, que é a proteção de dados pessoais, razão pela qual, porque contextual a restrição de sua aplicabilidade, a LGPD se apresenta como uma norma de aplicação ampla, com restrições.

No que se refere aos fins aos quais se destina, e lei tem por finalidade a proteção de dados da pessoa natural e adota como objetivos: proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme estampado no seu art. 1º.

Em resumo, no que concerne à abrangência, a LGPD é uma lei de abrangência geral em todo o território nacional, com restrições em sua aplicação nas situações que especifica, conforme enumeração acima, que tem por finalidade a proteção dos dados da pessoa natural, na defesa dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

5. Da aplicação da lei de proteção aos dados da pessoa natural nas relações de trabalho

Ao final do século XX, apesar da ausência de políticas públicas capaz de dar respostas às necessidades sociais, principalmente dos jovens brasileiros, de enxergar perspectivas de ingressar no mercado de trabalho, o Brasil,

a partir da Constituição Federal de 1988, vem promovendo um acentuado avanço naquilo que se denominou chamar de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

A título exemplificativo, merecem destaque a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 12.965, de 2 de abril de 2014, que assegurou direitos e deveres para o uso da *internet*, o chamado marco da *internet*, e mais recentemente a LGPD, através da Lei n. 13.709, de 2018, cuja vigência em sua interessa se dará em 2021, e que tem como objetivo a proteção do tratamento dos dados da pessoa natural, inclusive nos meios digitais, envolvendo a coleta, o processamento, o compartilhamento e sua inutilização.

Nas relações de trabalho a LGPD tem sua razão de aplicabilidade no fato de que, toda relação de emprego nasce de um contrato, de um acordo de vontade entre as partes, cujo conteúdo pode ser tácito ou por escrito, art. 442 da CLT⁽¹⁶⁾, porquanto, para a formalização do ajuste, ainda que tácito, se faz necessário que as partes envolvidas no negócio tenham conhecimentos uma das outras, o empregado para saber qual o ramo de negócio de seu empregador e em qual atividade se encaixa e para o empregador, surge a necessidade de conhecer as capacidades que podem ser desenvolvidas pelo empregado, suas habilidades, seus conhecimentos técnicos e sua qualificação como pessoa natural, não somente para efeito de sua própria segurança e do seu negócio, como também para colaborar com os serviços de segurança pública e de justiça, nas ocasiões que as informações foram requisitadas, observadas as disposições contidas nos arts. 15 e 16 da LGPD.

A Lei de Proteção de Dados da Pessoa natural implicou em inúmeras obrigações não

(16) CLT Art. 442 – Contrato de Trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

somente para as empresas de um modo geral, que por sua natureza e vocação necessitam do armazenamento e processamento de dados, como também para essas mesmas empresas e as demais, quando situadas nas mais diversas categorias patronais, com especificidade no tratamento dos dados nas relações de trabalho, em especial quando, após definir como titular do direito à proteção de dados, a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; conceitua as pessoas do controlador, do operador e do encarregado da coleta e processamento dos dados, conforme se infere do seu art. 5º, incisos VI, VII e VIII da norma.

Nos termos da lei, **controlador** é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; **operador** é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; e **encarregado**, é a pessoa indicada pelo controlador e ou operador, para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Assim contextualizada, a LGPD instituiu vários microssistemas, dentre os quais, 02 (dois) sistemas se destacam nas relações de trabalho, quais sejam: o sistema de tratamento de dados da pessoa natural, que compreende a coleta dos dados, seu tratamento, sua guarda, utilização e destruição e o sistema de processamento dos dados, envolvendo a hierarquia para efeito da responsabilidade das pessoas envolvidas no processo. Pactuando de igual entendimento vamos encontrar, Rodolfo Pamplona Filho e Vicente Vasconcelos Coni Júnior⁽¹⁷⁾, Henrique Correia e Paulo Henrique

(17) *A lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos no direito do trabalho*. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7108>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

Martinucci Boldrin⁽¹⁸⁾, Iuri Pinheiro e Vólia Bomfim⁽¹⁹⁾, dentre muitos outros.

5.1. Das fases de tratamento dos dados pessoais da pessoa natural nas relações de trabalho de acordo com a LGPD

No que se refere ao momento de tratamento dos dados, a doutrina é uniforme no sentido de que os dados merecem tratamento antes, durante e depois de extinto o contrato de trabalho, as quais, na dicção de Rodolfo Pamplona Filho e Vicente Vasconcelos Coni Júnior (*ibidem*), compreendem:

a) **Fase pré-contratual**, envolvendo a coleta de dados dos candidatos ao emprego, a exemplo de currículos, trabalhos realizados em outras empresas, declarações fornecidas por terceiros, documentação pessoal etc.;

b) **Fase de formalização do contrato**: ocasião em que são classificados todos os dados do empregado, que resultem do interesse do empregador, que vai além dos documentos pessoais, ao conhecimento das habilidades profissionais, inclusive, da propriedade de implementos necessários ao desenvolvimento das tarefas para as quais vai ser contratado;

c) **Fase contratual**: compreendendo o conjunto de dados relacionados à execução do contrato, tais como jornada de trabalho, tipos de jornadas, horários, modalidade remuneratória, as funções e atividades de seu exercício, bem como, os dados produzidos durante o curso do contrato, que dada a sua natureza de trato sucessivo, vão se acumulando durante toda a execução da relação de emprego;

(18) *A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho*. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

(19) *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho*. Henrique Correia e Paulo Henrique Martinucci Boldrin. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/334212/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-e-o-direito-do-trabalho>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

d) Fase pós-contratual: ocasião em que o empregador dever manter os dados sob sua guarda, no mínimo, até o implemento do prazo da prescrição total de dois anos inerente ao contrato de trabalho.

Fizemos referência ao mínimo, porque nas hipóteses das empresas com atividades de processamento de produtos químicos, mesmo depois de encerradas as atividades do empreendimento, as companhias tem necessidade de armazenamento dos dados, para fins de atender a requisições dos órgãos sanitários e das organizações de segurança pública.

De outro lado, na fase pós-contratual, caso a empresa esteja em litígio com o empregado, os dados devem permanecer em seu poder, não somente para a produção de sua defesa em juízo, que compreende até o término do direito à ação rescisória, bem assim, para prestar informações por determinações judiciais, ou quando da realização de perícias, etc.

Os conceituados juristas, Rodolfo Pamplona Filho e Vicente Vasconcelos Coni Júnior, (ibidem), no trato dessa matéria, ainda fazem referência às relações interempresariais.

A esse respeito, no nosso ponto de vista, mesmo reconhecendo a imprescindibilidade da manutenção e processamento dos dados dos empregados envolvidos nas relações interempresariais, tais como: de empresas terceirizadas e ou conveniadas, bem assim, nos casos da concessão de planos assistenciais como de saúde, previdência social ou pecúlio da aposentadoria, essa hipótese se contém no quadro das fases já mencionadas, especificamente na fase da execução do contrato, seria, portanto, um apêndice daquelas fases.

5.2. Do microssistema de responsabilidades pela manutenção, tratamento e informações dos dados na relação de trabalho, de acordo com a LGPD

Como mencionado em item precedente, a LGPD criou um microssistema de processamento de dados, compreendendo o titular dos

dados ou informações, na figura do empregado e os agentes responsáveis pelo tratamento e inutilização dos dados, nas pessoas do Controlador, do operador e do encarregado, impondo a este último a função de ser o interlocutor entre a empresa, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), conforme disposto no art. 5º, VIII, da citada norma.

No caso brasileiro, no qual as micro e pequenas empresas, de regra, têm suas escriturações, inclusive, de — admissões, acompanhamento e demissões de empregados —, entregues a escritórios especializados de contabilidade, as atribuições de operador e encarregado podem ser exercidas pela pessoa responsável contratada pelo empregador, para o gerenciamento destes dados, a qual, atuará no exercício da função de preposto empresarial, assumindo, inclusive, as obrigações decorrente da lei, (art. 42, inciso I), das quais não se eximirá o empregador, por disposição legal, na qualidade de controlador.

Noutra vertente, nas situações que envolvem grandes empreendimentos, ou seja, nas grandes empresas, em cuja estruturação comporta Departamento Pessoal e órgãos auxiliares, caberá ao empregador, por sua livre escolha, indicar a pessoa responsável pela interlocução dos dados entre a empresa, o titular dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), cujas funções de Operador de Dados e de Encarregado de Dados, poderão se concentrar na pessoa do Chefe de Departamento Pessoal ou distribuídas entre os órgãos auxiliares, ao livre critério do empregador, na utilização de seu poder diretivo, inerente às funções empresariais.

5.3. Do microssistema de hierarquia das responsabilidades pela manutenção, tratamento e informações dos dados na relação de trabalho, de acordo com a LGPD

Fazemos referência a este microssistema, somente para fazer o registro de que, de conformidade com a LGPD, as atribuições de

responsabilidades quanto ao seu cumprimento e observância, são hierarquizadas, situando-se como principal responsável pelo tratamento e processamento dos dados da pessoa do empregado, o seu empregador, o qual, de acordo com a lei, atua na condição de controlador.

Por seu turno, os demais agentes integrantes do sistema, nas pessoas do Operador de Dados e do Encarregado de Dados, inclusive, quando as pessoas do operador e do encarregado, estiverem a cargo de pessoas físicas ou jurídicas, contratadas para o gerenciamento dos registros dos dados e da contabilização da micro ou pequena empresa, estes agentes de coleta, manutenção e processamento de dados, atuam mediante delegação do empregador, porquanto, também são responsáveis solidários nos termos estipulados no ar. 42, inciso I, da LGPD, excetuando dessa responsabilidade o encarregado de dados.

Neste ponto, entendemos por pertinente, a adequação da matéria às disposições contidas no § 3º do art. 41 da LGPD, segundo as quais: “A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados”.

Ou seja, a própria lei contextualizou a matéria, deixando para a Autoridade Nacional de Processamento de Dados, a conveniência e oportunidade, não somente de definir as atribuições do Encarregado de Dados, como também de dispensar sua indicação de acordo com a natureza e o porte da entidade, entendendo-se, neste caso, como entidade, o empregador.

Por derradeiro, a lei não faz referência às responsabilidades do Encarregado de Dados, disciplinando apenas a responsabilidade solidária do controlador e do operador de dados. Contudo, entendemos que a pessoa indicada como encarregado de dados, responde administrativamente pelo tratamento dos dados,

podendo, inclusive, ser dispensado por justa causa, quando fizer uso dos dados para fins não autorizados pelo controlador ou pelo operador, nas hipóteses previstas no art. 482 da CLT, não citadas nesta oportunidade, em razão das suas diversidades indicadas no artigo mencionado.

5.4. Do sistema de tratamento de dados estabelecido na LGPD e sua incidência na contratação do trabalho doméstico

No referente ao empregador doméstico, alguns autores defendem a não aplicação da LGPD no trato de suas relações com seus empregados. E o fazem, sob o manto da excludente de que alude o art. 4º, inciso I, da lei, segundo o qual, “Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I – realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

A esse respeito, de regra, comungamos com este posicionamento, até porque, também somos de opinião de que na relação do trabalho doméstica, o tratamento dos dados se dá para fins particulares e não econômicos.

De outra parte, no trato desta questão, o empregado doméstico é uma pessoa que na sua relação com os patrões, assume proximidade que muitas vezes se confunde com a própria família do empregador.

A confiança depositada no empregado doméstico, com a entrega das chaves da moradia do patrão e muitas vezes a permissão de residir na própria moradia do empregador, como nos casos do empregado doméstico que trabalha em apartamentos ou casas residenciais, dotados de dependência para empregados, ou nas hipóteses em que ao empregado doméstico é destinado uma dependência dentro da própria casa residencial, representa uma fidúcia muito superior àquela inerente aos cargos em comissão.

Posta a questão nestes termos, nada impede a quebra do pactuado, em decorrência de informações que, por sua natureza e conteúdo,

não deveriam ultrapassar os limites ou entornos do esteio familiar, as quais, podem ser do interesse de sigilo patronal ou do empregado, de modo que, a nosso sentir, analisada a LGPD, em sintonia com as regras estabelecidas nos art. 482 e 483 da CLT, a referida lei aplica-se à relação do trabalho doméstico, principalmente no que se refere aos dados vistos como “sensíveis” estabelecidos na norma, tais como: dados sobre origem racial, saúde, orientação sexual, e, inclusive, os dados relativos a pessoas menores.

5.5. Das implicações da LGPD no engendramento das relações do Direito Coletivo de Trabalho

O Direito coletivo do trabalho tem por finalidade a melhoria social dos trabalhadores, não entendido como uma unidade trabalhadora, no caso o empregado, mas, um conjunto de trabalhadores pertencente a determinadas categorias profissionais, cujos interesses se antagonizam com os interesses das categorias econômicas formadas pelas classes patronais.

Evaristo de Moraes Filho (2000)⁽²⁰⁾, defende que “o direito coletivo é exatamente a novidade desse ramo jurídico, que o desloca do tratamento meramente privatístico, individualista, para o campo do indivíduo, não mais isolado como ilha, e sim como parte de um todo grupal, mais amplo, que o antecede, supera e envolve”.

O direito coletivo do trabalho resulta da reunião das classes trabalhadoras, cujos objetivos são comuns a cada categoria organizada, e são representados por uma entidade sindical, à qual os trabalhadores da mesma categoria são filiados ou não ao sindicato, de conformidade com a disciplina do art. 8º, e inciso, da Constituição Federal.

Partindo desses pressupostos introdutórios, enveredemos nas linhas gerais de nossa proposição para argumentar, que a matéria alusiva a

incidência da LGPD nas relações de trabalho, já foi examinada em itens precedentes, inclusive já discorreremos sobre a imbricação da LGPD nas relações de trabalho.

Desse modo, entendendo que o contrato de trabalho coletivo nada mais é que uma extensão aprimorada dos direitos assegurados no contrato de trabalho individual, razão pela qual, a nosso ver, as mesmas regras aplicadas ao contrato de trabalho individual, guardadas as peculiaridades de cada contrato, (individual ou coletivo), podem ser aplicadas às Convenções Coletivas de Trabalho e aos Acordos Coletivos de Trabalho de que trata o art. 611 da CLT, especificamente quanto aos direitos de cada categoria profissional.

Assim, para afirmar que a LGPD integra o rol dos direitos coletivos em geral e o rol dos direitos coletivos do trabalho em particular, reza o art. 22 da referida lei, que “A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.”

Destarte, a partir do marco regulatório estabelecido pela LGPD, consubstanciado na Lei n. 13.709/2018, resultam sobremaneira ampliados os campos de incidência do Direito Coletivo do Trabalho, cujo objetivo foi regulamentar com especificidade os direitos já declarados e tutelados de forma esparsa no texto da Constituição Federal de 1988.

6. Da aplicação da Lei Geral de Processamento de Dados da Pessoa natural — LGPD, na esfera do Direito Processual do Trabalho.

O exame da incidência da LGPD na esfera do Direito Processual do Trabalho implica na análise do Direito Processual do Trabalho Individual e da análise do Direito Processual do Trabalho Coletivo, em espaços separados para fins de melhor distinção entre um e outro.

(20) MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr. 2000. p. 596.

6.1. Da repercussão da LGPD no Direito Processual Individual do Trabalho

Neste primeiro momento, não vislumbramos maiores alterações no direito processual trabalhista com o advento da Lei n. 13.709/2018, e assim afirmamos, porque a norma em relevo é de natureza substantiva; não foi elaborada com índole instrumental; não é norma destinada a regulamentar processos ou procedimentos judiciais, muito menos trabalhistas.

Observada a matéria por outro viés, a legislação de comento ainda é muito recente, foi sancionada, e ainda parcialmente, em 2018, depois disso, a partir do mês de março de 2020, não somente o Brasil, como todo o mundo experimentou a Pandemia do Coronavírus, fenômeno sanitária e de saúde pública de grande impacto social global, que resultou em grandes preocupações das massas trabalhadoras em não se contaminar com o vírus, especificamente no isolamento social para evitar contaminação; e em grande parte do País, até com a determinação de *Lockdown*, visando restrições severas à locomoção.

Em razão desses fatores, alinhados com a repercussão advinda da Reforma Trabalhista, implementada através da Lei n. 13.467/2017, do ponto de vista numérico, ou de modificação do volume de trabalho, não se verifica até então, impacto significativo da LGPD no Direito Processual do Trabalho, ou seja, não se verificou elevação do número de demandas.

Ainda assim, entendemos que a partir da regulamentação do direito fundamental do sigilo aos dados pessoais, outras demandas serão objeto de questionamento perante a Justiça do Trabalho, visando esclarecer sobre o tratamento de dados pessoais, não somente como um direito contextualizado no rol dos pedidos formulados, como também mediante Reclamação Trabalhista específica, nas hipóteses em que o trabalhador verificar, que houve violação ao seu direito fundamental de sigilo aos dados pessoais, nas mais diversas situações prevista na lei.

A exemplificar essa hipótese, o compartilhamento de dados pelo empregador com terceiros interessados, sem o livre consentimento do empregado, resulta no direito a uma indenização por danos patrimoniais, posto que, nos termos da lei, os dados pessoais do empregado, são aferidos como patrimônio pessoal, são somente os dados pessoais identificados ou identificáveis, citados no inciso I do art. 5º, e mais especificamente os dados pessoais sensíveis, mencionados nos incisos II do mesmo dispositivo.

Em análise positiva, o § 4º, do art. 42, Lei n. 13.709/2018, deixou explícito o cabimento da ação regressiva em favor do prejudicado, seja ele o operador de dados ou o encarregado de dados, disciplinando que “Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso”.

A partir dessa regra, é possível a ação regressiva no processo do trabalho, a ser instaurada pelo controlador ou pelo encarregado dos dados, quando forem obrigados a reparar danos decorrentes do cumprimento do regulamento de empresa ou de ordens diretas do empregador.

No mesmo sentido, no exame das questões alusivas ao tratamento de dados, o juiz do trabalho está autorizado a inverter o ônus da prova, em favor do titular dos dados, na dicção do § 2º, do art. 42, da referida lei, que mesmo tendo sido endereçada ao juiz do processo civil, tem perfeita aplicação no campo do Direito Processual do Trabalho, porque sintonizado, não somente com o princípios protetor que orienta as decisões no campo do processo do trabalho, como também com o princípio da razoabilidade, inerente a todas as decisões na esfera do processo do trabalho.

6.2. Da repercussão da LGPD no Direito Processual Coletivo do Trabalho

Ao analisar a questão da repercussão da LGPD no campo do Direito Processual Coletivo do Trabalho, Henrique Correia e Paulo

Henrique Martinucci Boldrin⁽²¹⁾ argumentam que:

“Quando identificada repercussão social que traga prejuízo à coletividade dos trabalhadores, haverá atuação do MPT, por meio de tutela inibitória da conduta lesiva ao trabalhador, com o estabelecimento de Termo de Ajustamento de Condutas com os infratores ou o ajuizamento de ação civil pública para se evitar o cometimento de novas práticas que prejudiquem os trabalhadores. Além disso, os Procuradores do Trabalho podem pleitear a indenização por danos morais coletivos para ressarcir a sociedade, do mal causado pelo tratamento indevido e prejudicial de dados pessoais dos trabalhadores.”

O exame dessas assertivas revela, *prima facie*, a possibilidade de manejo de 03 (três) instrumentos processuais capazes de coibir supostas violações aos direitos à proteção dos dados da pessoa natural, compreendidos neste contexto, como direito à proteção aos dados pessoais dos trabalhadores, quais sejam:

a) O Termo de Ajuste de Conduta, que tem por finalidade adequar os procedimentos empresariais de processamento dos dados, à legislação de vigência;

b) O Inquérito Civil Público, fundado no § 1º, do art. 8º da Lei n. 7.347/1985, para investigar possíveis irregularidade no processamento dos dados dos empregados de determinada empresa;

c) A Ação Civil Pública, fundada na mesma base legal do inquérito civil público; ou, nos artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor; e ainda, no § 3º, do art. 42 da Lei de Proteção aos Dados da pessoa

Natural n. 13.709/2018, objetivando a declaração da violação do direito à proteção de dados dos empregados, ou de outras classes de pessoas, na defesa dos direitos do consumidor.

Noutra vertente, analisada a matéria no campo específico do processo coletivo do trabalho, o art. 22 da referida lei, orienta que os direitos dela decorrentes, poderão ser defendidos pela via individual ou coletiva, com os instrumentos legalmente instituídos.

Neste caso, é a própria lei que serve de base legal para sua imersão no campo dos direitos coletivos de trabalho, cujos instrumentos de tutela a que se refere, no campo do direito coletivo de trabalho, são as Convenções Coletivas de Trabalho e os Acordos Coletivos de Trabalho, com previsão no art. 611 da CLT, de modo que, por esta via, está autorizada a negociação coletiva de trabalho na LGPD, especificamente no que se refere aos direitos decorrentes da relação de emprego, cujo resultado, poderá ou não implicar em um dissídio coletivo judicial ou arbitral.

A propósito, a lei não somente faz referência ao Direito Coletivo do Trabalho, como também contextualiza o direito a reparação por dano patrimonial individual ou coletivo, conforme se infere do seu art. 42, ao dispor que o controlador e o operador que violarem a LGPD, são obrigados a reparar o dano.

No interesse da matéria, presente a autorização da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados da pessoa natural no campo do Direito Coletivo do Trabalho, conforme já demonstrado, caberá às entidades de classe, da qual nos remete o art. 611 da CLT, estabelecerem regras de proteção aos dados pessoais de cada uma de suas categorias (econômicas e Profissionais), de acordo com a autonomia que lhe confere o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal, inclusive, destinada à melhoria das condições sociais dos trabalhadores, de conformidade com a parte final do caput do art. 7º do mesmo diploma, observadas as disposições contidas na LGPD.

(21) CORREIA, Henrique.: Procurador do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho do Curso Aprovação PGE. Autor e Coordenador de diversos livros pela Editora JusPodivm. Paulo Henrique Martinucci Boldrin. Mestre em Direito na Universidade de São Paulo – FDRP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – FDRP. Professor. Advogado.

Ademais, merece registro a ampliação do campo de incidência da aplicação das normas do Direito Processual Coletivo do Trabalho, na medida em que a LGPD, contempla como integrantes de seu Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, composto por 23 (vinte e três) representantes, (art. 58-A, incisos IV e X), 3 (três) membros indicados pelas confederações sindicais representativas das categorias econômicas do setor produtivo; 2 (dois) indicados por entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais; e (dois) membros oriundos de entidades representativas do setor laboral.

7. Da repercussão da Lei Geral de Processamento de Dados da Pessoa natural — LGPD, na estrutura da Justiça do Trabalho

Fazemos referência a este tópico da matéria em estudo, apenas para manifestar ponto de vista de que, a nosso ver, a Lei de Proteção aos Dados Pessoais da Pessoa Natural, não se revelou modificadora da Justiça do Trabalho.

Se de um lado, a nova Lei Geral de Processamento de Dados da Pessoa natural — LGPD, representou avanços significativos no esclarecimento de direitos decorrentes da relação de trabalho, especificamente no campo dos direitos individuais e coletivos, tal como já discorrido neste trabalho, a sua aprovação pelo Congresso Nacional, a esta altura dos acontecimentos, guarda relação de natureza jurídica regulamentar.

Essa natureza regulamenta, decorre do fato de que o sigilo dos dados pessoais, já foi objeto de proteção com o advento da Constituição Federal de 1988, que no seu art. 5º, XII, não somente assegurou a inviolabilidade dos dados pessoais, como também elevou esse direito a categoria dos direitos fundamentais.

Desde dos anos 80 do século passado, a Carta da República de 1988, (art. 1º), adotou como um de seus fundamentos: a dignidade da

pessoa humana; também assegurou a inviolabilidade da liberdade de consciência, de crença religiosa, de convicções filosóficas e políticas, art. 5º VI e VIII; a defesa do consumidor e o direito a informações, art. 5º, XXXII e XXXIII; a condenação à prática do racismo, art. 5º, LXII, professando como um de seus fundamentos em seu art. 3º, IV, a destinação do estado de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras forma de discriminação, por tais motivos, antevendo a natureza regulamentar da LGPD, não vislumbramos qualquer alteração contextual na Justiça do Trabalho. São estes, os motivos pelos quais afirmamos da natureza jurídica regulamentar da LGPD.

Por derradeiro, consta do art. 58-A, incisos IV e V da LGPD, que do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, por indicação do Presidente da República, farão parte, 1 (um) membro do Conselho Nacional de Justiça; e 1 (um) um membro oriundo do Conselho Nacional do Ministério Público.

Esse normativo, a nosso sentir, desafia a vedação contida no parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal, em relação aos magistrados e 128, § 5º, inciso II, letra “d”, da mesma carta, em relação aos integrantes da carreira do Ministério Público, posto que, em ambos os casos, é vedado o exercício de outro cargo ou função, exceto a uma de magistério.

Esta questão, contudo, apesar de se apresentar inovadora, não implica em repercussão no âmbito da Justiça do Trabalho.

8. Considerações finais

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais da pessoa natural, que tomou n. 13.709/2018, representa um Marco Regulatório da Proteção de dados pessoais no Brasil, porque veio de encontro, não somente aos anseios da sociedade brasileira, como também atende às exigências das comunidades internacionais, principalmente quando já se avizinha em todo o ocidente, a regulação dessa proteção, no

enfrentamento dos avanços dos meios digitais e tecnológicos, e em especial, da *internet* e da inteligência artificial.

A ideia central desse marco legislativo positivo, foi contemplar o universo de formas de utilização e processamento dos dados da pessoa natural, no comércio, na indústria, na prestação dos serviços, nos meios de comunicação e nas mais diversas modalidades de utilização de dados pessoais inerente à atividade humana, notadamente no campo das relações individuais e coletivas do trabalho, objeto deste estudo.

A regulamentação representa um expressivo avanço legislativo, no que se refere à proteção do direito material contemplado, com especificidade na proteção dos dados inerentes à pessoa natural, quando se observa que o legislador não somente disciplinou as esferas do direito individual protegido, como também, avançou na regulamentação da proteção dos direitos coletivos, o que compreende, inclusive, os direitos individuais homogêneos.

O marco normativo contida na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais da pessoa natural, não somente estabeleceu a classificação dos dados da pessoa natural, como: dados pessoais identificados ou identificáveis, sensíveis ou anonimizado, bem como, disciplinou as formas de captação, utilização, processamento e guarda dos dados da pessoa natural após sua utilização, impondo, inclusive, penalidades para os agentes envolvidos neste processo, nas pessoas do encarregado, do operador e do controlador dos dados.

No pertinente ao tratamento ou processamento dos dados pessoais, a legislação de comentário, nos seus arts. 7º, 11 e 14, estabeleceu distinção quanto a tratamento que deverá ser dispensado no tratamento dos dados das pessoas naturais em geral; no tratamento dos dados pessoais sensíveis; e no tratamento dos dados pessoais da criança e do adolescente.

Na esfera da instrumentalidade, destacam-se não somente os meios de proteção dos dados da pessoa natural, mediante a judicialização, conciliação ou arbitragem no campo do direito individual, como também, a possibilidade desses mesmos mecanismos serem utilizados no enfrentamento das violações de direitos coletivos.

No campo do direito coletivo, o operador do direito pode se valer do Termo de Ajuste de Conduta, objetivando adequar os procedimentos empresariais de processamento dos dados, à legislação de vigência; do Inquérito Civil Público, fundado no § 1º, do art. 8º da Lei n. 7.347/1985, para investigar possíveis irregularidade no processamento dos dados; e da Ação Civil Pública, fundada na mesma base legal do inquérito civil público; ou, nos artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor; e ainda, no § 3º, do art. 42 da Lei de Proteção aos Dados da Pessoa Natural n. 13.709/2018, objetivando a declaração da violação do direito à proteção de dados dos empregados, ou de outras classes de pessoas, na defesa dos direitos do consumidor.

9. Referências

- ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 16. ed. Versão atualizada e ampliada pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.
- BRASIL, *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Brasília – Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.
- CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/C5F4B9361D5940_LeiGeralddeProtecaodeDados-LGPD.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- COTELLY, E., *Derecho Bancario*. Conceptos generales e historia. Buenos Aires: Ed. Arayú, 1956, p. 297).
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- LGPD, *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 e suas alterações*. Brasília, BR, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 3. ed. rev., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996 p. 295.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr. 2000. p. 596.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. *A lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos no direito do trabalho*. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7108>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

PINHEIRO, Iuri Pereira; CASSAR, Vólia Bomfim. *A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho*. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

ROQUE, André Vasconcelos. A tutela coletiva dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, n. 2, maio/ago. 2019.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do Direito do Trabalho*. Tradução: Edison Alkmin Cunha. São Paulo. LTr, 1995.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 253.

PROTESTE. *ConectaJá*. Proteste. Veja como são as leis de proteção de dados nos estados unidos. Disponível em: <<https://conectaja.proteste.org.br/veja-como-sao-as-leis-de-protecao-de-dados-nos-estados-unidos/>> Acesso em: 25 mar. 2021.

SERASA. *Serasaexperian*. LGPD e a definição de dados pessoais. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/protecao-de-dados/lgpd-e-a-definicao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

SERPRO. *Serviço Federal de Processamento de Dados*. Glossário LGPD. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/glossario-lgpd>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

A Utilização dos Dados da Pessoa Natural para a Eficiência Processual na Justiça do Trabalho: A Lei n. 13.709/18 Aplicada à Justiça do Trabalho

Caio Cesar Donadon^(*)

Resumo:

- ▶ Ao requerer judicialmente o reconhecimento do direito e demonstrar o *quantum* de fato é devido, torna-se fundamental a apresentação das provas corretas. Tanto empregado, como empregador possuem obrigações entre si, desse modo cada parte tem que comprovar – quando necessário – sua prestação do acordo, devendo assim guardar os dados documentados, bem como fornecer cópia ao outro e ou guardar os documentos para acesso quando necessário. Quando não ocorre tais ações voluntárias de fornecer esses dados, surge a necessidade de requerer tais documentos judicialmente, surgindo a oportunidade para a protelação judicial. Obter tais informações auxiliam as causas de pedir, evitando longos períodos em uma mesma fase processual. A fim de encontrar meios de tornar a justiça trabalhista mais efetiva, o presente artigo traz como a Lei Geral de Dados Pessoais pode auxiliar a Justiça do Trabalho na tratativa dos dados da pessoa natural durante o período contratual, de modo que possam ser melhor utilizados e requisitados como prova judicial.

Palavras-chave:

- ▶ Lei n. 13.709/18 — Dados Pessoais — Prova — Justiça do Trabalho.

Abstract:

- ▶ When judicially requesting the recognition of the right and demonstrating the quantum of fact is due, it is essential to present the correct evidence. Both employee and employer have obligations to each other, so each party has to prove - when necessary - its performance of an agreement, thus keeping the documented data, as well as providing a copy to the other and or saving the documents for when necessary. When there is no such voluntary action of these data, there is a need to request such documents in court, giving rise to the opportunity for judicial postponement. Obtaining such information helps as causes

(*) Bacharel em Direito e Educação Física. Advogado Junior no Sindicato dos Ferroviários da Zona Mogiana.

for asking, avoiding long periods in the same procedural phase. In order to find ways to make labor justice more effective, this article brought as the General Law of Personal Data can assist the Labor Justice in the treatment of the data of the natural person during the contractual period, so that the best used and requested as judicial evidence.

Keywords:

► Law 13.709/18 — Personal data — Proof — Work justice.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Uma breve contextualização da Lei n. 13.709/18 na Justiça do Trabalho
- 3. Assuntos de reclamação trabalhista e a viabilidade da Lei n. 13.709/18
- 4. Princípios da Justiça do Trabalho e boa-fé
- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

O desenvolvimento tecnológico tornou a coleta, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais algo rápido, fácil e barato, além disso, elevou a capacidade de se obter informações ao mesmo tempo de diversas pessoas. Mesmo se desenvolvendo para coletar em grande escala, a tecnologia possibilitou coletar dados específicos de determinado grupo de pessoas ou de inserir dados em um determinado grupo, tornando os dados pessoais uma nova mercadoria.

Com o intuito de preservar direitos e garantias fundamentais das pessoas naturais cujo dados coletados, além de responsabilizar terceiros que controlam a captação e armazenamento, surge no Brasil a Lei n. 13.709/18, Lei Geral de Proteção de Dados, que traz as normas que irão reger a tratativa dos dados pessoais, refletindo em todas as áreas do direito que versem da coleta de dados da pessoa natural por uma pessoa física ou jurídica de direito privado ou público.

No direito do trabalho, o acesso do empregado a seus dados coletados é limitado e quando ocorre, nem sempre são completos.

Diversos dados são coletados diariamente pelo empregador a fim de controlar a prestação de serviço e prestar obrigações administrativas e legais e da perspectiva do direito do trabalho essa nova Lei pode ser muito benéfica, afinal quem presta o serviço sempre será uma pessoa natural para uma pessoa física ou jurídica, desse modo podendo utilizar-se de todos os pontos positivos da norma que possa se enquadrar na realidade trabalhista.

O problema dessa relação ocorre quando o empregado precisa provar os fatos de seus direitos e não tem acesso a dados suficientemente relevantes para isso e também não possui testemunhas, mas de algum modo poderia se utilizar positivamente dos seus dados pessoais coletados pela empresa, desse modo a Lei n. 13.709/18 faz essa conexão e abre a possibilidade de acesso por requisição direta entre as partes, trazendo novas possibilidades para a Justiça do Trabalho.

Com o intuito de trazer novas discussões, o presente artigo trouxe uma contextualização geral da coleta e armazenamento de dados e da Lei Geral de Proteção de Dados, tentando mostrar como ambos se encaixam na Justiça do Trabalho de modo preventivo e efetivo,

mostrando alguns raciocínios de aplicação da Lei n. 13.709/18 nas ações trabalhistas para a obtenção dos dados pessoais por parte do empregado, possibilitando assim, acesso aos dados pessoais documentados da relação de emprego na forma de documento digital ou físico.

Para que essa relação possa ser efetiva será necessário sempre com a boa-fé das partes e com alguns princípios que são utilizados como base para essa relação, como da celeridade, simplicidade e informalidade.

2. Uma breve contextualização da Lei n. 13.709/18 na Justiça do Trabalho

Com o desenvolvimento da tecnologia obter e armazenar de dados virtuais tornou-se algo muito mais rápido e barato, hoje em dia é possível coletar dados de centenas de milhares de pessoas sem mesmo ter que entrar em contato físico com elas, basta apenas apresentar um documento com os dados que você tem interesse em coletar virtualmente, sendo possível determinar o envio dos questionários para um grupo determinado de pessoas naturais.⁽¹⁾ Um dos meios mais utilizados atualmente são os *leads*⁽²⁾, que nada mais são os formulários contendo os dados de interesse a ser coletados e que a pessoa natural compartilha por vontade própria para um terceiro virtual.

Contudo a coleta não cessa por aí, dados pessoais também são adquiridos por cliques virtuais que são armazenados em um banco de dados na forma de algoritmos⁽³⁾, que são

um meio de se obter os dados pessoais sem que a pessoa tenha que preencher um novo documento virtual, através da possibilidade de se vincular os dados pessoais uma vez já cadastrados em um outro banco de dados virtual, desse modo permitindo que um outro terceiro tenha acesso aos dados pessoais que já estavam na posse de um terceiro, e assim segue-se sucessivamente. Através desse compartilhamento os dados se auto complementam e se tornam cada vez mais certos e determinados em relação à pessoa natural.

Esse processo levou os dados das pessoas naturais a serem tratados como mercadoria e comercializado entre terceiros com interesse de complementar seus dados, de utilizar os dados para vender algum bem material ou virtual e para inserir informação.

Além dessa possibilidade de compartilhamento espontâneo de dados por *leads* e algoritmos, há também o compartilhamento dos dados que a pessoa realiza virtualmente através de fotos, textos, áudios, vídeos e transmissões ao vivo por sites e aplicativos que utiliza de modo pessoal, todos podendo ser utilizados para obter dados da pessoa natural.

Durante tal contexto foi aprovado no Brasil a Lei n. 13.709/18⁽⁴⁾ — Lei Geral de Proteção de Dados — que traz regras a serem seguidas sobre o tratamento dos dados pessoais virtuais e físicos, princípios, classificações por tipo de dado, por faixa etária, direitos fundamentais, exceções e sanções administrativas para pessoas jurídicas de direito público e privado que tratam de dados de pessoas naturais, aplicando-se a todas as áreas do Direito que venham a manusear tal objeto de lei.

Observando por esse contexto pode parecer uma realidade distante da relação de emprego e da Justiça do Trabalho, mas o alcance geral da Lei serve para os empregadores na forma de

(1) GOOGLE – 2021; Segmentação por público-Alvo – Google Ads. Disponível em: <<https://support.google.com/google-ads/editor/answer/1052569?hl=pt-br>>. Acesso em: 22 maio 2021.

(2) BORTOLI, G. *Leads*: o que são, como gerá-los e nutri-los? *Orgânica Digital* – 2021. Disponível em: <<https://www.organicadigital.com/blog/o-que-sao-leads/#o-que-e-lead>>. Acesso em: 22 maio 2021.

(3) INSTITUTO DIREITO À CIDADE-PROEX UFSCAR – 2018, *Algoritmos e o uso de dados pessoais como ferramenta de manipulação*. Disponível em: <<http://www.observatorioculturaecidade.ufscar.br/nossa-producao/algoritmos-e-o-uso-de-dados-pessoais-como-ferramenta-de-manipulacao/>>. Acesso em: 22 maio 2021.

(4) BRASIL – 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 23 maio 2021.

pessoa jurídica de direito privado ou de pessoa natural que coletam e geram dados de seu vínculo com a pessoa natural, ora empregado.

Por essa perspectiva logo é possível observar que a relação de emprego se encaixa adequadamente, de um lado há o contratante na forma de pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado e do outro a pessoa natural contratada. O fornecimento dos dados ocorre desde antes de existir o vínculo contratual entre as partes, onde a pessoa fornece seus dados através de formulários pré-determinados ao se candidatar para vagas de emprego e presencialmente em entrevistas de modo a completar as informações anteriores. Durante a fase contratual ocorre a coleta de diversos dados da pessoa natural em relação a sua atividade laboral, desde controle de jornada, avaliações, penalidades, comprovantes de pagamento, gravação em vídeo e áudio do ambiente, registro das atividades internas, atuação sindical, exames médicos entre outros.

Além de tudo, ainda há a possibilidade de que algum compartilhamento em sites e/ou aplicativos de uso pessoal podem vir a servir como coleta de dado pessoal podendo refletir na relação laboral versando sobre a manutenção ou rompimento desse vínculo contratual. Do outro lado, os dados coletados da pessoa natural obtidos durante a fase contratual podem vir a serem utilizados como provas do cumprimento de obrigações das partes ou de mostrar uma ausência por uma das partes.

Diante de tudo pode-se dizer que o terceiro que mantém a posse dos dados da pessoa natural tem o dever de zelar pelo cuidado dos dados, sendo o responsável por seu armazenamento, acesso e compartilhamento, devendo oferecer cópia e acesso quando requisitado. Aquele que mantém a posse dos dados pessoais tem o ônus de guardar da coisa e de apresentá-la quando requerido, não diferente da Consolidação das Leis do Trabalho⁽⁵⁾ que traz em

seu texto o ônus da prova e que agora ganha um outro reforço ao determinar de quem é a responsabilidade de apresentar a prova.

Desse modo, não necessariamente exclui qualquer responsabilidade do empregado em ter o ônus da prova, afinal ainda é seu o ônus de provar fato constitutivo de seu direito e é aqui que a Lei n. 13.709/18 entra como um reforço, pois ela regulamenta o ônus do armazenamento e compartilhamento, possibilitando ao trabalhado um novo instrumento normativo para adquirir documentos que contem seus dados pessoais afim de guarda-los para uma eventual necessidade de provar algum direito ou no caso da ausência do mesmo pode mostrar que não teve acesso a tal ou que sequer existe.

Munido de tal prerrogativa o empregado pode começar a montar consigo um armazenamento dos documentos gerados do vínculo trabalhista, no caso pode entender-se por documento segundo Renato Saraiva⁽⁶⁾: “Documento é o meio utilizado como prova material da existência de um fato, abrangendo não só os escritos, mas também os gráficos, as fotografias, os desenhos, reproduções cinematográficas, etc.”.

Conforme Mauro Schiavi⁽⁷⁾:

No processo do Trabalho, em especial, em que dificilmente o empregado possui algum documento referente à relação de emprego, pois, como regra geral, os documentos ficam na posse do empregador, deve o Juiz do Trabalho analisar os documentos com reserva, sempre atento ao princípio da realidade e da razoabilidade.

Desse modo o reclamante tem a oportunidade de apresentar uma inicial mais completa em relação aos fatos e provas, bem como determinação de valores quando possível. Levando

(5) BRASIL – 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 23 maio 2021

(6) SARAIVA, R. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 362.

(7) SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 788.

em consideração que as provas podem ser apresentadas durante toda fase de instrução através de requerimento mostrando sua relevância, ter tais documentos antecipadamente irá poupar diversos pedidos e decisões acerca dos mesmos, acesso total a esses dados pessoais dificilmente ocorre no âmbito trabalhista, mas que por meio da Lei Geral de Proteção de Dados é possível vislumbrar novas possibilidades.

A fim de dar mais clareza e relevância para tal possibilidade, a mesma pode ser requisitada extrajudicialmente, via contato direto com o controlador dos dados sendo realizado pela pessoa titular dos dados mediante requisição em até 15 dias, logo a resposta positiva por si só já satisfaz à pretensão, a negativa ou ausência de resposta em face da requisição de acesso aos dados e podem vir a ser utilizados como prova ao requerer judicialmente o acesso para tais dados ou de provas.

O direito de acesso⁽⁸⁾ pode se dar através da exportação de cópia dos dados coletados, informações sobre o modo de coleta e armazenamento dos dados, possibilidade de selecionar a data de intervalo da informação e tipos de informações para incluir no arquivo.

Diante do contexto apresentado é possível vislumbrar o quão efetivo a Lei n. 13.709/18 pode ser efetiva para a Justiça do Trabalho, não somente por questões judiciais de prova, mas também por fornecer uma via de acesso extrajudicial através da requisição direta, assim abrindo a possibilidade da controversa ser resolvida pela obtenção dessas informações antes mesmo da necessidade judicial.

3. Assuntos de reclamação trabalhista e a viabilidade da Lei n. 13.709/18

Com a intenção de trazer mais clareza e tentar mostrar como a lei pode ser eficiente

(8) CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Parecer Técnico CTGOV N. 01/2020* – Principais impactos decorrentes da Lei n. 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nos serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) da Justiça do Trabalho (JT). – p. 12, item 7.14. 2020.

para a Justiça do Trabalho pode-se verificar os assuntos mais recorrentes⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾⁽¹²⁾ da Justiça do Trabalho do ano de 2020 e das Varas e Tribunais Superiores no ano de 2021. Logo ao observar tais assuntos é possível visualizar novamente o momento em que essa relação parecia distante, porém ao olhar com mais atenção é perceber algumas possibilidades de utilização.

Ao tratar de horas extras o art. 74 § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho determina a obrigatoriedade de manter o controle de horário no caso de a empresa possuir mais de 20 (vinte) empregados, já o Tribunal Superior do Trabalho em sua Súmula n. 338, inciso I, determina o controle acima de 10 (dez) e o ônus da prova, logo por analogia abaixo desse número fica o ônus a ser apresentado pelo empregado como caracteriza o ônus de fato constitutivo de seu direito.

A empresa mesmo não tendo o ônus primário em alguns casos, acaba por manter o controle de diversos dados pessoais do empregado para fins financeiros, Legais e administrativos da própria empresa, logo tais dados se tornam acessíveis para o empregado mediante requisição direta caso sinta a necessidade de obter a informação ou completar alguma. Desse modo permitindo ao empregado obter a posse de documentos que possam vir a ser utilizados como prova de seu direito ou controle, não somente horas extras, mas jornada habitual,

(9) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – 2020. *Ranking de Assuntos mais Recorrentes na Justiça do Trabalho em 2020*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>>.

(10) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – 2020. *Ranking de Assuntos mais Recorrentes nas Varas em julho de 2021*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/assuntos-mais-recorrentes>>.

(11) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – 2020. *Ranking de Assuntos mais Recorrentes nos TRTs em julho de 2021*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/assuntos-mais-recorrentes>>.

(12) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – 2020. *Ranking de Assuntos mais Recorrentes no TST em Junho de 2021*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>>.

intrajornada, Inter jornada, adicionais, movimentação interjornada, utilização de sistemas internos, faltas, podendo tal controle por parte da pessoa natural evitar uma lide de direitos acumulados e que caso ocorra já se tenha mais informações à mão.

Pode parecer óbvio falar que o empregado deve ter ciência e acesso a tais dados citados durante a relação de emprego, mas ocorre que quando permitido o acesso são, às vezes, incompletos ou com restrições, não contemplando toda a possibilidade prática e efetiva que dados armazenados sobre a pessoa podem ofertar.

Outro ponto a ser beneficiado, porém que não está nos assuntos mais recorrentes é a questão do assédio. Não em todos, mas é comum a empresa ter uma ou algumas câmeras de vigilância externa e interna a fim de registrar as informações do ambiente de modo contínuo, por mais que não possam captar sons há sempre a gravação visual, gerando desse modo dados armazenados em mídia digital. Diante disso aparece a oportunidade de se obter acesso a esses dados quando requisitado, afinal a gravação é o registro do ambiente de modo geral.

Outro assunto que aparece de modo recorrente é o reconhecimento do vínculo de emprego, não exclusivamente para aqueles que não tiveram seu registro em carteira realizado, mas também para aqueles que estão em uma relação de emprego e acaba por executar obrigações além do estipulado ou recebe em troca algo abaixo do combinado. Em ambos os casos é possível recorrer aos dados que a empresa coleta da pessoa para outras ações além das trabalhistas afim de obter dados suficientes para mostrar que, há nessa relação todos os pressupostos para se caracterizar uma relação, equiparação ou reclamação na relação de emprego, buscando assim todos os direitos inerentes ao vínculo.

Saindo novamente dos assuntos recorrentes pode-se observar a utilização do acesso aos dados em casos de avaliações pessoais realizadas

pela empresa, que coleta dados das ações do empregado dentro de um determinado tempo ou prova de capacidade e gera um documento com essas informações, podendo ser utilizado como justificativa para aplicação de advertências, promoções e desligamento do empregado. A documentação habitual das atividades do empregado para fins de controle de qualidade da empresa pode vir a ser utilizados pelo empregado para mostrar sua atividade laboral de modo detalhado, quando necessitar comprovar desvio de função ou até mesmo equiparação salarial.

Relembra-se nesse ponto que os exemplos abordados acorrem de modo extrajudicial com o requerimento direto para a empresa não sendo limitado somente as possibilidades descritas, sendo praticamente uma via administrativa em relação à pessoa natural e a pessoa jurídica de direito privado, podendo ocorrer antes e durante a reclamação trabalhista com o intuito de manter o controle de tais dados para organização pessoal ou para se resguardar da prova de um direito que possui ou que acredita possuir.

Além disso a própria requisição formal em si já se constitui como prova do interesse em se obter acesso aos dados pessoais que o empregador possui e que, quando positiva, será ofertado à pessoa todos os dados pessoais registrados, bem como sua recusa e negativa constrói prova, afinal espera-se de ambos a boa-fé.

4. Princípios da Justiça do Trabalho e boa-fé

A prática de requerer o acesso direta torna a relação muito rápida e acessível, para isso as pessoas devem guiar-se pela boa-fé, ao requerer coerentemente o acesso e quando o fizer que possa apresentar algum meio de recebimento digital da cópia, para facilitar a tramitação e reduzir custo, afinal o importante é obter a informação registrada.

Além da boa-fé no requerimento de acesso, deve haver para solucionar qualquer problema identificado e para isso vias de conciliação são ideais por serem mais informais e rápidas, assim como as requisições e dados. Visando contemplar toda a importância da boa-fé, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁽¹³⁾:

É um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.

Ao observar-se os princípios da Justiça do Trabalho, pode-se perceber como alguns recebem bem a essa conciliação entre as ações normativas. Para poder melhorar a eficiência da Justiça do Trabalho, não necessariamente precisa ocorrer pela resolução mais rápida das reclamações trabalhistas, mas também possibilitar meios de prestações que possam até mesmo evitar as reclamações, possibilitando o foco na demanda atual e contribuindo para a celeridade da justiça.

O princípio da celeridade⁽¹⁴⁾ visa trazer agilidade processual assegurando os meios utilizados para sua tramitação, desse modo não ser necessário realizar pedidos judiciais para acessar dados em busca de prova por si só já torna a agilidade maior, pois a discussão se iniciará a partir daquele ponto, sem necessitar do auxílio judicial até aquele momento que obtém os dados.

(13) AGUIAR JR., Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, p. 20-27, abr./jun. 1995.

(14) BRASIL – 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, inciso LXXVIII*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 maio 2021.

Prosseguindo com a observação, o princípio da simplicidade reforça as informações citadas pelo fato de que a requisição direta em si é um ato simples, fácil, barato e rápido de se realizar. Para dimensionar a importância de simples atos, vejamos o que Júlio César Bebbber⁽¹⁵⁾ diz:

Os formalismos e a burocracia são os piores vícios com capacidade absoluta de entravar o funcionamento do processo. Os tentáculos que deles emanam são capazes de abranger e de se instalar com efeitos nefastos, pelo que exige-se que a administração da justiça seja estruturada de modo a aproximar os serviços das populações de forma simples, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões.

O princípio da simplicidade é acompanhado pelo princípio da informalidade, ressaltando que a informalidade não é absoluta e não remove todos os procedimentos de sua natureza, mas traz consigo a essência de que quando possível realizar os mínimos requisitos formais para funcionar, assim deve ser. Com isso, o requerimento direto de acesso a dados armazenados apresenta uma característica formal muito menor em relação as formalidades judiciais.

A informalidade no caso vem dotada de simplicidade, com a intenção de possibilitar diversos meios para a resolução, seja por simplicidade em fazer a reclamação, de negociação direta ou de conciliação. O caso é que ao retirar entraves burocráticos e muito complexa dá-se ao empregado poderes de ação em relação a seus direitos, seja no âmbito judicial ou extrajudicial.

Com isso, prioriza-se o mínimo de formalidade para tornar os atos oficiais, conforme Mauro Schiavi⁽¹⁶⁾:

O sistema processual trabalhista é menos burocrático, mais simples e mais ágil

(15) BEBBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 132.

(16) SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 15. ed. São Paulo, LTr, 2018. p. 132-133.

que o sistema do processo comum, com linguagem mais acessível ao cidadão não versado em direito, bem como a prática de atos processuais ocorre de forma mais simples e objetiva, propiciando maior participação das partes, celeridade no procedimento e maiores possibilidades de acesso à justiça ao trabalhador mais simples.

Apenas com algumas relações é possível identificar diversas possibilidades para a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, restando ainda, diversas outras possibilidades de uso efetivo entre as normas, possibilitando a manutenção e a entrega efetiva do direito.

5. Considerações finais

A Lei n. 13.709/18 trouxe à pessoa natural um meio para acessar seus dados que estão em posse de um terceiro, bem como trouxe responsabilidades para aqueles que mantêm a posse do armazenamento, desse modo trazendo mais segurança para as pessoas naturais. Há de se destacar o uso de dados como gênero e não algum tipo de dado específico, desse modo, a lei aplica-se em todas as questões que envolvem pessoa natural, coleta de dados e pessoa jurídica de direito público ou privado, em diversos ramos de relações.

Diante de tal viabilidade, o trabalhador ganha um meio para ter acesso a seus dados pessoais controlados pela empresa. Essa necessidade de possuir acesso aos dados pode parecer apenas relevante quando se necessita de provas durante a reclamação trabalhista, quando já ocorreu de modo cumulativo ou não de direitos.

Além de poder servir como provas judiciais, o acesso a dados documentados pode auxiliar na prevenção e controle dos direitos pelo trabalhador, mas para isso é necessário que o próprio empregado tenha ciência da norma e das possibilidades que estão ao seu alcance.

Visando trazer mais eficiência à Justiça do Trabalho, apresentou-se algumas viabilidades

teóricas que necessitam de utilização prática e constante para que possa ser determinado sua eficácia na solução dos conflitos e mais importante na prevenção dos conflitos. Além de estimular o uso, é importante estimular o uso consciente para evitar a banalização da prática e com que a mesma caia em desuso antes mesmo de poder ser aplicada.

Além de buscar meios de entregar à justiça a quem lhe é de direito, deve-se prezar também pela sua manutenção, garantir que esteja sendo entregue e assim perdure ao longo do tempo, desse modo garantindo-a de modo contínuo, sem a necessidade de que a mesma venha a que que ser reconhecida e entregue futuramente.

Espera-se que o presente artigo possa servir positivamente para a discussão em torno da eficiência da Justiça do Trabalho, seja trazendo novas ideias ou servindo como base para de alguma futura discussão sobre o tema.

6. Referências

AGUIAR JR., Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, p. 20-27, abr./jun. 1995.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BORTOLI, G. *Leads: o que são, como gerá-los e nutri-los? Orgânica Digital – 2021*. Disponível em: <<https://www.organicadigital.com/blog/o-que-sao-leads/#o-que-e-lead>>.

BRASIL – 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

BRASIL – 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, inciso LXXVIII*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL – 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO; *Parecer Técnico CTGOVN. 01/2020* — Principais impactos decorrentes da Lei n. 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nos serviços

de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) da Justiça do Trabalho (JT). – p. 12, item 7.14. 2020.

Google – 2021. *Segmentação por público-Alvo* – Google Ads. Disponível em: <<https://support.google.com/google-ads/editor/answer/1052569?hl=pt-br>>.

INSTITUTO DIREITO À CIDADE-PROEX UFSCAR – 2018. *Algoritmos e o uso de dados pessoais como ferramenta de manipulação*. Disponível em: <<http://www.observatorioculturaecidade.ufscar.br/nossa-producao/algoritmos-e-o-uso-de-dados-pessoais-como-ferramenta-de-manipulacao>>.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 362.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 788.

_____. *Manual de Direito Processual do Trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 132-133.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – 2020. *Ranking de Assuntos mais Recorrentes na Justiça do Trabalho em 2020*; Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>>.

_____. *Ranking de Assuntos mais Recorrentes nas Varas em julho de 2021*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/assuntos-mais-recorrentes>>.

_____. *Ranking de Assuntos mais Recorrentes nos TRTs em julho de 2021*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/assuntos-mais-recorrentes>>.

_____. *Ranking de Assuntos mais Recorrentes no TST em junho de 2021*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>>.

Advocacia Preventiva: Uma Análise do *Compliance* Aplicado ao Direito do Trabalho

Daniel Smiguel De Masi^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho visa a estudar a aplicabilidade das práticas do *compliance* no direito do trabalho preventivo, bem como indicar possíveis estratégias e métodos que podem ser utilizados a fim de mitigar os riscos da judicialização ou de sanções administrativas e melhorar o meio ambiente laboral nas empresas. Foram utilizadas como base analítica doutrinas, jurisprudências e pesquisas.

Palavras-chave:

- ▶ *Compliance* trabalhista — Direito do trabalho preventivo — Lei Geral de Proteção de Dados.

Abstract:

- ▶ This article intends to study the applicability of compliance practices in labour law. And also to assess possible strategies and means that could be helpfull in order to mitigate and prevent law suits and administrative fines, as well as to improve the work condition in companies. To achieve this, I've used as base doctrines, case law and researches.

Keywords:

- ▶ Labor compliance — Preventive labor law — General Data Protection Law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Tratamento preventivo nas empresas (conceituando *compliance* trabalhista e governança corporativa)
- ▶ 3. Análise de risco
 - ▶ 3.1. Uma análise superficial dos principais riscos trabalhistas no Brasil
- ▶ 4. *Due diligence* no âmbito trabalhista
- ▶ 5. Mecanismos de um plano de *compliance* trabalhista

(*) Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado inscrito na OAB/PR.

- ▶ 5.1. Plano de Integridade Trabalhista
- ▶ 5.2. Canais de Denúncia
- ▶ 5.3. Ficha de seus empregados
- ▶ 5.4. Desafios do *compliance* ante a Lei Geral de Proteção de Dados
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências

1. Introdução

Há uma elevada quantidade de Reclamações Trabalhistas no Brasil. Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho⁽¹⁾, historicamente houve no país 150.608.267 processos trabalhistas (entre 1941 – 2020). Somente em 2019, foram protocolados 5.322.040 processos.

Nota-se, portanto, que existe uma enorme quantidade de processos trabalhistas e que não há qualquer indício que esse número irá ser reduzido.

Com isso, entende-se necessário criar um mecanismo nas empresas que vise a diminuir a quantidade de processos judiciais e de sanções administrativas.

Esse é o objetivo do presente artigo: analisar facetas problemáticas que causam a elevada judicialização no Brasil e, principalmente, apresentar possíveis soluções extrajudiciais para diminuir esse risco.

Nesse contexto se insere o *compliance trabalhista*, que pode ser definido como um conjunto de medidas que visam a organizar e regulamentar a empresa para que ela esteja de acordo com as regras e normas vigentes e que, assim, consiga evitar qualquer prejuízo pelo não cumprimento da lei.

De igual forma, o programa de *compliance* também institui meios de fiscalização interna que permitem corrigir problemas antes de que eles se tornem uma ação trabalhista.

Tal procedimento não só seria benéfico à empresa, mas também ao empregado, que possuiria uma garantia de que sempre terá um ambiente de trabalho saudável com meios de solucionar possíveis conflitos ou violações de seus direitos.

De igual modo, há mecanismos de controle que asseguram que a empresa e que o local de trabalho estarão de acordo com todas as regras de segurança e, também, que todos os direitos trabalhistas serão garantidos ao empregado.

Conjuntamente, o programa de *compliance* trabalhista **é capaz de reduzir** o passivo trabalhista empresarial, permitindo o reinvestimento do dinheiro economizado, que anteriormente seria reservado para custear as condenações na Justiça do Trabalho.

2. Tratamento preventivo nas empresas (conceituando *compliance* trabalhista e governança corporativa)

Para analisar qualquer tratamento preventivo na seara trabalhista, é de suma importância definir o próprio conceito de *compliance* trabalhista, bem como o de governança corporativa.

De antemão, cumpre esclarecer que ambos os termos estão conectados. Pois, conforme explica Luiz Eduardo de Almeida⁽²⁾, para criar um ambiente que permita o desenvolvimento e a continuidade de um efetivo programa de *compliance*, é necessária uma decisão de gestão que integre parcela relevante do modo como

(1) Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>>. Acesso em: 24 set. 2020.

(2) ALMEIDA, Luiz Eduardo de. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André Castro Carvalho (Coord.); ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3.

as companhias são geridas e como as decisões de gestão são tomadas.

A governança corporativa passou a ser utilizada no Brasil no final da década de 1990, e surgiu para criar uma linha de gerenciamento das empresas, após uma sequência de escândalos em diversas corporações que poderiam ter sido evitados por uma gestão com regras e objetivos internos definidos.

Edson Cordeiro⁽³⁾ define governança corporativa como:

A ‘governança corporativa’ diz respeito à maneira pela qual as sociedades são dirigidas e controladas, incluindo suas regras explícitas e tácitas, com destaque para o relacionamento entre os seus principais personagens: diretorias, conselho de administração e acionistas. Trata-se de um tema que exige uma abordagem multidisciplinar, englobando áreas como ética empresarial, gestão, liderança, psicologia social, direito, economia, finanças e contabilidade, entre outras.

No Brasil, a governança corporativa é regida por uma série de atos normativos que tratam direta ou indiretamente dos temas relacionados. Destaque-se a Instrução da CVM n. 480/2009 (alterada pela Instrução da CVM n. 586/2017), que obrigou determinadas companhias abertas (“categoria A”) a divulgarem as práticas de governança previstas no Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas. Há também o incentivo aos *whistleblowers* (denunciantes de práticas irregulares da empresa às autoridades) instituído pela Lei n. 13.608/2018.

Já a palavra *compliance* tem origem etimológica no termo do dicionário inglês “*to comply*”, que significa⁽⁴⁾ agir de acordo com um

desejo, requerimentos ou com uma condição, obedecer.

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro e Francine Silva Pacheco Gonçalves⁽⁵⁾ ensinam que uma das principais atribuições da área de *compliance* é o auxílio à identificação dos procedimentos e das políticas que precisam ser criados ou adequados às novas determinações legais ou normas internas da organização, inclusive na gestão de risco da empresa.

Com relação ao *compliance trabalhista*, Selma Carlotto⁽⁶⁾ o define como um meio “para reduzir a judicialização entre empregado e empregador, além de evitar multas e outras indenizações e de manter a ética, integridade, idoneidade e a transparência da empresa”.

No momento, não há uma legislação específica que regule a área trabalhista do *compliance*. Desse modo, utiliza-se de forma comparativa a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.946/2013), que foi regulamentada pelo Decreto n. 8.420/2015, os quais descrevem parâmetros de avaliação para programas de integridade (medidas preventivas, comunicação, treinamento, canais de denúncia), que podem ser aproveitados no ramo trabalhista.

Outrossim, importante citar a Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais) que exige que empresas estatais sigam importantes regras de governança corporativa e práticas de *compliance*.

Também rege o *compliance trabalhista* a própria legislação trabalhista. Em razão disso, o programa que o instituir tem o dever de averiguar se a empresa se encontra de acordo com todas as leis e atos normativos vigentes.

Esse requisito é essencial para evitar multas administrativas ou condenações judiciais.

(3) SILVA, Edson Cordeiro da. *Governança corporativa nas empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 40.

(4) Webster’s Basic Dictionary of American English. Nova York: Random House, 1999. p. 82.

(5) CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 38.

(6) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 21.

Citam-se, por exemplo, investigações do Ministério Público do Trabalho ou a multa instituída pelo Decreto n. 8.373/2014 (que instituiu o eSocial).

No Brasil, não existe uma obrigatoriedade da existência de um programa de *compliance trabalhista*, entretanto, verifica-se que há sim uma variedade de normas e regulamentações que instituem sanções às empresas que não estão de acordo com a legislação trabalhista. Portanto, por mais que não seja algo obrigatório, denota-se a importância da existência de um efetivo programa de *compliance trabalhista*.

O programa também auxilia as empresas a diminuir seu passivo trabalhista, através de uma melhora no relacionamento empregado-empregador, conforme explica Selma Carlotto⁽⁷⁾:

A empresa deve executar um plano de ações para tentar melhorar os conflitos entre colegas e entre gestores e seus subordinados, já que muitos destes, ao não serem resolvidos preventivamente e na empresa, transformam-se em ações trabalhistas.

Assim, percebe-se que por mais que a governança corporativa e o *compliance trabalhista* estejam interligados, não se confundem.

Isso pois a governança corporativa é um instituto mais amplo, que visa à criação de regras de gestão nas empresas com o intuito de coibir atitudes negativas em aspecto geral (a fim de evitar escândalos e insegurança aos envolvidos com a empresa). Conforme explica Edson Carneiro⁽⁸⁾, a governança corporativa é uma matéria multidisciplinar que cria regras que determinam parâmetros para a forma como as sociedades devem ser administradas.

Ou seja, serve como um padrão geral de mando voltado, principalmente, às principais

figuras que controlam a empresa (CEO, CFO, *Board*). Conforme explica Luiz Eduardo de Almeida⁽⁹⁾ “governança corporativa se relaciona com o modo como as companhias são geridas e como as decisões de gestão são tomadas”.

Igualmente, Rodrigo de Pinho Bertoccelli⁽¹⁰⁾ pontua que:

o *compliance* integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos de preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo de sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão.

Ou seja, denota-se que a principal diferença é que o *compliance trabalhista* é um programa que pode ser instituído internamente pelos gestores, com o propósito específico de melhorar a relação empregado-empregador, coibindo atitudes segregacionistas, que diminuam os riscos de uma posterior reclamatória trabalhista. O programa atua, principalmente, regularizando as questões legais da empresa, com o objetivo de evitar possíveis sanções futuras.

Inclusive, Bertoccelli⁽¹¹⁾ leciona que o *compliance* também pode ser referido como programa de integridade com a finalidade de prevenir, detectar, corrigir atos não condizentes com os princípios e valores da empresa, assim como perante o ordenamento jurídico vigente.

(9) ALMEIDA, Luiz Eduardo de. Governança Corporativa. In: CARVALHO, André Castro Carvalho (Coord.); ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 5.

(10) BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro Carvalho (Coord.); ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 39.

(11) *Ibidem*, p. 39-40.

(7) *Ibidem*, p. 24.

(8) SILVA, Edson Cordeiro da. *Governança corporativa nas empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 40

3. Análise de risco

Neves e Figueiroa⁽¹²⁾ explicam que a análise de risco é uma dos primeiros e mais importantes requisitos de um programa de *compliance* efetivo, independentemente de sua área de atuação. É como se fosse uma prévia necessária para a definição de estratégias do negócio.

Pironti e Gonçalves⁽¹³⁾ definem que a gerência de riscos é a capacidade da organização em gerenciar “incertezas”, independentemente de serem positivas ou negativas. Explicam também que a gestão de risco efetiva é aquela que consegue antecipar a maior quantidade de eventos incertos, no sentido de estabelecer uma dinâmica para sua priorização, tratamento e controle.

Portanto, de suma importância a efetividade da empresa na análise de riscos, pois quanto melhor preverem o que é possível de acontecer, melhor será sua reação ao ocorrido.

Inclusive, a análise de risco varia muito de empresa para empresa. Em uma instituição financeira, um dos principais riscos trabalhistas é garantir que seus trabalhadores sigam a jornada especial de Bancários, evitando assim qualquer condenação referente à sétima e oitava hora diária. Já, quando se analisa uma indústria farmacêutica, a grande preocupação é com a saúde de seus empregados, para evitar o desenvolvimento de doença ocupacional ou mesmo de um acidente de trabalho.

Com isso, verifica-se que é essencial ao profissional que realizará a análise de risco verificar e integrar sua análise à realidade única da empresa. Nesse sentido, Edmo Colnaghi Neves e Caio Cesar Figueiroa⁽¹⁴⁾ explicam:

(12) NEVES, Edmo Colnaghi; FIGUEIROA, Caio Cesar. Gestão de Riscos. In: CARVALHO, André Castro Carvalho (Coord.); ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 23.

(13) CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimp.. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 48.

(14) NEVES, Edmo Colnaghi; FIGUEIROA, Caio Cesar. Gestão de Riscos. In: CARVALHO, André Castro Carvalho (Coord.);

Não se trata de uma simples receita de bolo ou *check list* de consulta. Cada atividade empresarial apresenta suas peculiaridades e riscos específicos. Sobre uma perspectiva mais abstrata, contudo, é possível extrair a ideia da *finalidade empresarial*. (...). Para alcança-los de forma mais eficiente, são feitos planejamentos mais simples ou mais complexos, a depender da natureza da própria entidade. O planejamento, por sua vez, estabelece, ou deveria estabelecer, objetivos mensuráveis com prazos e ações bem definidos. É nesse momento que exsurge a necessidade de tomar conhecimento das variáveis que possam afetar o planejamento, a fim de antecipar os possíveis obstáculos definidos como riscos.

Complementam Pironti e Gonçalves⁽¹⁵⁾:

Algumas outras características relevantes que devem ser analisadas nesta etapa são: porte da empresa, localização geográfica de sua matriz, filiais e subsidiárias, quantidade de colaboradores, terceiros, principais fornecedores, principais mercados em que atua, entre outras características peculiares à entidade.

Inclusive, a gestão de riscos é prevista na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais), que em seu art. 6º determina que o estatuto da empresa pública deverá conter, entre outros requisitos, práticas de gestão de riscos e de controle interno.

De tal modo, visível a importância da análise de risco para o negócio e para o plano de integridade trabalhista. Pois sua principal função é evitar a violação, pela empresa, às leis trabalhistas.

ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 22 - 23.

(15) CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 50.

Com isso, denota-se que para evitar infringir as leis trabalhistas, primeiro é necessário saber os riscos que o negócio contempla.

Acerca disso, lacionam Rodrigo Pironti Aguirre de Castro e Francine Silva Pacheco Gonçalves⁽¹⁶⁾:

A análise de risco para implantação do programa de integridade consiste na identificação de quais relações e processos internos são mais suscetíveis a eventos de risco que, caso concretizem, podem impactar significativamente no cumprimento das metas da organização.

Continuam os autores⁽¹⁷⁾: “Entre os possíveis impactos, podemos verificar a existência de danos de natureza financeira, de imagem, operacional, regulatória, ambientais, entre outros.”

No *compliance trabalhista*, a análise de risco se caracteriza pelos estudos prévios para verificar quais são as necessidades e peculiaridades do ramo de atuação da empresa. Além dos riscos inerentes à todas as atividades e à própria relação entre os empregados.

Um exemplo dessa situação seria uma indústria de cosméticos que está para iniciar suas atividades. Antes mesmo de “abrir as portas”, é recomendável a realização de um Laudo de Insalubridade, para verificar se alguma função se enquadra no disposto na Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho. Também seria interessante realizar um Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT).

Ou seja, verifica-se que há diversas medidas preventivas que uma empresa pode tomar para verificar antecipadamente seu risco e, com isso, mitigar possíveis prejuízos futuros.

(16) CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 51.

(17) *Idem*.

Destaque-se ainda que a análise de risco é uma função contínua que não deve ser feita uma única vez. Há de se reavaliar constantemente a exposição da empresa aos riscos já existentes, além de verificar sobre o surgimento de novos. Tão importante desta reanálise que Pironti e Gonçalves⁽¹⁸⁾ recomendam que essa reavaliação ocorra em intervalos de tempo trimestrais ou semestrais.

Outro ponto relevante é que a análise de risco deve ser elaborada por uma equipe multidisciplinar, mesmo em caso da análise de risco trabalhista. Para verificar a segurança dos empregados, é essencial a atuação de um técnico em segurança do trabalho; de igual modo um médico do trabalho deverá realizar um exame preventivo em todos os empregados (ou exame admissional) e verificar qualquer possível lesão que um trabalhador já tenha ou poderá vir a sofrer; também é importante ter um advogado acompanhando, para garantir que não haja qualquer violação das leis e normas vigentes.

Com isso, resta evidente a necessidade da participação de uma vasta gama de profissionais de diferentes áreas no processo de análise de risco. Nesse sentido concordam Neves e Figueiroa⁽¹⁹⁾, que explicam o seguinte:

Observa-se que a gestão de riscos requer um alto custo, seja para a captação, armazenamento e processamento de informações seja para o volume de recursos humanos necessários voltados à estruturação de equipes multidisciplinares. Estas equipes podem ser compostas *ad hoc*, por várias pessoas de vários departamentos que se reúnem periodicamente, ou ainda de maneira institucionalizada,

(18) CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 115.

(19) NEVES, Edmo Colnaghi; FIGUEIROA, Caio Cesar. *Gestão de Riscos*. In: CARVALHO, André Castro Carvalho (Coord.); ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 29.

na qual se estabelece um grupo fixo e dedicado exclusivamente para estas operações.

Entretanto, o reconhecimento do risco é a primeira medida a ser tomada em um plano de *compliance*. Pois, conforme explicam Neves e Figueiroa⁽²⁰⁾, após identificar os fatores de risco é necessário desenvolver maneiras eficientes de mitigar a ocorrência dos riscos identificados, além de aprimorar e revisar constantemente os processos de controle que se mostrem falhos.

3.1. Uma análise superficial dos principais riscos trabalhistas no Brasil

Para verificar os principais riscos trabalhistas, oportuno indicar o presente estudo elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que aponta os principais tópicos das ações em trâmite na justiça do trabalho.

Ilustração 1⁽²¹⁾



(20) *Idem*.

(21) *Assuntos Mais Recorrentes na JT*. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>>. Acesso em: 22 set. 2020.



Com isso, verifica-se que a grande maioria das causas de demandas trabalhistas, ou os principais riscos trabalhistas de uma empresa no Brasil, são questões que poderiam ter sido evitadas caso houvesse um plano de prevenção e mitigação de riscos, com estratégias arquitetadas para evitar a violação dos direitos do trabalhador.

A prevenção também gera uma sólida e predefinida estratégia de defesa.

Inclusive, verificam-se as principais preocupações iniciais trabalhistas de uma empresa. Primeiramente, ela deve ter um setor de Recursos Humanos eficiente e que tenha conhecimento da legislação trabalhista, para evitar problemas no pagamento de empregados; um treinamento efetivo do trabalhador e outras atividades inerentes à área. De igual modo, é essencial um contador, pois a empresa precisará manter um balanço contábil saudável para poder arcar com os custos do negócio. Por fim, verifica-se essencial prezar pela saúde e por um meio ambiente de trabalho saudável, para se evitar qualquer prejuízo ou condições negativas à saúde dos trabalhadores.

Verifica-se que se atentando aos três principais tópicos acima indicados, já se mitiga o risco da maioria das causas de reclamações trabalhistas no Brasil.

Não é recomendado limitar-se somente a tais medidas preventivas, pois há outros fatores relevantes que causam a insatisfação dos empregados e a subsequente condenação judicial, bem como existem outras medidas que devem ser tomadas. Porém elas são fatores mais relevantes a serem analisados, especialmente por serem os principais motivos de um trabalhador ingressar com uma ação na justiça do trabalho.

4. *Due diligence* no âmbito trabalhista

Due diligence é uma expressão que não possui um conceito concreto. Pode ser considerada como um conjunto de medidas preventivas formuladas que objetivam analisar com quem a empresa se relaciona.

Muito bem elucidam⁽²²⁾ Thiago Jabor Pinheiro, Paola Piva Lorca e Victor Henrique Aversa Araújo que *due diligence* é uma expressão do inglês, que traduzida significa “diligência apropriada”, e nada mais é do que um conjunto de levantamentos e análise de informações de terceiros para diversas finalidades.

Não há regulamentação específica para o *due diligence* no âmbito trabalhista, nesse sentido podemos utilizar como referência o Decreto Federal n. 8.420/2015 (Decreto Anticorrupção), que regula a na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e aponta critérios recomendados para a “diligência apropriada”.

O Decreto estabelece a realização de *due diligence* para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados” (art. 42, XIII).

(22) PINHEIRO Thiago Jabor; LORCA, Paola Piva; ARAÚJO, Victor Henrique Aversa. *Due diligence anticorrupção para contratação de prestadores de serviços e para fusões ou aquisições*. In: CARVALHO, André Castro Carvalho (Coord.); ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2019. p. 117.

No *compliance trabalhista*, é possível realizar diversas ações afirmativas para evitar a relação com trabalhadores ou empresas que não correspondam com os padrões exigidos nas Leis e pela própria contratante.

Nesse sentido, Selma Carlotto⁽²³⁾ defende que as empresas devem realizar práticas preventivas tanto de *know your customer* (conheça seu cliente) quanto de *know your employee* (conheça seu empregado).

Recomenda-se que seja realizada uma análise prévia de todos que se relacionem com a empresa, conforme explica Selma Carlotto⁽²⁴⁾:

Essa prática visa a adequar a empresa à norma por meio de uma investigação prévia de registros criminais, creditícios e comerciais de um trabalhador ou mesmo de uma organização, mas a empresa deve ter cuidado para não restarem desrespeitadas as normas trabalhistas e os princípios constitucionais.

Entretanto, ela ressalta⁽²⁵⁾ a necessidade de cuidado para a empresa não seja condenada em danos morais pré-contratuais, por violar a privacidade e intimidade do trabalhador candidato à vaga.

Há de se tomar extrema cautela no caso da exigência de certidão de antecedentes criminais, pois ela somente é permitida em casos específicos de atividades que envolvam cuidado com incapazes, idosos, crianças, pessoas com deficiência, trabalho em creches, asilos ou instituições afins, empregados domésticos, motoristas rodoviários de carga, empregado que labore no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuem com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, além do acesso a informações sigilosas, conforme tese jurídica definida pela Subseção

(23) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 28.

(24) *Ibidem*. p. 56.

(25) *Ibidem*. p. 28.

1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), autos n. 243000-58.2013.5.13.0023.

No direito do trabalho é possível também analisar a “*lista suja*” de empregadores condenados por trabalho escravo elaborada pelo Ministério Público do Trabalho, que recentemente teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal⁽²⁶⁾.

Selma Carloto⁽²⁷⁾ recomenda que se realize um *background check* (checagem de antecedentes) de seus empregados, desde que não se infrinjam quaisquer normas trabalhistas, leis e princípios, a exemplo do da “não discriminação”.

Outra importante análise a ser realizada é a do conhecimento de seu cliente, ou *know your customer*. Conforme explica Selma Carloto⁽²⁸⁾, uma situação típica nesse caso é a análise prévia da empresa prestadora de serviços terceirizados.

Explica-se, com o advento da Lei n. 13.429/2017 (que alterou a Lei n. 6.019/74) a terceirização, que anteriormente era regulamentada pela Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, passou a ter uma devida lei regulamentadora que estipulou requisitos e responsabilidades de todas as partes.

Inclusive, foi reconhecida a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços (art. 5^a-A, §5^o da Lei n. 6.019/74). Assim a empresa deve realizar uma devida análise da prestadora de serviço para evitar qualquer prejuízo futuro com o processo de terceirização.

De todo modo, as ações não devem se encerrar na simples análise de documentos. A empresa deve também manter políticas que incentivem boas condutas e fiscalizem as ações

e relações de seus empregados. Conforme explica Wagner Giovanini⁽²⁹⁾.

Exige-se registrar o descasamento dessa prática com os propósitos de um mecanismo de integridade, constatação evidente na maioria das empresas. Ao mesmo tempo, não se busca menosprezá-la, cujo valor é reconhecido, porém, importa enfatizar sua limitação. O desconhecimento dessa realidade implica em perigosas conclusões, como, por exemplo, acreditar ter mitigado alguns riscos importantes, quando, na verdade, tem a sua atenuação somente marginal.

Nesse sentido, vemos que há uma grande importância na existência do *due diligence*. Entretanto, deve-se atuar em conjunto a outras práticas que também compõem o mecanismo de integridade.

5. Mecanismos de um plano de *compliance* trabalhista

De antemão, cumpre ressaltar que os mecanismos citados neste capítulo não compõem uma lista taxativa, pois em momento algum seria possível realizar tal façanha. Isto pois, conforme já explicado anteriormente, o *compliance trabalhista* está em constante atualização.

O objetivo do presente capítulo é trazer e apontar em linhas gerais alguns dos possíveis mecanismos que uma empresa pode utilizar para mitigar seus riscos trabalhistas.

O *compliance* trabalhista, conforme explica Selma Carloto⁽³⁰⁾, consiste no uso de ferramentas para se adequar às normas legais, bem como a adoção de práticas preventivas de demandas judiciais, além da constituição

(26) ADPF n. 509.

(27) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 60.

(28) *Ibidem*, p. 57-59.

(29) GIOVANINI, Wagner. Programas de compliance e a anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: Integridade para o Desenvolvimento*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020

(30) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 27.

de prova para o êxito das mesmas. Continua a doutrinadora⁽³¹⁾: “com o intuito pedagógico de evitar futura judicialização em ações trabalhistas individuais e coletivas, além de outros passivos”.

Um plano de *compliance trabalhista* consiste em diversas ações conjuntas que separadamente podem não ter muita eficácia, porém em conjunto auxiliam a reduzir de forma elevada os riscos da empresa de sofrer sanções administrativas ou demandas coletivas ou individuais na esfera trabalhista.

5.1. Plano de integridade trabalhista

O plano de integridade é um dos principais mecanismos utilizados no *compliance*. De acordo com Carlotto⁽³²⁾:

O Programa de Integridade Trabalhista visa difundir a necessidade de cumprimento de normas pelos empregados da empresa de todos os níveis hierárquicos e principalmente de seus gestores e deve conter punições se as mesmas não forem cumpridas.

Continua⁽³³⁾:

No *compliance trabalhista* podemos utilizar, com intuito punitivo pelo descumprimento da legislação trabalhista, um regulamento interno disciplinar com penalidades pelo descumprimento de cada uma de suas regras pelos colaboradores das empresas e que podem consistir na política de advertências (...), além dos códigos de ética e conduta e dos canais de denúncia.

Verifica-se que o Programa de Integridade Trabalhista é um conjunto de normativas internas que visam a evitar o descumprimento das normas legais por parte dos empregados da empresa.

(31) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 27.

(32) *Ibidem*, p. 30.

(33) *Idem*.

A mesma autora⁽³⁴⁾ indica que o Programa de Integridade Trabalhista pode fazer uso das seguintes ferramentas: programas de treinamento e palestras, consultivo, regulamentos internos trabalhistas, códigos de ética e de conduta, canais de denúncia, registros de cumprimento da lei, relatórios e avaliações de desempenho, correção de erros na empresa das falhas na legislação trabalhista vigente e o relatório de impacto à proteção de dados pessoais (esse último oriundo da recente Lei Geral de Proteção de Dados).

Igualmente, de suma importância criar um código de ética e conduta. Pironti e Gonçalves⁽³⁵⁾ o define da seguinte forma:

O código de conduta e integridade é um documento institucional, fundamentado na missão, visão, valores e cultura da empresa, que visa comunicar, disciplinar e orientar o comportamento do público interno e externo, com aquele esperado pela organização.

Ou seja, é essencial a existência de um código que defina e explique para todos os empregados aquilo que a empresa defende. Bem como quais comportamentos espera de seus empregados.

Em complemento ao código de ética e de conduta, deve-se criar um regulamento interno. Se o código irá explicar como a empresa funciona e quais são seus objetivos, o regulamento interno visa a instituir as regras que os empregados devem obedecer, prevendo inclusive punições pelo descumprimento das normas nele previstas.

Selma Carlotto⁽³⁶⁾ explica que o regulamento interno deve ter medidas institucionais voltadas

(34) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 27.

(35) CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 117.

(36) CARLOTO, Selma. *Compliance Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 30-31.

para a prevenção, detecção e punição com relação à jornada, proibição de práticas discriminatórias ou que possam configurar assédio na empresa, regras para fiscalização de EPIs e punições para quem não os utilizar, ressalta também a necessidade de se punir gestores que não cumprem sua obrigação de fiscalizar e punir seus subordinados que desobedecerem as regras internas e externas.

A professora ressalta⁽³⁷⁾ que o regulamento interno para ter uma efetividade plena deve ser aplicado a todos os trabalhadores, inclusive aos altos gestores.

Outro relevante ponto do Plano de Integridade Trabalhista é a realização periódica de treinamentos. Em especial para líderes, pois os treinos visam a evitar passivos por ilícitos dentro da empresa, como assédio moral, assédio sexual e práticas discriminatórias, conforme especifica Selma Carlotto⁽³⁸⁾.

Os treinamentos também são relevantes para evitar acidentes e para indicar que os empregados foram orientados em como devem agir e quais equipamentos e EPIs devem utilizar.

Importante destacar que o Plano de Integridade Trabalhista deve servir como base para as análises de risco periódicas, conforme explica Carlotto⁽³⁹⁾:

Um Programa de Integridade de trabalhista deve iniciar com a implementação de técnicas e ferramentas para assegurar a adequação à norma, *compliance trabalhista*, e deve passar em um segundo momento, e como fase complementar para uma auditoria auxiliar, para a análise de riscos e identificação de regras descumpridas pela empresa, pontuando todos os riscos e tudo que deve ser corrigido em ordem de urgência e maior

risco para a mesma. Na sequência devem ser analisados os contratos trabalhistas e incluídas cláusulas importantes que não constem dos contratos atuais para os futuros contratos de trabalho, além de aditivos para modificar e adequar os contratos anteriores.

5.2. Canais de denúncia

Outro mecanismo do *compliance trabalhista* é o canal de denúncia. Segundo Thiago Cripa Alvim e André Castro Carvalho⁽⁴⁰⁾ o *canal de denúncias* tem duas funções essenciais, a de viabilizar a denúncia e a de garantir o anonimato do denunciante.

O mecanismo será um meio disponibilizado pela empresa para que seus empregados, colaboradores ou clientes possam denunciar condutas que violem as diretrizes estabelecidas no Plano de Integridade trabalhista.

Conforme explicam Rodrigo Pironti e Francine Gonçalves⁽⁴¹⁾.

Os canais de comunicação e denúncia são instrumentos que apoiam o desenvolvimento dos programas de integridade e possibilitam a detecção e remediação de irregularidades que ocorrem dentro da organização, através de relatos realizados pelos colaboradores e *stakeholders*.

Os canais de denúncias são ótimos meios de fiscalização e possuem sua eficiência comprovada, conforme estudo da KPMG⁽⁴²⁾ que

(37) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 31.

(38) *Idem*.

(39) *Ibidem*, p. 32.

(40) ALVIM, Thiago Cripa; CARVALHO, André Castro. Linha ética: funcionamento da denúncia, papel do denunciante e uso do canal de denúncias. In: CARVALHO, André Castro Carvalho (Coord.); ALVIM, Thiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 163.

(41) CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 125.

(42) KPMG. *Global profiles of the fraudster: technology enables and weak controls fuel the fraud*. Maio 2016. Disponível em <<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2016/05/global-profiles-of-the-fraudster.html>>. Acesso em: 23 set. 2020.

indica que 61% dos casos de corrupção foram descobertos em razão de denúncias.

Entretanto, deve-se sempre prezar pela confidencialidade nos canais de denúncia, com o sigilo do conteúdo relatado e a proteção da identidade do denunciante, conforme reiteram Pironti e Gonçalves⁽⁴³⁾. Inclusive, ressaltam que há de se estipular claramente no código de conduta e integridade a vedação de retaliação e a proteção do denunciante.

Selma Carloto⁽⁴⁴⁾ explica que no *compliance trabalhista* o canal de denúncia se destaca no combate ao assédio moral, ao assédio sexual, à discriminação e a agressões e brigas entre colegas. Continua a professora.

A utilização desses canais pelos colaboradores previne, coíbe, corrige, reduz e chega até a eliminar as práticas ilícitas, ou condutas indevidas, gradativamente, evitando o ajuizamento de demandas judiciais, e em consequência, reduzindo passivos na empresa, sendo o agressor punido, e melhorando em consequência, o meio ambiente laboral.

Inclusive o mecanismo auxilia a manter um meio ambiente de trabalho saudável para todos os empregados, pois se sentem seguros e amparados pela empresa, que prioriza a ética, transparência e a conduta, segundo a autora.

5.3. Ficha de seus empregados

Um dos grandes problemas enfrentados pelas empresas é o de manter o controle de seus superiores hierárquicos.

Para evitar essa situação é essencial ministrar treinamentos de liderança que ensinam os gestores, coordenadores e colaboradores a agir de acordo com os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho e

da não discriminação, conforme explica Selma Carloto⁽⁴⁵⁾.

Com isso, ao realizar treinamentos periódicos, o empregador minimiza o risco de despreparo de seus gestores, coordenadores e colaboradores para lidar com situações adversas.

Outro ponto relevante é o risco da dispensa discriminatória. Para evitar essa situação Carloto⁽⁴⁶⁾ oriente manter uma ficha de seus empregados, na qual sejam anotadas suas punições (advertências e suspensões), sua produtividade, relatórios, métricas e avaliações de seu desempenho.

Cumprе ressaltar que os relatórios de produtividade e punições também servem como provas para afastar pedido de equiparação do trabalhador, tendo em vista as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista ao § 1º do art. 461 da CLT.

Um detalhe importante levantado por Selma Carloto⁽⁴⁷⁾ é o de que os relatórios devem avaliar critérios objetivos e não subjetivos, bem como devem ser claramente delimitados.

5.4. Desafios do compliance ante a Lei Geral de Proteção de Dados

Conforme superficialmente apontado anteriormente, outro ponto com o qual os profissionais que atuarão com o *compliance trabalhista* deverão ter cuidado são as novas obrigações e necessidades criadas pela Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD).

Por ser um texto normativo extremamente recente (entrou em vigor somente em 2019, para a maioria de seus artigos), não é possível prever como a LGPD irá se contrastar com relação ao *compliance*, especialmente na área trabalhista.

(43) CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 125-126.

(44) CARLOTO, Selma. *Compliance Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 39-40.

(45) *Ibidem*, p. 75.

(46) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 77-78.

(47) *Ibidem*, p. 78.

Possivelmente, ocorrerão conflitos entre os aplicadores do *compliance trabalhista* com os controladores ligados às decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Devendo ambos os profissionais aprenderem a coexistir e chegar a soluções conjuntas que não violem suas obrigações.

Também terão de ocorrer diversas mudanças nos regramentos internos das empresas, em especial com relação aos dados necessários em processos seletivos, aos dados biométricos e aos dados pessoais dos trabalhadores, conforme ressalta Selma Carloto⁽⁴⁸⁾. Podendo-se inclusive ser necessário elaborar um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, que pode ser demandado por autoridade nacional (art. 10º, § 3º, da Lei Geral de Proteção de Dados).

Obrigatoriamente as empresas e os profissionais do *compliance* terão que se adaptar às alterações oriundas da Lei n. 13.709/2018, pois conforme o art. 3º da norma, todas as pessoas jurídicas de direito público ou privado estão sujeitas ao disposto na lei. Inclusive, caso não o cumpram, pode a empresa ser punida com sanções administrativas.

Ressalta Selma Carloto⁽⁴⁹⁾.

A Lei Geral de Proteção de Dados estabelece regras sobre, primeiramente, coleta, armazenagem, tratamento e compartilhamento das informações aumentando a segurança exatamente pela possibilidade de alta punição e assim, a empresa deve estar em *compliance* com esta lei para evitar desde uma simples advertência até uma multa de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluindo os tributos, limitada a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) **por infração**.

(48) CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 68-72.

(49) *Ibidem*, p. 72.

Inequívoco que há um grande desafio oriundo da Lei Geral de Proteção de Dados, pois alterará de forma significativa os processos internos e externos das empresas brasileiras, que terão de se adequar à nova normativa ou sofrer severas punições.

6. Conclusão

O objetivo deste trabalho era estudar e apontar soluções práticas que possam viabilizar uma redução dos riscos na área trabalhista de uma empresa, em especial com o uso de práticas provenientes do *compliance trabalhista*.

Conforme narrado previamente, percebe-se que o melhor meio de se evitar qualquer problema futuro é criando uma série de estudos, planos e mecanismos que previnam e impeçam todas, ou ao menos a maioria, das situações negativas que possam ocorrer em uma relação de trabalho.

Nesse aspecto, encontra-se a função do profissional que trabalhará com o *compliance trabalhista*. Ele precisa descobrir e mapear os riscos que a área de atuação da empresa trará. E com isso traçar estratégias que criem meios efetivos de fiscalizar esses riscos, e evitar que eles se concretizem.

Outra consequência prática importante é a melhora do meio ambiente laboral, pois das diversas orientações necessárias para evitar qualquer conflito judicial futuro, a maioria prevê a criação de mecanismos que garantam que todos os direitos dos trabalhadores e obrigações da empresa estão sendo cumpridos.

Uma empresa que adota um plano de *compliance trabalhista*, além de mitigar os riscos de sofrer sanções futuras, sejam elas judiciais ou administrativas, também irá melhorar o local e ambiente de trabalho de seus empregados.

Há de se destacar também as alterações oriundas da Lei Geral de Proteção de Dados, que criam uma nova faceta para o programa de *compliance trabalhista*, que também deverá se

adequar às novas regras impostas pelo ato normativo, em especial com relação à captação de dados em processos seletivos, e do tratamento de dados biométricos e de dados sensíveis de seus empregados.

Portanto, extremamente recomendável que as empresas façam uso de profissionais especializados na área preventiva trabalhista, para, com isso, diminuir os seus gastos futuros com processos judiciais ou administrativos que poderiam ter sido evitados.

7. Referências

CARLOTO, Selma. *Compliance trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019.

CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa; BORTOCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio (Coords). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. *Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Compliance, gestão de risco e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. 2. edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA, Edson Cordeiro da. *Governança corporativa nas empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Execução Trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados

Eduardo Batista Vargas^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo trata da possibilidade de utilização das informações contidas em bancos de dados digitais em processos judiciais, com ênfase na ação trabalhista em sua fase de cumprimento da sentença, tendo o propósito de analisar e discutir a questão da proteção aos dados pessoais frente ao interesse público da efetividade jurisdicional. O trabalho destaca o atual momento de intensa atividade tecnológica, com inovações crescentes, no qual os dados digitais pessoais passam a ser considerados um verdadeiro e valioso ativo, focando no sistema do eSocial e em que medida o conteúdo que armazena pode ser utilizado em ações judiciais. Para obtenção dos dados, em que pese os livros tradicionais de direito processual do trabalho praticamente ainda não se dedicarem ao tema, valeu-se de artigos publicados sobre a matéria e, principalmente, da legislação que trata da matéria, com destaque para a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a que regula o eSocial. Com a análise da legislação, o artigo sugere algumas possibilidades de uso dos dados pessoais nas ações trabalhistas, indicando exemplos práticos. Por fim, fica demonstrada a importância dos dados pessoais para auxiliar na solução de ações judiciais, sobretudo pelas informações passíveis de utilização na fase de execução.

Palavras-chave:

- ▶ Execução trabalhista — Dados — Proteção de dados — Efetividade judicial.

Abstract:

- ▶ This article deals with the possibility of using the information contained in digital databases in legal proceedings, with an emphasis on labor action in its sentence compliance phase, with the purpose of analyzing and discussing the question of protection of personal data to the public interest of jurisdictional effectiveness. The work highlights the current moment of intense technological activity, with increasing innovations, in which personal digital data is considered to be a true and valuable asset, focusing on the eSocial system and the extent to which the content it stores can be used in judicial actions. In order to obtain the data, despite the traditional books on procedural labor law, practically do not yet dedicate themselves to the topic, they used articles published on the matter and, mainly, on the

(*) Mestrando em Direito da Empresa e dos negócios pela Unisinos. Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS).

legislation that deals with the matter, with emphasis on the General Law Data Protection (LGPD) and the one that regulates eSocial. With the analysis of the legislation, the article suggests some possibilities for the use of personal data in labor lawsuits, indicating practical examples. Finally, it demonstrates the importance of personal data to assist in the solution of lawsuits, especially for information that can be used in the execution phase.

Keywords:

► Labor execution — Data — Data protection — Judicial effectiveness.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Dados pessoais no eSocial e execução trabalhista
 - 2.1. Dados pessoais no eSocial
 - 2.2. Execução trabalhista
- 3. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os novos rumos
 - 3.1. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)
 - 3.2. Novos rumos da execução trabalhista
- 4. Considerações finais
- 5. Referências

1. Introdução

O presente artigo pretende abordar o tema da execução trabalhista e a utilização dos dados pessoais na investigação patrimonial dos devedores na égide da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), relacionando os princípios protetivos do tratamento dos dados com a necessidade de que seja alcançada a efetividade na satisfação dos créditos trabalhistas.

No decorrer do texto será feita uma abordagem geral sobre o conteúdo das informações digitais existentes no sistema do eSocial e sua possível utilização para instruir processos trabalhistas, em especial na fase executiva, onde há dificuldade generalizada na localização patrimonial dos devedores. Aliado a isso, apresenta-se um panorama sobre a questão da proteção dos dados, especialmente em face da atual normatividade trazida pela Lei n. 13.709/2018, trazendo-se alguns dos seus princípios norteadores e, assim, verificar qual

a possibilidade de utilização das informações digitais nos processos judiciais.

A nova realidade tecnológica que tanto tem impactado na vida cotidiana das pessoas também, ainda que com algum atraso, já repercute nas ações judiciais, porque, inevitavelmente, as informações digitais serão utilizadas como meio de prova judicial. A grande questão é em que medida será isso possível e que valor será dado. São essas novas possibilidades que se procurará abordar, sistematizando a proteção das informações com o interesse público da atividade judicial.

Para tanto, foi necessário um estudo da legislação a respeito do tema da proteção de dados e da lei de criação do eSocial, bem como de obras literárias existentes, ainda que não sejam vastas. A inspiração veio, sobretudo, da legislação supramencionada e de artigos sobre o tema do chamado “direito digital”, especialmente pelo fato de praticamente inexistirem

estudos correlacionando execução judicial e proteção de dados.

Por fim, buscou-se estabelecer perspectivas de utilização das informações extraídas de banco de dados, em especial do sistema do eSocial, apresentando-se, de forma exemplificativa, algumas possibilidades práticas de uso dos dados em execuções trabalhistas, inclusive com a indicação de que tipo de informação pode ser de interesse judicial e qual a sua efetiva utilidade.

2. 2. Dados pessoais no eSocial e execução trabalhista

2.1. Dados pessoais no eSocial

O eSocial é um grande banco de dados gerido pela Administração Pública que concentra, em um só ambiente digital, as informações relacionadas às obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas dos empregadores. Surgiu de um projeto do Governo Federal para integrar, de forma organizada e estruturada, os dados gerados pelas empresas (e também pessoas físicas) relacionados às denominadas obrigações acessórias dos empregadores.

O Decreto n. 8.373/2014 criou o Sistema de Escrituração Fiscal Digital das obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas e isso significou um novo marco na crescente disseminação no uso de dados, sobretudo no âmbito estatal.

A utilização de dados, principalmente na forma estruturada, que significa “aqueles que estão organizados, ou seja, estão tabulados em linhas e colunas”⁽¹⁾, constitui-se em importante avanço na esfera governamental porque permite, ao mesmo tempo, a modernização na sistematização das informações coletadas

(1) COLOMBO, Cristiano. FACHINI NETO, Eugenio. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. e-ISSN: 2526-0049. Maranhão: v. 3. n. 2. p. 59-80, jul./dez. 2017.

e também a disponibilidade delas para uso de forma completa e atual, de modo que o ganho de tempo e eficiência se concretiza tanto para o Estado como para o cidadão.

Na seara da Administração Pública se observa uma tendência de incentivo ao uso massivo de dados, com várias iniciativas nesse sentido. Em um contexto geral, tratando-se de dados de interesse da sociedade, a publicação em formato aberto é imperativa, especialmente quando se referir a temas públicos relacionados à saúde, educação, segurança, transporte e política, seja quanto à gestão de recurso como na prestação dos serviços.

Inclusive, o Tribunal de Contas da União, ao tratar do tema, elencou cinco motivos para abertura de dados: 1) a sociedade exige mais transparência na gestão pública; 2) a própria sociedade pode contribuir com serviços inovadores ao cidadão; 3) ajuda a aprimorar a qualidade dos dados governamentais; 4) viabiliza novos negócios e 5) é obrigatório por lei⁽²⁾. E, no mesmo texto, justifica a importância da abertura dos dados públicos:

“A disponibilização de dados públicos de maneira aberta permite que grande volume de informações seja acessado e processado por meio de recursos de tecnologia da informação, hoje amplamente disponíveis. Desse modo, os cidadãos podem atuar ativamente no desenvolvimento de iniciativas que busquem fiscalizar e contribuir com a melhoria da gestão dos recursos públicos. Além disso, a iniciativa privada tem feito uso desses dados para oferecer à sociedade serviços de relevante interesse público que usualmente não são providos pelo governo.”⁽³⁾

Contudo, necessário ressaltar que o eSocial, embora surja nesse ambiente de abertura de dados, alberga informações próprias e particulares dos empregadores pessoas físicas e jurídicas, contendo, portanto, dados que não

(2) TCU. *5 motivos para a abertura de dados*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-de-tecnologia-da-informacao/atuacao/destaques/dados-abertos.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

(3) *Idem*.

propriamente públicos, embora de interesse do governo.

No decreto instituidor do referido sistema digital, em seu art. 3º, restam estabelecidos seus princípios básicos⁽⁴⁾, entre os quais destacam-se o compromisso com as garantias dos direitos previdenciários e trabalhistas e a intenção de racionalizar e aprimorar a qualidade das informações que, obrigatoriamente, prestam as pessoas físicas e jurídicas. Com isso, ao exigir as informações que visam proteger os direitos antes elencados, acaba se tornando um ambiente detentor de valiosas informações.

E, sendo uma ferramenta digital que garante expressivo conjunto de dados sobre empregadores, pessoas físicas e jurídicas, o interesse em relação ao conteúdo ali existente ultrapassa a fronteira do controle estatal sobre as atividades das empresas quanto ao cumprimento de suas obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas, podendo atrair a atenção, por exemplo, dos Poderes Legislativo, com informações para melhor legislar, e também do Judiciário, para instruir o andamento de processos judiciais, além, é claro, do Ministério Público, este para fiscalizar o cumprimento da lei.

No campo do Judiciário, o manancial de dados sobre empregadores significa valiosa fonte de pesquisa processual, sobretudo no âmbito da Justiça do Trabalho, servindo tanto para a fase de conhecimento como para a de cumprimento da sentença, também chamada de execução e que é o principal ponto de interesse do presente trabalho.

A questão fundamental a ser enfrentada é até que ponto as informações existentes no

(4) Decreto n. 8.373/14, Art. 3º O eSocial rege-se pelos seguintes princípios: I – viabilizar a garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; II – racionalizar e simplificar o cumprimento de obrigações; III – eliminar a redundância nas informações prestadas pelas pessoas físicas e jurídicas; IV – aprimorar a qualidade de informações das relações de trabalho, previdenciárias e tributárias; e V – conferir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

banco de dados do eSocial podem servir para finalidades distintas das quais fora instituído, ainda que revestidas com o verniz do interesse público, como, por exemplo, para instruir processos judiciais, em contraponto ao direito de proteção dos dados pessoais, aqui englobado o das pessoas jurídicas.

Além disso, se superada a questão acima, também seria importante destacar quais as informações de interesse judicial, em especial aquelas que poderiam ensejar maior eficiência e efetividade nas execuções trabalhistas.

2.2. Execução trabalhista

A fase de cumprimento da sentença é, seguramente, o momento mais aguardado de uma ação judicial, pois é quando o direito reconhecido judicialmente se materializa, com a efetiva entrega do bem da vida perseguido, sendo, na grande maioria das vezes, representado por uma condenação pecuniária.

Contudo, quando parece que já foi percorrido praticamente todo o caminho judicial e que falta apenas o cumprimento da decisão transitada em julgado, na hipótese da execução definitiva, pode começar para o credor um verdadeiro calvário, com grande probabilidade de sequer vir a receber seu crédito.

As estatísticas sobre o tema não deixam dúvidas sobre as dificuldades que os credores judiciais enfrentam, sobretudo pela existência de um verdadeiro gargalo nessa fase, que trava o andamento de centenas de milhares de processos. Na Justiça do Trabalho, há o indicativo apurado em correições ordinárias, feitas pelos Tribunais Regionais do Trabalho e também pelo Tribunal Superior do Trabalho, de que a cada 100 (cem) processos em fase de execução, apenas em torno de 30 (trinta) há o cumprimento da obrigação, o que, sem sombra de dúvida, é frustrante no ponto de vista da qualidade da prestação jurisdicional.

Não cabe aqui tratar dos motivos que levam a uma situação decepcionante como essa, pois

tanto podem decorrer dos problemas das inúmeras crises econômicas enfrentadas, às vezes de forma quase que geral, vide o que observa em tempos da pandemia ocasionada pela Covid-19, outras setoriais, o que é mais comum, como também podem decorrer de má gestão empresarial ou ainda da vontade deliberada de descumprimento da ordem judicial.

O que importa, para fins deste estudo, é apontar mecanismos que possam tornar mais efetiva a fase de cumprimento da sentença, em especial no processo trabalhista. Cumpre ressaltar que, em tratando de crédito trabalhista, há a natureza de verba alimentar, o que o coloca em patamar de sobreposição aos demais tipos de crédito e torna ainda mais relevante a atuação jurisdicional na busca do cumprimento da decisão judicial.

O Judiciário Trabalhista possui um moderno arsenal de ferramentas, a maioria eletrônica, para busca e localização de bens, dentre os quais destacam-se o bloqueio on line de ativos financeiros (sisbajud, antigo bacenjud) e também de informações bancárias (CCS), a restrição de veículos (renajud), a indisponibilidade de imóveis (CNIB), os dados fiscais (infojud, DOI e DIRF) e a negativação de devedores (serajud).

Em se tratando de ferramentas tecnológicas sempre há espaço para avanço e inovação. E o eSocial, embora tenha finalidade distinta, contempla muitas informações que podem ser úteis na localização de devedores e de eventual patrimônio. Pode, portanto, ser instrumento de grande valia para instruir a fase de execução do processo trabalhista.

Veja-se que o eSocial contempla o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), a Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF), além de informações detalhadas sobre os empregadores, sendo que as pessoas jurídicas são divididas por faturamento e atividade (com ou sem fins lucrativos) e as pessoas físicas apenas por atividade, ou seja, empregadores urbanos ou rurais, bem

como os empregadores domésticos. Esses dados podem ser de muita importância em uma investigação patrimonial.

Essa questão, no entanto, será detalhada mais à frente, inclusive com exemplificação de como pode ser feita a utilização das informações obtidas, pois antes impõe-se necessário o enfrentamento do tema sob o prisma da proteção pessoal dos dados e do eventual sigilo que pode ser imposto.

3. 3. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os novos rumos

3.1. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

O avanço tecnológico tem proporcionado inúmeras transformações, não só no modo de viver das pessoas como também no que diz respeito à coleta e utilização de informações que circulam no mundo digital, denominadas “dados”. Vivemos atualmente a chamada “Sociedade da Informação”, expressão surgida no final do século XX e que se constitui em:

“[...] um fator importantíssimo para as organizações e instituições de ensino. A informação vinda das novas tecnologias criadas pelas empresas e pessoas do mundo todo definiu um novo conceito de ferramentas no uso da comunicação.”⁽⁵⁾

A informação, e o mais impressionante, a quantidade dela, é uma nova realidade no mundo atual, crescendo a uma velocidade exponencial, com armazenamento em “nuvens”, as quais, transportando-se ao passado, são os antigos depósitos ou arquivos de documentos, que muitas vezes demandavam caixas e mais caixas, muitas vezes em amplos imóveis, para guardar uma infindável quantidade de papéis. Hoje isso é praticamente impensável.

(5) *Sociedade da Informação*. Portal da Educação. Disponível em: <<https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/sociedade-da-informacao/53820>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Por exemplo, no âmbito da Justiça do Trabalho, a virtualização dos processos eliminou a necessidade grandes espaços que antes eram destinados a armazenar os autos físicos.

A aceleração digital é tão veloz que a transformação é sentida cotidianamente pela sociedade, vez que é cada vez mais frequente conhecermos novidades tecnológicas. Nesse sentido, COLOMBO e ENGELMAN (2020), ao definirem inteligência artificial, abordam sobre essa realidade:

“Para uma tentativa de definição do que seja ‘Inteligência Artificial’ será preciso levar em consideração variados elementos, relacionados ao processo de aceleração da urbanização e da globalização a abundância de produtos, serviços e informações, que transformam a sociedade atual, seja nacional, seja global. O ser humano está experienciando uma complexidade crescente. Para dar conta desse mundo complexo, dispositivos móveis e serviços automatizados chegam em número crescente ao mercado consumidor”.⁽⁶⁾

Nesse mundo digital, junto com os benefícios existem os problemas ou, melhor dizendo, as questões e dilemas a serem enfrentados. Com a inovação tecnológica vem a exposição demasiada da intimidade das pessoas. Talvez seja esse o principal dilema a ser enfrentado e que diz respeito ao direito à privacidade, o que resulta, na seara digital, na proteção dos dados.

Importante reflexão consta de artigo elaborado por COLOMBO e FACHINI NETO (2017), em que fazem uma analogia com o direito ao esquecimento, pois o que era corriqueiro no passado, o esquecer-se, tornou impossível nos dias atuais:

(6) COLOMBO, Cristiano. ENGELMANN, Wilson. *Projeto de Pesquisa “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”*. Inteligência Artificial em favor da saúde: proteção de dados pessoais e critérios de tratamento em tempos de pandemia. Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 — Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS.

“Os dois lados da moeda — privacidade clássica e proteção de dados — muitas vezes estão ligados, como é o caso do direito ao esquecimento. A capacidade humana de relembrar, que nos acompanha desde a época das cavernas, permitiu que o homem comparasse, aprendesse e evoluísse. Igualmente importante, porém, é a habilidade humana de esquecer, deixando para trás o peso do passado e permitindo viver o presente de forma mais intensa. Por milênios, a relação entre lembrar e esquecer permaneceu clara. Lembrar é difícil e custoso e os humanos tinham que deliberadamente escolher o que lembrar. O normal era o esquecimento. Na era digital, essa equação se inverteu. Com a facilidade de armazenar um volume impressionante de informações, a memória digital tornou o passado um eterno presente.”⁽⁷⁾

Atualmente, informações presentes e passadas estão em mãos após alguns cliques, tornando-se um verdadeiro tormento para aqueles que possuem sua intimidade invadida. Na maioria das vezes, a obtenção dos dados está dentro de uma esfera de licitude, embora em alguns casos beirando a fronteira da ilegalidade. Em outros casos, e não poucos, verifica-se clara violação do direito à privacidade.

Por isso, há forte e necessária tendência mundial de proteção dos dados no meio digital, de modo que o cidadão possa se proteger tanto do Estado, que fortemente tem intensificado a utilização de banco de dados para exercer seu poder fiscalizatório, como também, e principalmente, de particulares, em especial das grandes empresas de tecnologia de dados

(7) COLOMBO, Cristiano. FACHINI NETO, Eugenio. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. e-ISSN: 2526-0049. Maranhão: v. 3. n. 2. p. 59-80, ju./dez. 2017.

digitais, que praticamente hoje tornaram o “dado” um cobiçado ativo mercantil.

Foi nesse espírito que recentemente foi editada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), visando, ao regular o tratamento dos dados, a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, conforme art. 1º da Lei n. 13.709/18⁽⁸⁾. Inclusive, no art. 2º da referida norma, que trata dos princípios, consta expressamente o respeito à privacidade e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem⁽⁹⁾.

Necessário ressaltar que, no âmbito do próprio eSocial, também existe regra protetiva, em relação aos dados relacionados ao FGTS e as de natureza tributária⁽¹⁰⁾, que gozam de sigilo bancário e fiscal, respectivamente.

Com essa forte proteção estabelecida pela lei especial acima referida, poderia se pensar que estaria a pessoa plenamente protegida quanto ao uso de seus dados, inclusive frente à Administração Pública e ao próprio Poder Judiciário. Contudo, essa proteção não é absoluta e não resiste à primazia do interesse público.

A própria Lei n. 13.709/18 (LGPD) já traz em seu corpo exceção à proteção dos dados

pessoais, quando autoriza o respectivo tratamento para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral⁽¹¹⁾.

Portanto, não há qualquer dúvida de que diante da guarida trazida pela LGPD e mesmo pelo Decreto que institui o eSocial, o interesse público na concretização do direito da parte em processo judicial se sobrepõe ao direito à privacidade e mesmo ao sigilo fiscal e bancário.

Obviamente que para afastar a proteção da privacidade, e mesmo dos sigilos fiscal e bancário, é imperativo que seja prolatada decisão devidamente fundamentada, que deverá enfrentar a questão da efetiva necessidade de tal ordem judicial, além de eventual proteção por outros princípios, dentre os quais destaque, por exemplo, o da menor onerosidade ao devedor⁽¹²⁾. Além disso, o órgão judicial, ao fazer o tratamento dos dados, deve observar os princípios contidos no artigo 6º da LGPD⁽¹³⁾,

(11) Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

(12) CPC. Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

(13) Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI – transparência:

(8) Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

(9) Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

(10) Art. 8º A Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador do FGTS, o Instituto Nacional do Seguro Social, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, o Ministério da Previdência Social e o Ministério do Trabalho e Emprego regulamentarão, no âmbito de suas competências, sobre o disposto neste Decreto. [...] § 3º As informações de natureza tributária e do FGTS observarão as regras de sigilo fiscal e bancário, respectivamente.

especialmente quanto à necessidade, que consiste na limitação ao mínimo necessário para a realização da atividade, e o da prevenção, que obriga a adoção de medidas aptas à proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, sem exclusão dos demais eventualmente aplicáveis.

Sendo assim, os dados existentes no ambiente digital do eSocial que sejam do interesse judicial para instrução de um processo, tanto para a fase de conhecimento, quando da colheita de provas, como na fase executiva, com vistas à localização do devedor ou de seu patrimônio, são totalmente acessíveis ao Poder Judiciário, desde que, reitero, esteja ancorada em decisão judicial devidamente fundamentada e que observe os princípios norteadores da proteção de dados.

3.2. Novos rumos

A utilização dos dados em processos judiciais é uma realidade já presente e inafastável. Tanto é verdade que já surge a denominação de um novo direito, o Direito Digital, cuja existência e autonomia como ramo jurídico já é defendida com bastante fervor e, inclusive, com alguma legitimidade, na medida em que já existem normas legais específicas a tratar do tema, como a própria LGPD e a lei do marco civil da internet (Lei n. 12.965/14).

Ao ingressar nesse mundo, o do direito digital, o Poder Judiciário terá a oportunidade de aprimorar significativamente a prestação

garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

jurisdicional, porquanto será possível a produção de provas antes inimagináveis, como, por exemplo, a localização de uma pessoa, imóvel ou bem móvel por dispositivo de geolocalização, o que poderá ser decisivo no aspecto probatório de um determinado processo.

Imagine-se, hipoteticamente, um devedor que não tem bens identificáveis em seu nome, mas que em face de dispositivo de geolocalização instalado em serviço de *streaming* (netflix, amazon, spotify, etc...) revele a existência de um imóvel utilizado pelo devedor na praia, servindo de indicativo, junto com outros elementos de prova, de que aquele bem seria do próprio devedor, mas registrado em nome de terceiro. Esta seria uma possibilidade dentre outras tantas possíveis, na medida em que há um leque extremamente variado de situações que podem ser objeto de demonstração por meio dos dados digitais com “armazenamento em nuvem”.

Claro que tem todo um caminho ainda a ser percorrido, sobretudo para que se atribua um grau significativo de confiança neste tipo de prova, ainda mais em tempos de muitas incertezas sobre a segurança dos bancos de dados. Não é demasiado ressaltar que as recentes invasões de “hackers” em bancos de dados públicos, ocorridas neste ano de 2020, fragiliza a credibilidade desses ambientes digitais. Por isso, resta imperativa a demonstração cabal de que tais sistemas são muito bem protegidos e que não há risco de violação e adulteração dos dados neles guardados.

De outro giro, não há qualquer notícia de invasão ou violação dos dados coletados e armazenados pelo sistema eSocial e o escopo deste trabalho é a possibilidade de uso das informações ali contidas como instrumento de prova em ações trabalhistas, notadamente na fase executiva.

Como forma de demonstrar a riqueza dos dados contidos no sistema digital do eSocial, apresenta-se um caso hipotético de execução na esfera trabalhista e, com base nos elementos

informativos do dito banco de dados, será buscada uma possível solução.

Pois bem. A situação em análise, que é uma suposição baseada em fatos relativamente comuns no âmbito da Justiça do Trabalho, envolve uma investigação patrimonial em face de empresa prestadora de serviços terceirizados de limpeza, que possui contra si mais centenas de execuções descumpridas, em tramitação em diversas Unidades Judiciárias, com momentos processuais executivos disformes. Em várias execuções já houve a desconsideração da personalidade jurídica, sem êxito na localização dos bens particulares dos sócios, com indicativo de se tratarem de pessoas que tenham emprestado seus nomes para comporem a sociedade e que, na verdade, a empresa devedora seja de propriedade de sócio(s) oculto(s).

Em primeiro lugar, a providência processual adequada, ainda sem sequer analisar questões relacionadas ao eSocial, seria a reunião dessas execuções, com base no disposto no art. 28 da Lei n. 6.830/80 (LEF)⁽¹⁴⁾, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, com o objetivo de uniformizar o procedimento de todas as execuções, racionalizando a busca patrimonial e eliminando diligências inúteis, pois ao se fazer em único processo, mas com aproveitamento a todos os demais, o ganho em eficiência e efetivada é evidente.

Depois, já na investigação em relação ao devedor, poderia se buscar na base de dados do eSocial os vínculos empregatícios dos sócios formais da devedora, para verificar se foram (ou são) empregados de outras empresas do mesmo ramo ou similar e relacionar com os sócios dessas empresas. É fato relativamente comum que empresários inescrupulosos utilizem o nome de empregados de suas empresas para abrirem outras pessoas jurídicas, e assim possam seguir com a atividade empresarial

por meio de empresas que, inicialmente, não possuem dívidas, mas que logo adiante passam a ser devedoras. Com essas informações, agregadas a outras que venham a ser encontradas, como saber quem opera pelas empresas junto aos bancos, usando o sistema CCS do Bacenjud, pode-se demonstrar a existência de sócios ocultos e outras empresas que venham a responder solidariamente pela execução, seja por serem consideradas sucessores ou mesmo integrantes de mesmo grupo econômico.

No tocante a localização de bens, no eSocial constam informações sobre produtores rurais e isso pode trazer a demonstração de que determinado devedor, ao se declarar empregador de trabalhadores rurais, seja proprietário de alguma área rural que sequer está declarada no registro imobiliário como sua. Logicamente que essa área em que se explora a atividade rural pode ter sido arrendada e não ser do devedor, mas também pode ser que o imóvel esteja em nome de pessoas que apenas “emprestaram” o nome. Ainda que não fosse o proprietário da área rural, haveria a possibilidade de penhora de eventual produto gerado nessa propriedade rural ou ainda de maquinário que lá existisse. De todo modo, são informações valiosas que podem ser obtidas por acesso ao eSocial.

Enfim, a exemplificação trazida é apenas uma pequena amostra das inúmeras informações que podem ser extraídas do eSocial e utilizadas como meio de prova, por vezes apenas indiciária, mas que também podem se tornar fundamentais, em processos trabalhistas, especialmente na fase de execução.

Isto tudo revela a importância que esses sistemas de banco de dados representam em termos de informações, ou seja, constituem-se em valiosos acervos informativos e sua utilização pode ir muito além de sua finalidade original, como claramente se observa quanto ao eSocial, significando uma oportunidade de utilização pelo Poder Judiciário, de modo a qualificar a prestação jurisdicional.

(14) Art. 28 – O Juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.

4. Considerações finais

O presente estudo teve o objetivo de apresentar uma nova perspectiva de atuação jurisdicional com a utilização das informações contidas em banco de dados, em especial as do sistema do eSocial.

A imensidão de dados pessoais existentes atualmente no mundo digital alça o estudo do direito a uma nova dimensão. Claro que há necessidade de um novo olhar, cauteloso, mas sem deixar a cautela inibir a extração de novas possibilidades que possam qualificar a atividade jurisdicional, porque isso reflete diretamente em benefício a toda a sociedade.

A nova realidade tecnológica impacta, também, no Poder Judiciário, que tem o papel de filtrar aquilo que de mais relevante existe nesse novo Direito Digital que surge e trazer, com cuidado e segurança, para o âmbito das ações judiciais.

A legislação que norteia a proteção dos dados pessoais, na esteira de uma tendência mundial, procura preservar a intimidade e a privacidade dos cidadãos, mas isso não pode servir de escudo absoluto para blindar as partes em processos judiciais, especialmente os devedores judiciais, e ainda mais, aqueles que devem créditos alimentares.

Ficou demonstrada a vastidão e a riqueza das informações contidas nos bancos de dados digitais e as inesgotáveis possibilidades de produção de provas a partir desse conteúdo, inclusive com vistas a localização de bens de devedores, principalmente o patrimônio colocado em nome de terceiros, popularmente conhecidos por “laranjas”.

E isso é fundamental no âmbito das ações judiciais, não só as trabalhistas, as quais constituem o objetivo principal desse estudo, mas todas as outras dos demais ramos do direito, na medida em que a inefetividade na fase executiva não é uma exclusividade do Judiciário Trabalhista, mas uma realidade generalizada em todo o Poder Judiciário. Aliás, cumpre des-

tacar que a Justiça do Trabalho é, seguramente, o ramo que tem mais efetividade na cobrança dos devedores, conforme dados conhecidos do Conselho Nacional de Justiça, no informativo denominado Justiça em Números.

Diante disso tudo, não há dúvida da importância de que se tenha um novo olhar e, com isso, novos rumos a partir do vasto manancial de conteúdo e informação que emerge dos bancos de dados digitais, o que, certamente, poderá significar uma melhora substancial nos índices de cumprimento das obrigações pecuniárias decorrentes das execuções judiciais.

5. Referências

BRASIL. *Decreto n. 8.373, de 11 de dezembro de 2014*. Institui o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas — eSocial e dá outras providências Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8373.htm>.

_____. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da União. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>.

_____. *Tribunal de Contas da União*. 5 motivos para a abertura de dados. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-de-tecnologia-da-informacao/atuacao/destaque/dados-ertos.htm>>

COLOMBO, Cristiano. ENGELMANN, Wilson. Projeto de Pesquisa “*Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas*”. Inteligência Artificial em favor da saúde: proteção de dados pessoais e critérios de tratamento em tempos de pandemia.

Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 – Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS.

COLOMBO, Cristiano. FACHINI NETO, Eugenio. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua

adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. e-ISSN: 2526-0049. Maranhão: v. 3. n. 2. p. 59-80, jul./dez. 2017.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. *Sociedade da Informação*. Disponível em: <<https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/sociedade-da-informacao/53820>>.

Processo de Seleção em Recursos Humanos: Uma Abordagem Frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Eliane Cristina Oliveira Guerra^(*)

Resumo:

- ▶ A Lei Geral de Proteção de Dados chegou para assegurar a proteção dos dados pessoais dos titulares. Este artigo tem como objetivo abordar o processo de seleção em recursos humanos frente à Lei Geral de Proteção de Dados, cujo foco é entender o impacto dessa diante dos processos de seleção. Para tanto, foi necessária analisar as bases legais trazida pela por ela, bem como encaixá-las no dia a dia do recrutamento. O principal resultado, foi no sentido de que o setor de recursos humanos, não precisará deixar de coletar os dados dos titulares durante os processos de seleção, entretanto, deverão adequar os processos as bases legais, bem como aos fundamentos e princípios da LGPD.

Palavras-chave:

- ▶ Lei Geral de Proteção de Dados — Processo de seleção — Recursos humanos — Robotização/Automatização — Coleta de dados — Bases legais — Tratamento automatizado.

Abstract:

- ▶ The General Data Protection Law arrived to ensure the protection of personal data of the holders. This article aims to address the selection process in human resources in the face of the General Data Protection Law, whose focus is to understand its impact on the selection processes. Therefore, it was necessary to analyze the legal bases brought by it, as well as fit them into the day-to-day of recruitment. The main result was that the human resources sector will not need to stop collecting data from the holders during the selection processes, however, they will have to adapt the processes to the legal bases, as well as to the fundamentals and principles of the LGPD.

(*) Pós-graduanda em Direito, Inovação e Tecnologia pela ESA OAB/MG. Especialista em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados pela Ebradi e ESA OAB/SP. Especialista em Advocacia Trabalhista pela ESA/OAB-MG. Obteve as Certificações Internacionais da ISO 27001 (Segurança e Proteção de Dados) e a Privacy Foundation (PDPP), Privacy

and Data Protection Practitione (PDPP), obtendo com estas três certificações o título de Data Protection Officer (DPO) pela EXIN. Autora de capítulos jurídicos. Autora do livro "Manual Prático de Adequação à LGPD com enfoque nas Relações do Trabalho". Advogada e atuante em projetos de adequação e implementação da LGPD.

Keywords:

- General Data Protection Law — Selection process — Human resources — Robotization/ Automation — Data collect — Legal bases — Automated treatment.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Processo de seleção em recursos humanos
 - 2.1. Processo de recrutamento e seleção frente à robotização/automatização
- 3. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
 - 3.1. Do processo de seleção e da coleta de dados frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
 - 3.1.1. Dos dados coletados e da real necessidade da coleta
 - 3.1.2. Da base legal para o tratamento de dados em processo de seleção
 - 3.1.3. Do tratamento automatizado frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
- 4. Conclusão
- 5. Referências

1. Introdução

A mudança de paradigmas que a sociedade vem vivenciando obrigou as empresas a tomarem medidas de segurança mais eficazes nos processos de seleção em recursos humanos.

Por isso, o objetivo geral no artigo será abordar pontos relevantes da coleta de dados no processo de seleção frente à Lei Geral de Proteção de Dados, ou seja, ao longo do texto, demonstrar-se-á como o desenvolvimento e crescimento dos processos automatizados resultam em maior impacto no processo que vem transformando radicalmente as relações humanas de trabalho, nascendo uma nova era digital nos processos seletivos.

O objetivo específico aqui é demonstrar ao leitor a melhor prática de coletar os dados pessoais de um possível candidato em processo de seleção sem confrontar os fundamentos e princípios da Lei Geral de Proteção aos Dados.

Por fim, a metodologia percorrerá a análise de conteúdos doutrinários, bem como legislações, buscando assim, retirar os pontos fundamentais de cada posicionamento quanto

à aplicação ao direito do trabalho, perquirindo-se e apresentando-se, a melhor solução.

2. Processo de seleção em recursos humanos

O processo de seleção em recursos humanos é um dos pontos de maior atenção dentro de uma organização, pois é por meio dele que as empresas coletam diversos dados pessoais dos possíveis colaboradores, tanto nos meios digitais, como manual (papel).

Com o avanço das tecnologias muitas organizações estão procurando alcançar rapidamente a Era Digital, adicionando papéis como foco digital, ou mudando papéis tradicionais, com orientação digital (Chiavenato, 2020).

Não é tão simples mudar uma cultura dentro de uma organização, é preciso começar da alta gestão até o menor cargo da empresa, é preciso treinar, mudar a forma de ver e coletar os dados dos colaboradores.

As empresas precisam adequar-se a esta nova Era Digital, que vem tomando conta de todos os processos, e para isso, elas estão

adquirindo sistema ágeis para facilitar a coleta dos dados dos possíveis colaboradores.

As empresas que estão migrando para área tecnológica enxergam vantagens e grandes desafios. Exemplo de algumas vantagens de migrar para o digital é o tempo gasto para elaboração, criação e desenvolvimento de todo os processos, pois o meio digital facilita o processo de seleção que as vezes são morosos e cansativos para o recrutador e para o próprio candidato que várias vezes precisavam deslocar-se até um determinado local para realizar alguns testes. Outro ponto importante é diminuir as fragilidades decorrentes de “Erros humanos”, que muitas vezes acabam prejudicando um bom candidato. Agora, um dos desafios que as empresas estão enfrentando é com a proteção dos dados pessoais dos possíveis colaboradores, pois no meio digital **não existe** um sistema 100% seguro de ataques por hacker e cracker, o que existe são medidas técnicas que a equipe de segurança da informação deve tomar para evitar quaisquer tipos de vazamento.

2.1. Processo de recrutamento e seleção frente à robotização/automação

Antes de adentrarmos no processo de seleção frente a robotização/automação, é preciso entender como a robotização e a automação estão presentes no processo de recrutamento e seleção das organizações.

Quando se fala em robotização é a visão do processo voltado para inteligência artificial, *machine learnig*⁽¹⁾ e *deep learning*⁽²⁾, para acelerar ou deixar automático o processo de seleção, já a automação está relacionada à substituição da mão de obra humana, que no caso, é o que vem sendo feito pelas grandes organizações.

(1) “Machine learnig”. “Aprendizado de máquina”. (<<https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR&sl=auto&tl=pt&text=machine%20learnig&op=translate>>. tradução nossa).

(2) *Deep learning*. “aprendizado profundo” (<<https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR&sl=auto&tl=pt&text=machine%20learnig&op=translate>>. tradução nossa).

Os profissionais que trabalham na área de recursos humanos, estão inovando, enxergando esta nova era 4.0 como uma tendência de mercado que tende a permanecer.

As empresas estão investindo neste novo método para otimizar todo o processo e principalmente pensando no desenvolvimento de um programa de *compliance* adequado e eficaz, saindo do ciclo que muitas vezes acabava sendo totalmente “*tendencioso*”, para melhorias e rapidez em todo o processo, como por exemplo: redução de 10 a 20 segundos, a cada tarefa realizada, por uma simples sequência de copiar e colar BY EQUIPEZURI, 2020⁽³⁾, que muitas vezes acarretava sérios prejuízos para às organizações.

Além do mais, quando as empresas pensam em um processo de recrutamento e seleção automatizado, elas já vislumbram a integração com outras plataformas de recrutamento e seleção, como o próprio *LinkedIn*, que é uma rede focada em gerar conexões e relacionamento entre profissionais, na qual as pessoas podem fazer contato com o mundo inteiro.

Existem diversos benefícios em automatizar o processo de recrutamento e seleção para as organizações, como: Aumento da produtividade, modernização na prática de RH, contratação de profissionais extremamente qualificados para a vaga, além de falar das melhorias contínuas em todo o processo, a contratação com base no Fit Cultural, a estruturação das diversas fases (entrevistas e dinâmicas a testes psicológicos), ou seja, a tecnologia veio para mudar a forma de criar o processo de recrutamento e seleção.

Neste tópico, foram tratados os benefícios da robotização e automação para as organizações, já no 3.1.3 do presente artigo será tratada a questão da automação frente à **Lei Geral de Proteção de Dados**.

(3) ZURI. *Benefícios da Automação e Robotização dos Processos*. Disponível em: <<https://www.zuri.wf/blog/automacao-eficiencia-negocios/beneficios-da-automatizacao-e-robotizacao-dos-processos/>>. Acesso em: 04 jun.2021.

3. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Com o avanço das tecnologias, o legislador se viu obrigado a regulamentar alguns pontos que estavam impactando a sociedade como um todo.

O Brasil, como sempre, é atrasado em termos de acompanhar a legislação com as novas tecnologias. Outros países que fazem parte da União Europeia já estão bem mais avançados, em termos de proteção de dados. Lá eles já tinham uma Diretiva, a 95/46 CE. Esta Diretiva foi revogada pelo *General Data Processing Regulation* em 2016, cuja entrada em vigor se deu em 25 de maio de 2018.

No Brasil já se tinha discussões, em termos de proteção de dados, mas foi só em agosto de 2018 que foi aprovada a Lei n. 13.709/2018, designada Lei Geral de Proteção de Dados. A legislação brasileira foi influenciada pela legislação da União Europeia.

A legislação brasileira sobre proteção de dados dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, nos meios físicos e digitais, cujo objetivo é proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Selma Carloto (2020, p. 21), aduz que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é uma lei totalmente principiológica e que exige *compliance* trabalhista. Realmente a lei preocupou-se em cada detalhe, tanto é que tem um capítulo para as boas práticas, ou seja, a empresa deverá aplicar medidas técnicas e administrativas para resguardar os dados pessoais dos titulares no caso, dos futuros ou atuais trabalhadores no processo de seleção.

3.1. Do processo de seleção e da coleta de dados frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

O processo de seleção nas empresas de pequeno porte geralmente era e algumas ainda utilizam somente a coleta de currículo e uma

entrevista com o possível candidato. Já as empresas de meio e grande porte coletavam currículos presenciais ou na maioria das vezes por meio de seus sites, ou de outras plataformas terceirizadas de recrutamento e seleção, como é o caso das redes sociais — *LinkedIn*.

As empresas hoje buscam agilidade em seus procedimentos e com isso, um processo de seleção manual sai muito mais caro para as organizações, visto que essas estão sempre precisando de um maior número de colaboradores para realizar toda análise dos currículos.

Benedito Pontes (2019, p. 53), aponta vantagens e desvantagens no método tradicional de coleta de dados através de entrevistas, questionários ou ambos.

Vantagens:

- Permite melhor compreensão dos objetivos de cada tarefa, das relações de cargo com outros, e das operações envolvendo máquina e equipamento (...).

Desvantagens:

- Método moroso, que encarece o processo de coleta de dados, pois exige muito tempo do analista de cargo.
- Geralmente as observações têm de ser completadas, uma vez que surgem dúvidas sobre as tarefas e especificações do cargo (...).

Em decorrência desta busca por um processo mais célere, as empresas tendem a robotizar ainda mais os processos de seleção e com isso gerando novos desafios para resguardar os dados coletados dos possíveis candidatos – hoje na Lei Geral de Proteção de Dados, são tratados como titular dos dados pessoais⁽⁴⁾.

Com essa robotização, as empresas têm/tinham por hábito coletar todos os tipos de dados pessoais (dados pessoais e dados pessoais

(4) Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

V – titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

sensíveis⁽⁵⁾), de um possível colaborador. Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, as empresas precisam/precisaram se adequar para não serem sancionadas pela LGPD. As empresas **não poderão coletar aquela** quantidade de dados desnecessários que anteriormente/atuamente coletavam.

E neste momento de transição/desespero das empresas em se adequarem à lei geral de proteção de dados pessoais surgiu o *nome bonito*, “*compliance digital*”, mas quando se fala deste, as empresas logo pensam que se trata apenas de segurança da informação, mas não é somente isso. A segurança da informação é apenas um dos pilares que compõe todo o processo de *compliance* na LGPD. Além do mais, a figura do *compliance* **não é atual, ela já vem sendo** enraizada no Brasil desde 1992, com início da abertura do mercado nacional para as empresas estrangeiras, mas o tema só voltou à tona em com a Lei da empresa limpa, popularmente conhecida, no Brasil, como Lei Anticorrupção⁽⁶⁾. É bom enfatizar que a lei anticorrupção não alvitrou como obrigatório às empresas implantarem o programa de *compliance*, mas apenas sugeriu, sendo uma faculdade. Em países como Estados Unidos e vários da Europa, o *compliance* já é muito mais avançado do que no Brasil. As empresas brasileiras estão se vendo cada vez mais afetadas pela não efetividade de um bom programa de *compliance*.

(5) Art. 5º Para os fins desta Lei n. 13.709/2018, considera-se: I – **dado pessoal**: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II – **dado pessoal sensível**: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

(6) BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

Além do mais, a Lei Geral de Proteção de Dados trouxe um capítulo próprio para questão de boas práticas, ou seja, as empresas poderão formular regras de boas práticas e governança para adequar seus processos, isso é, devem⁽⁷⁾ investir em medidas técnicas e administrativas para mitigar os possíveis riscos.

Nessa tentativa de mitigar os riscos, é que entra a figura do *compliance digital*, especificamente nos processos de seleção.

O processo de seleção é um ponto de extrema relevância para o setor de recursos humanos, pois é por meio deste, que os dados pessoais dos possíveis colaboradores serão coletados. Antes de iniciar-se o processo de seleção de um possível colaborador, as empresas precisarão primeiramente adequar todo o seu processo interno, ou seja, realizar um *check list* ou até mesmo um mapeamento de dados no setor de recurso humanos, ou outro equivalente, para saber quais dados pessoais ou sensíveis são coletados.

Após o *check list* ou mapeamento dos dados, o setor já terá uma compreensão de quais dados serão essenciais e quais dados não deverão ser coletados neste primeiro momento.

É nesse momento que as organizações devem se atentar para coletar apenas os dados extremamente necessários para o processo, visto que o colaborador até então, não está na organização, ele ainda está no processo de seleção, concorrendo a uma determinada vaga.

3.1.1. Dos dados coletados e da real necessidade da coleta

Conforme explanado, as empresas coletavam e algumas ainda coletam dados pessoais, ou até mesmo dados pessoais sensíveis, desnecessários no início do processo de seleção, com

(7) BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

a ideia de que precisarão destes dados futuramente, mas não é bem assim, pois lá no início do processo de candidatura em seu site, ou em outras plataformas equivalentes, as empresas não precisarão de todas as informações como: se tem filhos menores, sexo, raça, nome dos pais, estado civil dentre outras informações.

As empresas deverão coletar apenas esses dados, caso a vaga tenha por objetivo selecionar uma categoria específica – geralmente com o intuito de proteger a saúde do próprio candidato ou para privilegiar minorias que sofrem práticas discriminatórias por meio de ações afirmativas, como foi o caso da Magazine Luiza que realizou um processo de seleção para trainee voltado a pessoas negras⁽⁸⁾. Neste caso, da Magazine Luiza, ela precisou usar a opção de raça, que de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados é um dado pessoal sensível.

Quando a empresa coleta um dado sensível logo no processo de seleção ela precisará aplicar medidas técnicas ou administrativas mais seguras para mitigar o risco de um possível vazamento.

Há de se observar pelas empresas a real necessidade de coletar dados desnecessários no procedimento preliminar de seleção, pois muitas vezes, coletam-se dados em excesso, sem saber se realmente aquele candidato preencherá aquela vaga. Além de coletar dados desnecessários, a empresa está tendo custo com manutenção de armazenamento de informações em seu banco de dados, além de estar correndo um risco de possíveis vazamentos ou ataques indesejados.

Dessa forma, cabe ao setor responsável pelo compliance/integridade, ou até mesmo o setor de recursos humanos, elaborar um *check list* do que realmente é necessário para aptidão daquela vaga disponibilizada.

(8) EXAME. Agência Brasil. MPT conclui que trainee para negros do Magalu é reparação histórica. *Exame*, 2020. Disponível em: <<https://exame.com/negocios/mpt-conclui-que-trainee-para-negros-do-magalu-e-reparacao-historica/>>. Acesso em: 31 maio 2021.

3.1.2. Da base legal para o tratamento de dados em processo de seleção

A Lei Geral de Proteção de Dados em seu art. 7º arrola alguns requisitos (base legal), para o tratamento dos dados pessoais, sendo:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros;

VIII – para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019)

IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.⁽⁹⁾

(9) BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

Essas bases legais nortearam as empresas no momento da coleta e tratamento dos dados pessoais dos titulares. No caso específico do processo de seleção, as empresas, a princípio, poderão fundamentar o tratamento dos dados com base no art. 7º, inciso V, que trata dos procedimentos preliminares em execução de contrato. Entretanto, caso o candidato não venha atingir aquela finalidade (vaga), à empresa, já não poderá continuar tratando os dados pessoais dos titulares com esta base legal. A empresa poderá utilizar a base legal do consentimento, para continuar armazenando os dados, mas deverá informar ao possível candidato o motivo pela continuação do armazenamento, o tempo de guarda e se os dados serão compartilhados com terceiros.

É bom lembrar que o consentimento poderá ser revogado pelo titular dos dados a qualquer momento. Além disso, ele deve ser livre, informado e inequívoca, sem falar que as empresas deverão utilizar tanto a forma escrita quanto outros meios adequados e possíveis de comprovação para pedir o consentimento.

Ciclo de dados

Caso o possível candidato não dê o consentimento para a empresa continuar tratando os dados, ela deverá utilizar meios adequados para o descarte, tanto físicos como eletrônicos.

3.1.3. Do tratamento automatizado frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Com o avanço das tecnologias, como a informática, telemática, robotização, automatização e o uso da inteligência artificial, as empresas tendem a mudar cada vez mais o processo de seleção, saindo do manual para o meio digital ou robotizado.

Com este avanço, as empresas estão utilizando cada vez mais processos automatizados para a contratação de seus colaboradores, e até mesmo no decorrer do contrato de trabalho, na qual os colaboradores irão participar de um processo de seleção interna para trocar de função/promoção.

Para tentar sanar qualquer tipo de violação ou discriminação do possível colaborador à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, veio logo tratando do assunto em seu art. 20⁽¹⁰⁾ sobre a possibilidade de revisão das decisões em processos automatizados.

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a **revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado** de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o **seu perfil pessoal, profissional**, de consumo e de crédito **ou os aspectos de sua personalidade**. (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019)

§ 1º O **controlador deverá** fornecer, sempre que solicitadas, **informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada**, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de **não oferecimento de informações** de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a **autoridade nacional poderá realizar auditoria** para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

Este artigo da lei trata das decisões tomadas com base nos tratamentos automatizados de análise de perfil pessoal ou profissional, que no caso do artigo aqui escrito é análise do perfil do candidato em processo de seleção.

O artigo da lei geral de proteção de dados não vetou a utilização de decisões automatizadas nos processos de seleção, este apenas enfatizou que ao realizar-se o processo de seleção, com base em decisões automatizadas, as empresas deverão garantir que o processo seja claro e adequado, a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados, ou seja, não poderá haver qualquer tipo de afronta aos direitos dos titulares de dados garantidos pela própria legislação de proteção de dados.

(10) BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

Como enfatizado anteriormente, a tendência é às empresas partirem cada vez mais para os processos automatizados, visto que este é mais rápido e demanda um menor número de pessoal envolvido no processo, além de grandes vantagens no programa de *compliance*.

A automação/robotização já é um caminho sem volta, o que precisa ser observado pelas empresas são os fundamentos e princípios que norteiam os direitos dos titulares dos dados. Não podem as empresas ferirem direitos humanos já adquiridos pelo simples fato de avanço na tecnologia. É preciso conciliar o avanço da tecnologia com os direitos fundamentais.

4. Conclusão

O presente trabalho teve o cuidado de demonstrar parte do processo de seleção em recursos humanos, as vantagens de sua robotização/automatização para as empresas, bem como à sua aplicação frente à Lei Geral de Proteção de Dados.

Para tanto, foi necessária explicar parte do processo, e demonstrar na prática aplicação das bases legais que as empresas poderão aplicar no processo de recrutamento e seleção dos possíveis colaboradores como: coleta de dados no site ou através de uma ficha impressa na empresa — base Legal — procedimentos preliminares (art. 7º, inciso V, da LGPD); guarda do currículo por um determinado período — base Legal — consentimento — (art. 7º, inciso I, da LGPD); guarda da ficha de registro do Colaborador — base Legal — obrigação legal ou regulatória (art. 7º, inciso II, da LGPD).

Conforme demonstrado, as organizações não precisam parar de coletar dados pessoais no processo de seleção, elas precisam apenas adequar seus processos internos e coletar o mínimo necessário sem invadir a privacidade e a dignidade do trabalhador, ou seja, respeitando todos os direitos do titular.

Cabe cada organização criar sua estratégia para melhor adequar o processo de recrutamento e seleção, ou seja, se ele continuará de

forma manual ou utilizando as vantagens de sua robotização/automatização.

Por fim, caso as organizações optem pela não adequação de seus processos de recrutamento e seleção, essa estará em desconformidade com a LGPD, além de vir a sofrer as sanções administrativas aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)⁽¹¹⁾, bem como outros órgãos de fiscalização.

5. Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. *Lei n. 12.846, de 1ª de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF 28 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

CARLOTO, Selma. *Lei Geral de Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2020.

CFA. Saiba, aqui, como e quando surgiu o *Compliance* no Brasil e mundo. *Conselho Federal de Administração*, 2019. Disponível em: <<https://cfa.org.br/como-e-quando-surgiu-o-compliance/>>. Acesso em: 31 maio 2021.

CHAVES, Débora Caroline Pereira. *Afinal, quem sou eu para o Direito?: reflexão sobre a tutela do*

(11) Das sanções administrativas — art. 52 e seguintes da LGPD — BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF. 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

transgênero no Brasil/ Débora Caroline Pereira Chaves – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CHIAVENATO, Idalberto, 1936 — *Recursos humanos*: O capital humano das organizações. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

EXAME. Agência Brasil. MPT conclui que trainee para negros do Magalu é reparação histórica. *Exame*, 2020. Disponível em: <[https://exame.com/negocios/mpt-conclui-que-trainee-para-negros-](https://exame.com/negocios/mpt-conclui-que-trainee-para-negros-do-magalu-e-reparacao-historica/)

[do-magalu-e-reparacao-historica/](https://exame.com/negocios/mpt-conclui-que-trainee-para-negros-do-magalu-e-reparacao-historica/)>. Acesso em: 31 maio 2021.

KENOBY. *Sistemas de recrutamento e seleção*: Você sabe como funcionam? Kenoby. Disponível em: <<https://kenoby.com/blog/sistemas-de-recrutamento-e-selecao/>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

PONTES, Benedito Rodrigues. *Administração de Cargos e Salários*: Carreiras e Remuneração. 19. ed. São Paulo: LTr, 2019.

O Consentimento do Trabalhador no Fornecimento de Dados Pessoais e a Busca pela Verdade Real

Fábio Dias da Silva^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo tem por objetivo traçar parâmetros de aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados para com o âmbito do Direito Processual do Trabalho mormente para a busca e consequente consecução da verdade real, insita às relações de trabalho a partir da disposição específica de que para a tutela concreta do Direito do Trabalho deve ser vinculada à primazia da realidade das relações de trabalho e, por isso, trazer de um modo mais concreto e abrangente a tutela jurisdicional com viés protetivo aos dados pessoais, não ultrapassando os limites legais e constitucionais.

Palavras-chave:

- ▶ Consentimento — Verdade real — Dados pessoais.

Abstract:

- ▶ The purpose of this article is to outline parameters for the application of the General Data Protection Law within the scope of Labor Procedural Law, especially for the search and consequent achievement of the real truth, inherent to labor relations based on the specific provision that for the concrete protection of Labor Law must be linked to the primacy of the reality of labor relations and, therefore, bring in a more concrete and comprehensive way the jurisdictional protection with a protective bias to personal data, not exceeding the legal and constitutional limits.

Keywords:

- ▶ Consent — Real truth — Personal data.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Consentimento no fornecimento de dados pessoais

(*) Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina — UEL. Especialista em Direito Processual Civil (NOVO-CPC) pela Toledo Prudente Centro Universitário.

- 3. Verdade real no processo do trabalho
- 4. A verdade real e os limites da atividade jurisdicional
- 5. Meios de consecução da verdade real e o consentimento
- 6. Considerações finais
- 7. Referências

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados inovou juridicamente de tamanho modo que impôs determinadas obrigações a serem observadas por parte dos jurisdicionados e, também, para todo e qualquer indivíduo e empresa que necessite e precise veicular dados pessoais de toda e qualquer pessoa que esteja ao seu poder.

Essa legislação inovadora trouxe à baila uma necessidade precípua para que o objeto jurídico (dados pessoais) fosse amplamente resguardado, ou seja, a partir do consentimento que poderá ter o acesso, e consequente quebra da proteção dos dados pessoais de determinado indivíduo.

Como restará destacado no bojo desse estudo é certo que, como todo e qualquer direito, este não é inviolável e, também, sólido a fim de que inadmita toda e qualquer ponderação, sendo que guardada a devida proporção e razoabilidade, é necessário que se tenha a ponderação dos direitos ventilados em determinada demanda trabalhista para, assim, não prejudicar a atividade jurisdicional.

No caso dos dados pessoais, mormente para com o consentimento, poderá, como será discutido, uma controvérsia acerca da necessidade, ou desnecessidade, de resguardo para com a busca da verdade real, princípio esse definido a partir da primazia da realidade que, de forma incontroversa, vislumbra obter o maior fim pelo qual é buscado o Processo do Trabalho, a concretização de direitos trabalhistas.

Com a preocupação para com a proteção dos dados pessoais é necessário que se tenha a sua adequação para com a legislação trabalhista para, assim, de forma contundente,

tenha a adequação do Processo do Trabalho, vislumbrando a entrega da verdade real aos casos concretos postos.

2. Consentimento no fornecimento de dados pessoais

A princípio temos que a Lei Geral de Proteção de Dados adveio no ordenamento jurídico pátrio para, enfim, buscar uma proteção dos dados que veiculam no âmbito da rede mundial de computadores, como também para com toda e qualquer relação jurídica ou fática que envolva a disseminação dos dados de determinadas pessoas.

Observa-se, assim, que o legislador foi feliz ao trazer, de forma clara, o que se entende pelos termos utilizados na lei, merecendo destacar que, dados pessoais foram tratados de forma geral, dentro de sua espécie os dados pessoais sensíveis que, pelo presente estudo não será tratado de forma específica.

Dado pessoal, assim, para qualquer fim é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”⁽¹⁾, podendo assim ter que um dado pessoal é qualquer informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável, sendo tutelado de forma e maneira abrangente para que se tenha a especial proteção da legislação.

No que tange ao consentimento para com os dados pessoais fornecidos, para fins de definição, e delimitação do tema, temos por consentimento, de acordo com a própria definição

(1) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 03 maio 2021.

da palavra que se trata de uma “permissão”⁽²⁾, sendo que a partir da permissão do usuário, como também o trabalhador, que se terá a possibilidade de fornecer, utilizar ou até mesmo divulgar seus dados pessoais, tornando, assim, a permissão como uma palavra chave.

A partir da sua definição observamos que o consentimento guarda diversos vieses que, no ramo do Direito, proporciona uma delineação de quando se tornou permitido que determinado ato, negócio jurídico fosse praticado, desde que tenha havido a permissão por parte do usuário, cidadão envolvido para com a tutela de esfera de seu direito.

No que concerne aos dados pessoais a Lei Geral de Proteção de Dados tratou de tutelar de forma e maneira expressa o que se trata, na verdade, de consentimento, excluindo de toda e qualquer dúvida que poderia advir aos cidadãos e operadores do Direito.

Nesse sentido, de acordo com o inciso XII do art. 5º da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, observamos que consentimento se trata de uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”⁽³⁾.

Sendo o consentimento uma permissão, manifestação livre e inequívoca pela qual o titular do direito concorda que seus dados pessoais sejam utilizados para uma finalidade determinada é preciso observar que a própria legislação levantou por bem diversas questões que devem ser destacadas.

A primeira dessas é que o consentimento é de suma importância quando se trata de dados pessoais, vez que os dados pessoais guardam estrita relação com a própria honra, imagem e, principalmente a dignidade da pessoa humana, sendo que se não se resguardar o consentimento por via direta estará havendo

a violação desses direitos constitucionalmente previstos.⁽⁴⁾

A segunda, porém, não menos importante, se vislumbra a partir da manifestação livre e inequívoca ao qual o titular do direito concorda com a utilização de seus dados pessoais. E essa questão, muito embora seja autoexplicativa, é relevante no sentido de que se houver um mínimo de vício de vontade, ou melhor dizendo, vícios de consentimento, classificados como o dolo, erro e coação, consequentemente se verificará que o que foi tratado é nulo de pleno direito, ou no mínimo anulável, ainda mais quando se trata de um direito peculiar como são os dados pessoais.

Por última questão de relevantíssimo interesse não somente aos dados pessoais, mas para com toda esfera de direito, é aquela em que o consentimento deve advir especificamente para uma finalidade única e determinada, sendo que em caso contrário o consentimento, para fins de proteção de dados pessoais, de nada adiantará, haja vista que deve ser único para um determinado ato, descabido para todo e qualquer fim o consentimento geral.

As questões ventiladas e supra destacadas, pelo que foi bem delineado pelo legislador, estabelecem parâmetros específicos para que o próprio usuário tenha ciência inequívoca do que está em jogo, como também qual o destino dos seus dados pessoais, sendo possível denotar que esse é o intuito principal do legislador quando se trata da proteção de dados pessoais, que é a efetiva prevenção para com a violação dos dados pessoais, como também a exigência da proteção desses dados, a partir do consentimento do usuário.

Danilo Doneda⁽⁵⁾, na análise do que se trata do consentimento sintetiza que “o consentimento

(2) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *MiniAurélio*: o dicionário da língua portuguesa. 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2006. p. 259.

(3) BRASIL. *Op. cit.*

(4) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 maio 2021.

(5) DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 298.

compreende um poder conferido à pessoa de modificar sua própria esfera jurídica, com base na expressão de sua vontade.”

Muito embora a legislação determine o que se trata de consentimento, a doutrina vem complementar ao trazer o sentido de que o consentimento se trata de um nítido poder de modificar sua esfera jurídica pela sua própria expressão de vontade.

Podemos observar que o consentimento, em se tratando de dados pessoais, é um nítido poder, vez que impõe ao próprio usuário, ao próprio titular dos dados pessoais, a possibilidade de dispor de uma esfera de direito que, a princípio se trata de irrenunciável, em se pensar que dados pessoais é corolário de honra e imagem. Entretanto, não estará renunciando ao direito em si, mas, sim, abre a possibilidade de que o modo como será usufruído esse direito seja convencionado por aquele que é titular do direito.

E sendo um poder, consequentemente a partir do momento em que o exerce, terá diversas consequências, do mesmo modo como se renuncia a algum direito, quando há o consentimento, o próprio titular do direito dará a alternativa ao destinatário dos dados pessoais para que utilize seus dados da maneira como lhe for conveniente.

Contudo, como já advertido anteriormente, temos que a peculiaridade dos dados pessoais reside precipuamente na determinação, e questão indispensável àquele titular dos dados pessoais, da finalidade para a qual serão utilizados seus dados, tendo em vista que esses só podem ser vinculados para determinada finalidade na qual especificamente o usuário tenha consentido, sob pena de novamente acarretar em um ato no mínimo anulável.

Delimitados o conceito, os limites da utilização dos dados pessoais, necessário se faz buscar a efetiva tutela dos dados pessoais, podendo essa tutela se dar tanto por meios preventivos quanto por meios coercitivos,

surgindo nesse parâmetro a delineada tutela jurisdicional que, a partir da doutrina, o que se entende efetivamente por tutela que, mesmo que tratada sob o viés processual, é possível observar que se trata, na verdade, de uma proteção a determinada esfera do direito, como assim o é aquela proteção buscada perante o Poder Judiciário.

Flavio Luiz Yarshell⁽⁶⁾ estabelece que:

[...] a locução *tutela jurisdicional* pode ser abrangente não apenas do provimento final ou do resultado do processo — seja ele encarado sob o ângulo do vencedor, seja encarado sob o ângulo do vencido —, mas também dos meios predispostos ao atingimento daquele provimento ou resultado. [...] Sublinhe-se que a afirmação ou negação de tipos de remédios ou de instrumentos para a atuação de certa ordem de direitos (ou posições jurídicas de vantagem) passa ora pelo resultado, ora pelos meios predispostos para consecução desse resultado. [...]

Por tutela, e assim dizendo tutela jurisdicional, é aquela em que é entregue a todo aquele que o objetivo de resguardar seus direitos, observando um caráter mais abrangente quanto a concepção de que a tutela somente será entregue àquele que vencer determinada contenda, sendo os meios resguardados para a defesa de determinado interesse terá, consequentemente, a sua tutela.

Em se tratando de dados pessoais, tendo por óbvio que o consentimento é necessário a todo e qualquer fim, a busca pela sua tutela deve ser ampla e irrestrita, onde o que se vislumbra é principalmente a honra e imagem do cidadão, compreendidas a partir dos dados pessoais que são veiculados nas plataformas e locais utilizados pelo cidadão.

Havendo qualquer violação à destinação dos dados pessoais, na qual houve expresso

(6) YARSELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 34.

e incontestado consentimento, certamente se buscará a tutela dessa gama de direito, mormente em se tratando de consentimento que, dadas as devidas proporções, observa especificamente o âmbito de disposição dos dados pessoais.

O consentimento no fornecimento dos dados pessoais, para todo e qualquer fim, resguardará precipuamente o âmbito de proteção desse direito que nada mais é do que reflexo da honra e da imagem

dos usuários, devendo buscar sua efetiva tutela, sob pena de inviabilizar os interesses da Lei Geral de Proteção de Dados.

3. Verdade real no processo do trabalho

No processo do trabalho, diferentemente do que ocorre no processo civil, se assemelhando um pouco ao processo penal, é buscada a verdade real, seja na avaliação das provas, seja quanto na constatação das provas a serem produzidas em determinado processo.

Há a necessidade de mudança de pensamento quanto à inércia do juiz, não podendo confundir com a inércia da jurisdição, tendo em vista que quando instada, cabe o magistrado que preside a demanda traçar o rumo dos autos do processo, bem como produzir as provas em busca da concretização dos direitos tutelados.

Nesse sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁽⁷⁾ preconizam que:

[...] diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do

Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc.

Com a concepção de que o magistrado não é mais parte inerte nos autos do processo, desde que se tenha a exigência da prestação da jurisdição por parte do cidadão, verificamos que o pensamento deve ser outro nos dias atuais, devendo o magistrado, ainda mais para com direitos inerentes à relação de trabalho, ter uma conduta mais ativa na busca da verdade real do que realmente ocorreu em determinada condição em que o obreiro estiver inserido.

Ao ter como possível um agir do magistrado, muito embora esse agir deve ser dotado de razoabilidade e proporcionalidade, vezes que não pode ser confundido com uma atuação total da movimentação dos autos do processo, o denominado ativismo judicial, temos que a busca pela verdade real se trata, na verdade, de um princípio a ser buscado no Direito Processual do Trabalho.

Por princípio temos que a sua definição é dada por Humberto Ávila⁽⁸⁾ que dispõe que:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

(7) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 70.

(8) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 102.

A partir de um princípio se busca a sua finalidade, com uma aplicação adequada e estreitamente vinculada ao fim pelo qual se espera e foi criado, sendo por óbvio que um princípio é um norte a ser seguido para determinado fim, o que demonstra que não somente é uma norma a ser seguida como igualmente deve ser visada.

Com a definição do que se tem por princípio observamos que a verdade real é, na realidade, um princípio, um caminho a ser perseguido pelo magistrado quando da dilação probatória, ou até mesmo com relação ao próprio andamento processual, destacando esse contexto ainda mais no Direito do Trabalho.

Acerca da primazia da realidade, com o brilhante ensinamento de Américo Plá Rodríguez⁽⁹⁾ cujo destaque é necessário:

O que não se pode fazer é invocar um texto escrito para pretender que ele prime sobre os fatos. Se a prática demonstra que, na realidade, se atuou de determinada maneira, isso é o que se deve levar em conta e não as estipulações que se tenham podido fazer para dissimular ou ocultar a verdade, ou para programar uma atividade de acordo com certas normas que, depois, as mesmas partes com seu próprio comportamento modificarão de forma prática, porém inequivocamente clara.

A primazia da realidade, a verdade em si, é um objetivo a ser buscado no Direito do Trabalho, primando e ultrapassando o que está disposto na legislação ou até mesmo o que supostamente estaria constatado, vez que a verdade deve ser buscada a todo e qualquer fim pelo magistrado, ainda mais com relação a questões relacionadas ao direito social do trabalho.

Não somente a relação de direito material deve ser ventilada no caso posto como também

a sua concatenação com o direito processual e, principalmente a sua busca para com a verdade real.

Em continuidade, porém indispensável ao presente estudo, é o entendimento firmado por Alice Monteiro de Barros⁽¹⁰⁾ acerca da primazia da realidade:

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica.

Pelo que se observa não há que se confundir entre a primazia da realidade e a verdade real dos autos do processo trabalhista, porém, ambas se complementam a fundamentar o poder-agir por parte do magistrado que, a todo e qualquer modo pode, e deve trazer concepções adequadas à consecução de direitos trabalhistas.

Com a busca da verdade e realidade, tornando a sua concepção como princípio que é, temos que não há que se falar, a qualquer modo, de um ativismo judicial por parte do magistrado quando esse intervier na sua busca, haja vista que se a parte mais vulnerável da relação de trabalho necessitar de alguma proteção, nada mais há do que necessária a intervenção judicial para buscar o que realmente ocorrera em determinada relação de trabalho.

4. A verdade real e os limites da atividade jurisdicional

Por se tratar de um fim a ser buscado pelo magistrado, a verdade real deverá guardar e resguardar seu limite, sob pena de desvirtuar um princípio que, na verdade, visa proteger direitos e deveres inerentes do Direito do Trabalho.

(9) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*: fac-similada. São Paulo: LTr, 2015. p. 359.

(10) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 186.

Nesse patamar, tal como defendido nesse estudo, o poder do magistrado de prontamente determinar as provas necessárias e conduzir os autos do processo trabalhista à vista da verdade real, não é irrestrita, detendo de limitações ante a razoabilidade e proporcionalidade necessárias para todo e qualquer fim.

Vale a advertência de Luiz Guilherme Marini e Sergio Cruz Arenhart⁽¹¹⁾:

Não é sobre dizer que essa forma de atuação do juiz, ainda que bem-vinda, não pode ser vista como um remédio milagroso, até porque a prova de ofício apenas pode ser determinada em casos muito específicos, isto é, basicamente em relação às provas periciais, pois é quase impossível ao juiz conhecer a existência de documentos ou testemunhas que possam servir para esclarecer os fatos. Diante dessa participação, confere-se ao juiz o poder de influir diretamente sobre o resultado da decisão, é fundamental para a devida formação do seu convencimento, que é imprescindível para a definição do litígio.

Pelo destacado e advertido pela doutrina a participação e atuação do magistrado deve ser vista com certas particularidades principalmente se atrelando quanto à realidade fática ventilada no bojo dos autos do processo trabalhista, por exemplo, cabendo ao julgador participar e, consequentemente verificar o comportamento das partes nos autos do processo, como também sua incapacidade de ter de realizar prova sobre determinado fato, impedindo consequentemente o andamento processual e acarretando em violações aos direitos constitucionais da ampla defesa e contraditório.

A atuação das partes, assim, é indispensável, não podendo o magistrado, mesmo que à sua pessoa são dirigidas às provas necessárias para

a formação de sua convicção para o julgamento, cabendo o julgador se ater quanto aos fatos alegados para, assim, verificar se o trabalhador, por exemplo, está sendo perpetrado de algum direito seu em razão da sua vulnerabilidade.

Os limites da atividade jurisdicional, a partir da presidência dos autos do processo trabalhista, se resguarda especificamente quanto à proporcionalidade e razoabilidade de seus atos, do que está sendo trazido no bojo dos autos do processo e principalmente o bem jurídico relacionado.

Cabe destaque aos ensinamentos de Paulo Issamu Nagao⁽¹²⁾:

A problemática da pertinência da prova, desde o aspecto da colheita das fontes, assim como no âmbito da valoração dos elementos probatórios, ganha contornos dramáticos dependendo da natureza dos interesses contrapostos no caso concreto, incumbindo ao juiz a árdua tarefa de realizar a escolha entre valores igualmente importantes, mediante a aferição das circunstâncias envolvidas, na efetivação das garantias constitucionais de um processo efetivo.

A busca da verdade real não pode ser insanamente proporcionada pelo magistrado que, aliada às condições específicas do caso concreto, deve se pautar da razoabilidade e proporcionalidade do que está sendo tratado no caso concreto e, assim, delinear os parâmetros afim de resguardar o contraditório e ampla defesa.

Observa-se, assim, que a verdade real não é justificativa, muito menos servirá de escudo para que a atividade jurisdicional, sob esse manto, aja violando direitos e garantias constitucionais, mormente o contraditório e a ampla defesa.

(11) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 100.

(12) NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade no processo civil contemporâneo*: de acordo com o CPC/2015 e a Lei n. 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 283.

Em outro vértice, mas não muito distante, Cândido Rangel Dinamarco⁽¹³⁾ dispõe que “a busca da verdade, na instrução processual, toma tempo; e que o passar do tempo, além de sujeitar a riscos de deterioração o próprio resultado jurídico do processo, prolonga as angústias do conflito e o estado de insatisfação que o serviço jurisdicional visa a eliminar.”

Seja pelo prejuízo que o tempo possa causar, ou até mesmo no perigo de perecimento de determinada prova a desvendar a verdade real, por assim dizer, não há qualquer justificativa para que, pautando do princípio da verdade real, tenha a desvinculação para com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, principalmente.

Merece destaque os ensinamentos de Ítalo Menezes de Castro⁽¹⁴⁾:

É verdade que a tramitação célere não deve ser entendida como fundamento para um processo que busca a rapidez a todo custo, solapando outras garantias igualmente constitucionais decorrentes da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/1988), tais como o contraditório, a ampla defesa, o direito à produção probatória, entre outros.

A atividade jurisdicional, assim, encontra seu limite nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como também na impossibilidade de que se tenha a busca incansável pela verdade real, podendo tornar à tona uma realidade que há tempos foi extinta do ordenamento jurídico que é a figura do juiz inquisidor ou também a partir do ativismo jurisdicional.

Com a limitação da atividade jurisdicional, não sendo um poder-agir do magistrado de

forma ilimitada observamos que outra limitação que a Lei Geral de Proteção de Dados nos propôs, após a sua promulgação, foi o convencimento da parte, sendo que cabe à própria parte dispor, como destacado nesse trabalho, acerca dos dados pessoais em que está sendo sujeito à apreciação pelo Poder Judiciário.

Pelo consentimento o cidadão, e que ora está sendo prestada a tutela jurisdicional, deve expressamente ter à sua disposição e ciência do porque está sendo exigido determinado dado pessoal e para que, qual a finalidade específica.

O magistrado, mesmo na busca da verdade real deve guardar relação direta com o dever de fundamentação, ínsito na Constituição da República de 1988 que, a todo e qualquer modo, estabelece um dever do magistrado de fundamentar toda e qualquer decisão, e é nesse sentido que deve inserir o consentimento exigido.

Sem o consentimento poderá o magistrado ficar de mãos atadas quanto à atividade jurisdicional, sendo que o prejuízo deverá ser averiguado, sob pena de não ter a possibilidade qualquer de entregar a atividade jurisdicional buscada pelo indivíduo.

Os parâmetros a ser adotado em eventual decisão judicial a provocar a necessidade de consentimento por parte do indivíduo são trazidos pela doutrina de Danilo Doneda⁽¹⁵⁾:

Como uma consequência da aplicação do princípio da finalidade, também pode ser evocado um princípio da informação a ser observado em torno desse consentimento. A informação, nesse caso, é referente a uma completa consciência do interessado sobre o destino de seus dados pessoais, caso ele forneça o consentimento para o tratamento. Essa informação inclui: a quem o dado se destina, para qual finalidade será utilizado e por quanto tempo, quem terá acesso aos seus dados, se esses dados poderão ser

(13) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 273.

(14) CASTRO, Ítalo Menezes de. Comentários ao art. 765, CLT. In: ROCHA, Fábio Ribeiro da; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CARVALHO FERREIRA, Farley Rodrigues de. *CLT 2020 comparada e comentada: pelos magistrados do TRT da 2ª Região precedentes e jurisprudência do TST e TRT2*. São Paulo: LTr, 2020. p. 768.

(15) DONEDA, *Op. cit.*, p. 306.

transmitidos à terceiros, e mais tantos outros detalhes quanto sejam necessários em uma determinada situação para que o interessado possa formar sua convicção, livre e consciente, para realizar o ato de autodeterminação.

Os parâmetros traçados pela doutrina nada mais se tratam de uma adequação do andamento processual, mormente quando se busca os dados pessoais de determinado indivíduo, para que esse expressamente traga o seu consentimento, seja por meio de termo assinado nos autos, ou até mesmo a partir de petição dirigida ao juízo, evitando toda e qualquer nulidade, e consequentemente evitando que seus dados sejam indevidamente veiculados.

A própria Lei Geral de Proteção de Dados, a partir de seu art. 8º, preconiza que “o consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.”⁽¹⁶⁾

Do mesmo modo a LGPD estabelece que esse consentimento deve ser dado em destaque das demais cláusulas e condições impostas, levando a indispensável necessidade de que o consentimento seja inequívoco e expresso para todo e qualquer fim.

Ressalta-se que em se tratando de dados pessoais, como se trata de instituto específico e relativo a questões que guardam estrita relação com a honra e imagem, o procedimento deve ser específico e resguardando questões específicas como o convencimento exigido para os dados pessoais e sua veiculação, seja em um processo ou até mesmo para fora do mundo do processo.

Tendo como incontroverso que em se tratando de dados pessoais há a limitação do convencimento do indivíduo para que determinada prova seja produzida, ou até mesmo trazida no bojo dos autos do processo, como já salientado, essa limitação não pode, e nem

deve servir de guarida à uma relativização da atividade jurisdicional, sob pena de proporcionar uma inadequada e indevida entrega da tutela jurisdicional pretendida.

Ainda no contexto da verdade real, e agora cotejando com os dados pessoais, Guilherme Guimarães Feliciano⁽¹⁷⁾ leciona que:

A verdade, como valor absoluto, pertence aos recônditos domínios da Filosofia, se não das religiões. No processo em particular, quanto às *‘quaestiones facti’*, há um mandado de veracidade ínsito à atividade probatória: busca-se a representação mais fiel possível dos fatos como se deram no seu tempo/espaço (verdade histórico-objetiva). Contudo, essa possibilidade deve ser consabidamente *limitada*, tanto *intrassistematicamente* (pelas normas de processo e de procedimento) como *extrassistematicamente* (pelos filhos naturais — subjetivos e objetivos — de cognição). O processo lida, portanto, como uma verdade-acontecimento que tende a uma verdade-demonstração (FOUCAULT), mas que com ela não se pode confundir. A verdade dos fatos, no processo, é uma verdade (objetiva) tendencial — ou *‘verità-probabità’* (na tese de Taruffo) —, o que se harmoniza, ademais, com a própria natureza do Direito como sistema objetivo que não apenas interpreta, mas constrói a realidade.

A verdade real, assim, se depender de dados pessoais, deve ser limitada pela própria natureza de seu direito, não podendo a verdade dos fatos trazer uma violação a dados ínsitos ao próprio indivíduo, sendo que se for esse o caso haverá, caso não se vislumbre o consentimento do indivíduo, a uma representação mais fiel dos fatos como se deram.

E é esse o contexto a ser tratado em caso de falta de consentimento por parte do indivíduo

(16) BRASIL, *op. cit.*

(17) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo*. São Paulo: LTr, 2016. p. 471.

que, demonstrando alguma resistência para com o seu consentimento, não fornece dados essenciais à busca da verdade real que é buscada no bojo dos autos do processo.

A Lei Geral de Proteção de Dados, ao dispor sobre o consentimento, fez por bem estabelecer diversos requisitos necessários e indispensáveis para que não se tenha qualquer sombra de dúvidas de que foi expresso e, também, que não acarrete em qualquer nulidade.

Se não for dado o consentimento para com os dados pessoais deve o magistrado agir de modo e maneira a proporcionar que a atividade jurisdicional não cesse, buscando por outro meio de prova a obtenção da verdade real, seja por meio de retratação do que poderia ser provado no meio do contexto probatório que se vislumbraria pelos dados pessoais fornecidos, ou seja por qualquer outro meio admitido em direito que similarmente traria o mesmo efeito.

5. Meios de consecução da verdade real e o consentimento

Inexistindo consentimento, ou esse não sendo dado pelo indivíduo, a atividade jurisdicional, pelo que é amplamente destacado, pode ser prejudicada, mormente no contexto da tutela jurisdicional requerida pela parte e, também, para com o Estado, visto que inexistindo prestação efetiva de atividade jurisdicional consequentemente acarretará em uma violação de direitos constitucionais amplamente reconhecidos tanto na legislação infraconstitucional quanto na Magna Carta.

O Estado, assim representado pelo magistrado, deverá buscar meios para que os dados pessoais, ou até mesmo uma forma de comprovar o que ali poderia estar sendo provado, de tal sorte que a atividade jurisdicional seja entregue a contento.

Esse obstáculo, demonstrado pela ausência de requisito indispensável ao acesso aos dados pessoais de determinado indivíduo, guarda estrita relação com a própria dificuldade que determinada pessoa tem de, quando requerer

a tutela jurisdicional, essa tenha obstáculos e empecilhos intransponíveis.

Danilo Doneda⁽¹⁸⁾ disciplina que:

[...] o interessado somente poderá obter a tutela em um momento posterior ao consentimento, valendo-se da arguição de algum defeito desse — o que implica que a pessoa tenha que, primeiro, concordar em revelar seus dados para somente depois se valer da tutela.

Trazendo as lições da doutrina para com a dificuldade na prestação da atividade jurisdicional, quando inexistir o consentimento por parte do indivíduo no acesso aos seus dados pessoais, observa-se que para um simples acesso à determinada informação é preciso que se tenha primeiramente a concordância de acesso aos seus dados para que, somente assim tenha acesso a tutela pleiteada e vinculada.

Trata-se, na verdade, de uma imposição daquele detentor de determinado sistema de dados para, somente assim o indivíduo ter acesso para com a tutela pleiteada o que, vinculando esse entendimento para com o Poder Judiciário e a falta de consentimento, não deve ser veiculada a qualquer momento.

A título de argumentação é o mesmo de que vincular a atividade jurisdicional (atividade essencial ao Estado e um direito inerente ao cidadão) ao consentimento para com o acesso aos dados pessoais, o que entra em contradição para com a própria Constituição da República de 1988 e, também, para com a Lei Geral de Proteção de Dados.

A Consolidação das Leis do Trabalho vem, a partir do seu art. 765⁽¹⁹⁾ trazer uma disposição legal que, por ser aplicado aos direitos trabalhistas em geral, deve ser aplicado em sede de dados pessoais, ao estabelecer que “os

(18) DONEDA, *op. cit.*, p. 299.

(19) BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 03 maio 2021.

Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

Com a falta de consentimento e a necessidade de busca de informações que não podem ser obtidas, a própria lei estabelece liberdade a determinar qualquer diligência necessária para o esclarecimento de determinada questão que porventura possa levar à verdade real a ser buscada no bojo dos autos do processo.

Tal como a imposição de limitação dos poderes do juiz quanto ao acesso dos dados pessoais dos indivíduos temos que a própria lei possibilita liberdade para o magistrado para qualquer diligência necessária afim de resguardar a consecução de determinado direito tutelado no bojo dos autos do processo.

Contudo, como já asseverado anteriormente, Bosco Araújo de Menezes⁽²⁰⁾ defende que “liberdade e poder diretivo do juiz não significa arbitrariedade nem abuso de autoridade, [...]”, ou seja, não há pano de fundo para que se ultrapasse direitos e garantias fundamentais e inerentes ao processo trabalhista.

Essa liberdade, e consequente o meio de consecução necessário para que se tenha a prestação jurisdicional adequada e eficaz, advém da própria redação do § 4º do art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados que estabelece que “é dispensada a exigência do consentimento previsto no *caput* deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.”⁽²¹⁾

A área de escape pelo magistrado, ao ser titular da atividade judicante e para resguardar a tutela jurisdicional adequada se dá principalmente com a adoção de atitudes e prática de

atos em que, se possível, seja pública a informação e, por meio de uma análise concreta e contextualizada com o trazido no bojo dos autos do processo, seja possível ter a entrega da atividade jurisdicional ao indivíduo.

Contudo, pode ocorrer de que a verdade real não possa ser obtida pelo caráter público dos dados pessoais de determinada pessoa, tendo em vista a particularidade que o objeto litigioso possa demonstrar, ou até mesmo em razão da necessidade de informações precisas sob determinado evento.

E sendo a verdade real indispensável ao deslinde dos autos do processo trabalhista observa-se que, de acordo com Mauro Schiavi⁽²²⁾ “o fato a ser provado deve ser relevante e pertinente ao esclarecimento do processo, ou seja, que possa influir na convicção do juiz”.

Aliando a liberdade do magistrado para conduzir o processo trabalhista, questão legalmente já expressamente disposta, com a pertinência do fato a ser provado ao deslinde dos autos do processo trabalhista, temos que adotando uma decisão fundamentada, e trazendo a possibilidade de prejudicialidade ao deslinde do feito, e consequente falta de entrega da tutela jurisdicional ao indivíduo, poderá ter um fator a minorar a dificuldade de acesso aos dados pessoais de determinado indivíduo.

O próprio magistrado, assim, pode justificar o seu intento para a consecução, e consequente andamento processual, a partir de decisão fundamentada àquele que se nega ao consentimento ao acesso aos dados pessoais, sendo que expressamente deverá estabelecer as premissas pelas quais é necessário que se tenha o convencimento do indivíduo para com o acesso àqueles dados pessoais, sob pena de inviabilizar a própria atividade jurisdicional.

O Tribunal Superior do Trabalho, preocupado com os respaldos da Lei Geral de Proteção de

(20) MENEZES, Bosco Araújo de. Comentário ao art. 765 da CLT. In: MACHADO, Costa; ZAINAGHI, Domingos Sávio. *CLT interpretada*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 11. ed. São Paulo: Manole, 2020. p. 799.

(21) BRASIL, *op. cit.*

(22) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista — Lei n. 13.467/2017 e a IN. N. 41/2018 do TST. 15. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 707.

Dados, editou, por ato específico⁽²³⁾ para tanto que, em seu art. 7º, estabeleceu uma hipótese de tratamento de dados pessoais independentemente da existência de consentimento:

Art. 7º O Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho poderão, nas atividades voltadas ao estrito exercício de suas competências legais e constitucionais, proceder ao tratamento de dados pessoais independentemente de consentimento dos titulares.

Parágrafo único. No exercício de atividades administrativas não vinculadas diretamente ao exercício das competências legais e constitucionais, o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho deverão obter o consentimento dos titulares para tratar seus dados pessoais.

Muito embora se tenha uma hipótese de que o órgão superior da Justiça do Trabalho tenha acesso aos dados pessoais, independentemente do consentimento de seus titulares, é certo que essa hipótese guarda relação pura e simplesmente com atividades administrativas, sendo que é provável que se tenha um conflito com a própria Lei Geral de Proteção de Dados em se adotar em caráter ampliado para com toda e qualquer atividade jurisdicional.

O interesse maior a ser resguardado, como defendido, é a busca da verdade real e, mesmo que somente tenha sido tratado pela Corte Superior do Trabalho é evidente que essas disposições, e premissas, devem ser refletidas para com o 1º grau e, também, aos Tribunais Regionais do Trabalho, haja vista que resguardará, e conseqüentemente trará uma adequada entrega jurisdicional, o que se espera e busca na Justiça do Trabalho.

(23) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Ato conjunto TST/CSJT. GP n. 4, de 12 de março de 2021*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/004+-+de+12-3-2020+-+INSTITUI+A+POLA%CC%83_TICA+DE+PRIVACIDADE+E+PROTEA%CC%83_A%CC%83_O+DE+DADOS+PESSOAIS+NO+A%CC%83_MBITO+DO+TST+E+DO+CSJT.pdf/7190f9da-d9d3-0da6-89ce-aba35091a39c?t=1615816371360>. Acesso em: 03 maio 2021.

Entretanto, de um lado teremos o conflito entre a tutela jurisdicional e o princípio da proteção de dados que, em suma, é inviolável se não houver o prévio consentimento do indivíduo e de outro a necessidade de entrega da atividade jurisdicional ao indivíduo, necessitando de uma ponderação de valores em jogo que, como sustentado anteriormente, o objeto a ser provado deve ser de plena relevância.

De acordo com a doutrina de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁽²⁴⁾:

A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação

Por uma adequada, e correta ponderação dos valores, princípios e normas vinculadas no contexto do processo trabalhista, mormente para com os dados pessoais, poderá se ter efetivamente uma consecução do direito frente ao caso, desde que resguardadas suas devidas proporções, mas desde que buscado, a todo e qualquer fim, o consentimento do indivíduo e sopesando os valores tutelados.

Denota-se que, embora o Tribunal Superior do Trabalho tenha estabelecido critérios para aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, temos a observar que, inexistindo o consentimento, há um engessamento da atividade jurisdicional que, de mãos atadas poderá ser prejudicada quanto ao acesso de dados pessoais

(24) BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 349.

indispensáveis à consecução do direito ventilado em determinado processo trabalhista.

Entretanto, temos que aplicar a ponderação e, principalmente buscar um fim adequado a proporcionar o resguardo à Lei Geral de Proteção de Dados e, também, concretamente entregar a tutela jurisdicional buscada, sob pena de inviabilizar a própria atividade jurisdicional a partir da ausência de consentimento.

É preciso demonstrar igualmente que há no âmbito do Processo do Trabalho, como em todo ramo do direito processual, o dever de lealdade e cooperação entre as partes que, de toda e qualquer forma, deve ser resguardado e, vislumbrando o magistrado alguma falha na observância desse dever por parte do indivíduo, poderá determinar, desde que resguardadas as devidas proporções, o acesso aos dados pessoais.

O Tribunal Superior do Trabalho, em reflexo às desnecessidades de qualquer consentimento quanto a determinados documentos a serem exigidos na admissão de empregados, assim decide⁽²⁵⁾:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA – INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007 – REPARAÇÃO DE DANO MORAL – EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS – CONTROVÉRSIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DE INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO (TEMA N. 1) – ATENDENTE DE *TELE-MARKETING*. É legítima a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego em razão das peculiaridades da função. Essa é a hipótese dos autos, que envolve a atividade de “atendente de *telemarketing*”, pelo acesso a informações sigilosas. Item II do Tema n. 1 firmado pela C. SBDI-I no IRR-243000-58.2013.5.13.0023.

(25) BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. E-ED-RR – 182000-05.2013.5.13.0008, relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 24.05.2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 01/06/2018. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=182000&digitoTst=05&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0008&submit=Consultar>>. Acesso em: 03 maio 2021.

Precedentes da C. SBDI-I envolvendo a mesma Embargante. Embargos conhecidos e providos.

Há, assim, cenários, a depender do caso posto, em que o magistrado poderá determinar o acesso aos dados pessoais (situação excepcionalíssima), desde que fundamentado e devidamente constatado comportamento contraditório, digno de punição por ato atentatório à dignidade da justiça. E outros cenários em que, muito embora não tenha consentimento, possa ser obtido a prova dos dados pessoais por outro meio de prova.

6. Considerações finais

Pelo que foi tudo exposto foi possível observar que a Lei Geral de Proteção de Dados, a partir da sua promulgação, estabelece critérios a serem seguidos por parte de todos aqueles que veiculam e necessitam de dados pessoais de toda e qualquer pessoa, vezes que guardam estrita relação com a honra, imagem, questões que são invioláveis no âmbito do direito brasileiro, mormente em razão de estarem previstas expressamente na Constituição da República de 1988 no campo de direitos fundamentais.

Do mesmo modo partindo do sentido de que os dados pessoais dos indivíduos se trata de um campo intangível do direito, a Lei Geral de Proteção de Dados dispôs expressamente que os dados pessoais somente serão disponibilizados e veiculados se e somente se tiverem o expresse consentimento por parte do indivíduo que estará disponibilizando seus dados, sendo que por óbvio, em caso de negativa, incorrerá o Poder Judiciário na prejudicialidade para com a busca da verdade real.

Foi possível, a partir do presente estudo, trazer as questões pertinentes quando não se vislumbrar o consentimento por parte do indivíduo como também sobre as consequências pelas quais o Poder Judiciário terá que se sujeitar e enfrentar, haja vista que sem o consentimento, de acordo com a legislação pátria, não poderá ter acesso aos dados pessoais de determinada pessoa, necessitando da busca de

outros meios lícitos e capazes para fazer prova das alegações.

Pautando das peculiaridades do caso, como também da busca da verdade real, necessária ao Processo do Trabalho, os poderes atrelados ao magistrado devem ser visados a resguardar a dignidade do indivíduo, não obstante a sua recusa quanto à consecução do direito tutelado no bojo dos autos do processo trabalhista, a despeito da sua recusa.

7. Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed., rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 03 maio 2021.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm>. Acesso em: 03 maio 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 maio 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Ato Conjunto TST-CSJT.GP n. 4, de 12 de março de 2021*. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/004+-+de+12-3-2020+-+INSTITUI+A+POLA%CC%83_TICA+DE+PRIVACIDADE+E+PROTEA%CC%83_A%CC%83_O+DE+DADOS+PESSOAIS+NO+A%CC%83_MBITO+DO+TST+E+DO+CSJT.pdf/7190f9da-](http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/004+-+de+12-3-2020+-+INSTITUI+A+POLA%CC%83_TICA+DE+PRIVACIDADE+E+PROTEA%CC%83_A%CC%83_O+DE+DADOS+PESSOAIS+NO+A%CC%83_MBITO+DO+TST+E+DO+CSJT.pdf/7190f9da-d9d3-0da6-89ce-aba35091a39c?t=1615816371360)

d9d3-0da6-89ce-aba35091a39c?t=1615816371360>. Acesso em: 03 maio 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA – INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007 – REPARAÇÃO DE DANO MORAL – EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS - CONTROVÉRSIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DE INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO (TEMA N. 1) – ATENDENTE DE *TELEMARKETING*. É legítima a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego em razão das peculiaridades da função. Essa é a hipótese dos autos, que envolve a atividade de “atendente de *telemarketing*”, pelo acesso a informações sigilosas. Item II do Tema n. 1 firmado pela C. SBDI-I no IRR-243000-58.2013.5.13.0023. Precedentes da C. SBDI-I envolvendo a mesma Embargante. Embargos conhecidos e providos. E-ED-RR - 182000-05.2013.5.13.0008, relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 24.05.2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 1º.06.2018. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conschsjt=&numeroTst=182000&digitoTst=05&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0008&submit=Consultar>>. Acesso em: 03 maio 2021.

CASTRO, Ítalo Menezes de. Comentários ao art. 765, CLT. In: ROCHA, Fábio Ribeiro da; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CARVALHO FERREIRA, Farley Rodrigues de. *CLT 2020 comparada e comentada: pelos magistrados do TRT da 2ª Região precedentes e jurisprudência do TST e TRT2*. São Paulo: LTr, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral*

de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo*. São Paulo: LTr, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed., rev. atual. Curitiba: Positivo, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES, Bosco Araújo de. Comentário ao art. 765 da CLT. In: MACHADO, Costa; ZAINAGHI, Domingos Sávio. *CLT interpretada*: artigo por

artigo, parágrafo por parágrafo. 11. ed. São Paulo: Manole, 2020.

NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade no processo civil contemporâneo*: de acordo com o CPC/2015 e a Lei n. 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*: fac-similada. São Paulo: LTr, 2015.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista — Lei n. 13.467/2017 e a IN n. 41/2018 do TST. 15. ed. São Paulo: LTr, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

LGPD nas Relações de Trabalho: Os Riscos de Utilização do Consentimento para o Tratamento dos Dados dos Trabalhadores

Fabício Lima Silva^(*)

Resumo:

- O presente artigo pretende desenvolver uma reflexão jurídica sobre as bases para o tratamento dos dados pessoais nas relações de emprego. Serão abordadas, com fundamento na disciplina estabelecida pela Lei n. 13.709/2018 (LGPD), as hipóteses que autorizam o tratamento dos dados pessoais e os dados sensíveis, com a apresentação dos riscos de utilização do consentimento do titular como base de tratamento. Por se tratar de uma relação em que os contratantes não se encontram em patamar de igualdade, em razão da hipossuficiência do trabalhador, serão apresentadas razões para que o consentimento somente seja utilizado excepcionalmente.

Palavras-chave:

- Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD — Relações de trabalho — Autodeterminação informativa — Privacidade — Bases de tratamento — Consentimento.

Abstract:

- This article aims to develop a legal reflection on the baselines about the processing of personal data in employment relationships. Based on the discipline established by the Law 13.709/2018 (Brazil's Data Law – LGPD), the hypotheses that authorize the processing of personal data and sensitive data will be approached, with the presentation of the risks of using the holder's consent as a basis for processing. As it is a relationship in which the contractors are not on the same level playing field, due to the employee's under-sufficiency, reasons will be presented so the consent can be used only exceptionally.

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região MG. Especialista em Direito Público, Direito Material e Processual do Trabalho. Doutorando em Direito Privado pela Universidade do Minho (Portugal). Mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Professor de Direito e Processo do Trabalho em

Cursos de Especialização. Formação em *Compliance* Laboral pela Wolters Kluwer (Espanha). Coautor do Manual do *Compliance* Trabalhista. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP. Foi analista judiciário do TRT da 3ª Região, de 2004 até 2010.

Keywords:

- General Data Protection Law — LGPD — Workplace relationships — Informational self-determination — Privacy — Legal bases for the processing — Consent.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais no Brasil
- 3. A precedente discussão europeia
- 4. A autodeterminação informativa e o consentimento
- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

Em 18 de setembro de 2020, entrou em vigor em nosso país a Lei n. 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A referida norma, fruto da necessidade de uniformização internacional de gestão, segurança e transferência de dados, estabeleceu diversos parâmetros para o tratamento de dados pessoais no território nacional e para transferências internacionais.

A LGPD levou em consideração as regulamentações americanas e europeias, que foram concebidas com o foco na autodeterminação informativa e na regulamentação para proteção do fluxo de dados, ocasionando uma verdadeira ressignificação do direito à privacidade em nosso país.

A Organização Internacional do Trabalho, também preocupada com a questão, já no ano de 1997, havia editado o Código de Boas Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores (*Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data*)⁽¹⁾, estabelecendo orientações para o tratamento adequado dos trabalhadores.

(1) OIT. *Protección de los datos personales de los trabajadores*. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS_112625/lang-es/index.htm>. Acesso em: 1º fev.2021.

Inicialmente, importante destacar a definição do conceito de tratamento.

Nos moldes do art. 5º, X, da LGPD, tratamento é *“toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”*.

E, com objetivo de ampliar a proteção da intimidade dos titulares dos dados e dos respectivos dados dos titulares, a referida legislação estabeleceu hipóteses justificadoras do tratamento pelos agentes descritos na lei, denominadas, pela doutrina, como “bases de tratamento”.

Além disso, foram previstos fundamentos, princípios e limitações para a realização de tais atividades.

A disciplina da proteção de dados em nosso país passou a ter como fundamentos: I) o respeito à privacidade; II) a autodeterminação informativa; III) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI) a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; VII) e os direitos humanos,

o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º).

A mencionada legislação é voltada, principalmente, para os aspectos de atuação das empresas e do poder público, seja em relação aos dados de consumidores, usuários, parceiros de negócios, seja em relação aos dados de seus empregados/servidores.

E, considerando-se que, em uma relação de emprego, diversos dados de trabalhadores são coletados, armazenados e transferidos a terceiros, em um primeiro momento, tornou-se necessário que fossem encontradas bases legais para justificar o tratamento, objetivando-se o cumprimento da legislação e a adequação de procedimentos.

Além disso, o avanço disruptivo das novas tecnologias de informação e comunicação, além de ampliar a produtividade e a competitividade das empresas, potencializou as formas de fiscalização e controle das atividades laborais pelos empregadores, implicando, em determinados casos, em restrições à privacidade dos trabalhadores, a depender da intensidade e dos mecanismos adotados.

O videomonitoramento, a geolocalização, as gravações ambientais, a fiscalização do uso da internet e das redes sociais podem, de certa forma, tornar possível o delineamento do perfil dos empregados ou de candidatos ao emprego, com controle de sua vida extralaboral ou utilização de práticas discriminatórias.

Em alguns casos, conforme destaca UGUINA⁽²⁾, cogita-se sobre a existência de uma “empresa panóptica”, em referência ao modelo utópico de prisão, desenhado pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham em 1785, que permitiria que um único vigilante observasse todos os prisioneiros, induzindo aos detentos a sensação permanente de estarem sendo vigiados.

(2) UGUINA, Jesús Mercader. Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica? *Revista Relaciones Laborales*, n. 10, p. 2, 2001.

FOUCAUT, em sua obra “Vigiar e Punir: Nascimento da prisão”, bem descreve o referido modelo:

O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível.⁽³⁾

Conforme destaca MILLER, a prisão panóptica seria “uma instância onividente, onipresente, onisciente, fechando os reclusos numa dependência de que não se aproxima nenhuma prisão ordinária, uma instância em que é mesmo preciso reconhecer um Deus artificial”.⁽⁴⁾

Assim, percebe-se que o referido modelo é bem representado pela expressão “panóptico”, que significa: “o olho que tudo vê”, extrapolando a estrutura física das prisões, uma vez que demonstra uma verdadeira tecnologia de poder.

(3) FOCAULT, Michel. 42. ed. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 194.

(4) MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. São Paulo: Autêntica Editora, 2000. p. 89.

BAUMAN, tratar do modelo panóptico, como arquimetáfora do poder moderno feita por Michael Foucault, em sua obra “Modernidade Líquida”, destacou que:

No Panóptico, os internos estavam presos ao lugar e impedidos de qualquer movimento, confinados entre muros grossos, densos e bem-guardados, e fixados a suas camas, celas ou bancadas. Eles não podiam se mover porque estavam sob vigilância; tinham que se ater aos lugares indicados sempre porque não sabiam, e nem tinham como saber, onde estavam no momento seus vigias, livres para mover-se à vontade. As instalações e a facilidade de movimento dos vigias eram a garantia de sua dominação; dos múltiplos laços de sua subordinação, a “fixação” dos internos ao lugar era o mais seguro e difícil de romper. O domínio do tempo era o segredo do poder dos administradores — e imobilizar os subordinados no espaço, negando-lhes o direito ao movimento e rotinizando o ritmo a que deviam obedecer era a principal estratégia em seu exercício do poder.⁽⁵⁾

Todavia, BAUMAN diz que, com o advento da pós-modernidade, houve uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, sendo que o poder se tornou extraterritorial, considerando-se a ampliação dos elementos de disrupção, afirmando que:

Isso dá aos detentores do poder uma oportunidade verdadeiramente sem precedentes: eles podem se livrar dos aspectos irritantes e atrasados da técnica de poder do Panóptico. O que quer que a história da modernidade seja no estágio presente, ela é também, e talvez acima de tudo, pós-Panóptica. O que importava no Panóptico era que os encarregados

“estivessem lá”, próximos, na torre de controle. O que importa, nas relações de poder pós-panópticas é que as pessoas que operam as alavancas do poder de que depende o destino dos parceiros menos voláteis na relação podem fugir do alcance a qualquer momento — para a pura inacessibilidade. O fim do Panóptico é o arauto do fim da era do engajamento mútuo: entre supervisores e supervisados, capital e trabalho, líderes e seguidores, exércitos em guerra. As principais técnicas do poder são agora a fuga, a astúcia, o desvio e a evitação, a efetiva rejeição de qualquer confinamento territorial, com os complicados corolários de construção e manutenção da ordem, e com a responsabilidade pelas consequências de tudo, bem como com a necessidade de arcar com os custos.⁽⁶⁾

O pós-panoptismo acaba tendo uma interconexão com o mundo distópico idealizado na obra de ORWELL⁽⁷⁾, em que os cidadãos ficavam em constante vigilância do grande irmão, com o absoluto controle de tudo e todos, inclusive, sobre os pensamentos dos indivíduos, sendo que até o pensamento poderia ser criminalizado (thoughtcrime), traduzido como “crimideia” ou “crimepensar”.

Na era do Big data, faz-se referência ao denominado “trabalhador-transparente” ou “trabalhador de vidro”, na medida em que a automatização da captura de dados do empregado pode, em muitos casos, incidir sobre aspectos que fazem parte de sua privacidade e que, portanto, deveriam ser protegidos (MOREIRA, 2016). Tais considerações possuem origem histórica fundada nas práticas adotadas pela polícia secreta do partido nazista alemão (Gestapo), que pretendia transformar os homens no Gläserner Mensch (homem de vidro), transparente e sem segredos, atuando

(6) *Idem*.

(7) ORWELL, George. 1984. Tradução de Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

(5) BAUMAN, Zigmund. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 16.

como importante ferramenta para o exercício totalitarismo, com perseguições e injustas punições de grupos minoritários.

E, como o consentimento do titular é indicado, topograficamente, como a primeira base para tratamento de dados pessoais (art. 7º, I) e dos dados sensíveis (art. 11, I), por muitos, propagou-se a ideia de que, com a obtenção do mesmo, estar-se-ia resolvido o problema de justificação do tratamento dos dados nas relações de emprego.

Todas as hipóteses de tratamento, mesmo as mais invasivas e disruptivas, poderiam ser justificadas e fundamentadas na obtenção do consentimento pelo titular do dado, principalmente nas fases pré e pós-contratuais.

No presente artigo, pretende-se demonstrar quais são os riscos e inconvenientes advindos da referida postura e apresentar caminhos interpretativos que poderiam, a depender do caso, justificar o tratamento dos dados necessários para a formação, execução e extinção do contrato de trabalho, com a preservação da autodeterminação informativa do titular do dado.

2. Hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais no Brasil

Para que ocorra o tratamento, é imprescindível que esteja presente ao menos uma das hipóteses autorizadoras.

Para os dados pessoais, aquelas previstas no art. 7º da LGPD:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

E, para os dados sensíveis, as descritas no art. 11 da LGPD:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I – quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II – sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos,

resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Assim, verifica-se que existem várias hipóteses, diversas do consentimento, que podem ser utilizadas para a fundamentação do tratamento de dados na relação de emprego.

3. A precedente discussão europeia

Em 1976, Portugal foi o primeiro país a alçar a nível constitucional do direito fundamental à autodeterminação informativa, conforme o art. 35 do seu texto constitucional.

Por sua vez, na Espanha, em 1978, houve a previsão constitucional do referido direito (art. 18.4).

No ano de 2000, o art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia definiu que *“todas as pessoas têm o direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”*.

Em 27 de abril de 2016, foi aprovado o Regulamento n. 2016/679, que revogou a Diretiva n. 95/46 da CE, conhecida como GDPR (*General Data Protection Regulation*), compilando em uma única fonte as diretrizes pertinentes à proteção dos dados pessoais no velho continente.

Em seu art. 88, o GDPR tratou especificamente da questão trabalhista, prevendo que os Estados-Membros poderiam adotar medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho.

Na Espanha, por sua vez, foi aprovada a Lei n. 15.103/2018 (*Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales — LOPDGGD*), que passou a estabelecer limites

expressos aos poderes de controle empresarial com a finalidade de alcançar o devido respeito pelos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Muitos dizem que a LGPD foi inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (General Data Protection Regulation-GDPR) de 2016, na União Europeia (Regulamento 2016/679).

Entretanto, destaca-se que, na verdade, a legislação brasileira teve início de tramitação em 2012 (PL 4060/12), bem antes da vigência do regulamento europeu.

Importante salientar que a influência inicial da LGPD decorreu das disposições constantes da Diretiva n. 95/46/CE, que, desde 1995, já regulamentava o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados no âmbito da Comunidade Europeia.

As bases de legais de tratamento dos dados pessoais previstas na LGPD, em diversos aspectos possuem um paralelo com as disposições dos arts. 7º e 8º da Diretiva 95/46/CE.

Desde o advento da Diretiva 95/46/CE, já se discutia no continente europeu a viabilidade da utilização do consentimento como base para o tratamento dos dados pessoais no âmbito da relação de emprego.

Sobre a questão, destaco o posicionamento manifestado pelo Grupo de Trabalho do Art. 29 — GT29, órgão consultivo criado em razão da Diretiva n. 95/46 da CE:

Dada a dependência que resulta da relação empregador/empregado, é improvável que o titular dos dados seja capaz de negar ao seu empregador o consentimento para o processamento de dados sem sentir medo ou risco real de efeitos prejudiciais como resultado de uma recusa. É improvável que um funcionário seja capaz de responder livremente a uma solicitação para consentimento de seu empregador para, por exemplo, ativar sistemas de monitoramento, como observação por câmera em um local de trabalho, ou para preencher formulários de avaliação, sem sentir qualquer pressão para consentimento.

Portanto, o GT29 já considerava problemático o processamento de dados pessoais de empregados ou de futuros empregados com base no consentimento, uma vez que seria improvável que esse consentimento fosse livremente manifestado.

Sobre a legislação europeia e portuguesa, assevera o jurista NASCIMENTO, *in verbis*:

Apesar de o consentimento poder ser a todo tempo revogado, ao abrigo do disposto no art. 81º, n. 2, do Código Civil, temos muitas dúvidas quanto à eficácia desta norma no âmbito do ambiente laboral, onde os direitos de personalidade se encontram especialmente comprimidos. Talvez tivesse sido mais eficaz que o legislador se limitasse a elencar as situações em que o tratamento de dados dos trabalhadores era permitido, ao invés de colocar a questão exclusivamente dependente de consentimento dos trabalhadores, os quais encontram numa posição especialmente desconfortável para negar essa pretensão ao empregador.⁽⁸⁾

No mesmo sentido, é o posicionamento defendido por ALVES, professora da Universidade Autónoma de Lisboa:

No contexto laboral, por norma, o consentimento do trabalhador não é considerado um fundamento válido para o tratamento de dados pessoais, face à finalidade em causa e considerando a posição de dependência e subordinação do trabalhador; entende-se, pois, que este poderá não estar em posição de conceder o seu consentimento nos termos exigidos pelo RGPD, onde se prevê que tal consentimento seja prestado livremente e que seja tão fácil de retirar como de conceder, sem que daí

advenham quaisquer consequências para o trabalhador.

O consentimento do trabalhador não é adequado como fundamento de legitimidade para permitir o tratamento de dados pessoais, o fundamento de legitimidade é conferido pela lei laboral, especificamente o n. 2 do art. 20º do Código do Trabalho, que permite em certas circunstâncias a utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho.

A relação empregador-trabalhador é, de um modo geral, considerada uma relação de desequilíbrio, na qual o empregador possui supremacia em relação ao trabalhador. Uma vez que o consentimento tem de ser dado de livre vontade, e tendo em conta a natureza da relação laboral, o empregado, não pode, na maioria dos casos, basear-se no consentimento para utilizar os seus dados.⁽⁹⁾

Quanto ao consentimento, já se pronunciou a Autoridade Helênica de Proteção de Dados, ao apresentar punição à empresa PricewaterhouseCoopers, em julho de 2019, já na vigência do GDPR, ao pagamento de uma multa de € 150.000,00, pelo tratamento ilegal de dados pessoais dos seus empregados, sob o fundamento de que os funcionários da PWC teriam sido obrigados a consentir com o tratamento de dados pessoais.

Na referida autuação, ficou expressamente consignado que: “*o consentimento dos titulares dos dados no contexto das relações de trabalho não pode ser considerado como dado livremente devido ao desequilíbrio evidente entre as partes*”.⁽¹⁰⁾

(8) NASCIMENTO, André Pestana. *O impacto das novas tecnologias no direito do trabalho e a tutela dos direitos da personalidade do trabalhador*. Disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948_pt>. Acesso em: 05 out. 2020.

(9) ALVES, Lurdes Dias. *Proteção de dados pessoais no contexto laboral: o direito à privacidade do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 49.

(10) Hellenic Data Protection Authority fines Price Waterhouse Coopers 150K for employees' data breach. DataBreaches.net. 30.jul.2019. Disponível em: <<https://www.databreaches.net/hellenic-data-protection-authority-fines-price-waterhouse-coopers-150k-for-employees-data-breach>>. Acesso em: 31 mar. de 2021.

Portanto, pode-se verificar que a discussão já possui certo delineamento no continente europeu.

4. A autodeterminação informativa e o consentimento

O primeiro estudo doutrinário que tratou da existência de um direito à privacidade foi escrito por WARRN e BRANDEIS⁽¹¹⁾, nos idos de 1890, publicado na Harvard Law Review, que tinha o título de “The right to privacy”.

Em 1893, o referido direito foi reconhecido pela jurisprudência norte americana, no caso Marks vs Joffra, em um caso ajuizado por um estudante de direito contra um jornal que havia publicado uma foto sua sem sua autorização. No julgado, restou reconhecido o direito à proteção da imagem, bem como o denominado “the right to be let alone” (o direito de ser deixado sozinho).

Não se pretende aqui tratar dos diversos aspectos e extensão do direito à privacidade, entretanto, para o desenvolvimento do raciocínio, importante destacar que, inicialmente, o referido direito foi concebido sob o viés negativo, no sentido de que os cidadãos apenas tinham o direito de não serem incomodados na sua intimidade/privacidade.

Entretanto, com a evolução dos meios tecnológicos e o surgimento de novos riscos, houve a ampliação dos conceitos de reserva à intimidade da vida privada, com a sua expansão como integrante do direito da personalidade, passando a ser oponível erga omnes e, principalmente, assumindo uma nova feição positiva, no sentido de impor um dever geral de respeito, impedindo o acesso a informações relativas à vida privada e proibindo a divulgação dos dados.

Por sua vez, em 1983, a Corte Constitucional da República Federal da Alemanha, no

(11) BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/ssgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

julgamento de uma ação em que se alegava a inconstitucionalidade de uma lei de recenseamento reconheceu a existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*).

Importante salientar que as inovações promovidas pela LGPD em nosso país foram concebidas para a defesa da autodeterminação informativa, implicando em verdadeira ressignificação do direito à privacidade em nosso país.

A autodeterminação informativa, nos dizeres de CANOTILHO e MOREIRA, pode ser definida como o direito conferido a cada pessoa de “controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-lhe que a pessoa se transforme em ‘simples objeto de informação’”.⁽¹²⁾

É também conhecida como privacidade decisional e informacional.

Importantes são as lições de NAVARRO:

Pode-se falar, dessa forma, no direito à autodeterminação informativa como um direito oponível em face do Estado, para a preservação de ações lesivas, por parte deste (direito de defesa), como também para exigir ações positivas. Com efeito, ‘los derechos a acciones positivas normativas son derechos a atos estatales de creación de normas’, consoante Robert Alexy.⁽¹³⁾

No mesmo sentido, MOREIRA⁽¹⁴⁾ destaca que, embora o direito à autodeterminação informativa tenha como origem a proteção de dados pessoais, é atribuída a ele uma extensão mais ampla, sendo considerado um verdadeiro

(12) CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 552.

(13) NAVARRO, Ana Maria Neves de Paula. *O direito fundamental à autodeterminação informativa*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 05 out. 2021.

(14) MOREIRA, Teresa Coelho Alexandra. *Estudos de Direito do Trabalho*. v. 2. Coimbra: Almedina, 2016. p. 2.010.

direito a um controle da informação sobre a vida privada, que diz respeito não apenas à recolha de informação, como também à sua divulgação.

Assim, a privacidade, partindo-se a concepção europeia, assume uma nova feição, sendo considerada como o direito de ter controle sobre as suas informações e de determinar a construção de sua própria esfera particular. Inclusive, há teorias que defendem a sua estrutura tridimensional, com a seguinte subdivisão pura: a) decisional; b) informacional; e c) espacial.

A privacidade, em seu aspecto decisional, diz respeito ao modo de vida o indivíduo, englobando, nos dizeres de PEIXOTO e EHRHARDT JÚNIOR, “suas escolhas, seus gostos, seus projetos, suas características”, estabelecendo “um espaço de manobra no tráfico social que é necessário para a autonomia individual sem que haja interferência alheia”.⁽¹⁵⁾

E, ainda, destacam que “a proteção da privacidade em sua dimensão decisional tem um ponto de encontro comum a dimensão informacional. Muitos assuntos que dizem respeito ao modo de viver da pessoa acabam virando dados, os chamados dados sensíveis, cuja proteção é uma das principais preocupações na chamada sociedade da informação”.⁽¹⁶⁾

Por sua vez, pela dimensão informacional, há uma preocupação com a coleta, o processamento, a disseminação e possível invasão de dados pessoais.

Por fim, pela dimensão espacial, o foco é direcionado ao aspecto mais tradicional da privacidade, dizendo respeito à “privacidade do lar, a privacidade de um cômodo da casa, de determinado local físico”.⁽¹⁷⁾

(15) PEIXOTO, Erick Lucena Campos e EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16. p. 35-56, abr./jun. 2018.

(16) *Idem*.

(17) *Idem*.

E, nesse contexto, o consentimento nada mais seria do que uma das formas de expressão legítima da autodeterminação informativa.

A LGPD define o consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII).

Tratando da legislação brasileira, afirma MACIEL:

O consentimento sempre é visto, por muitos, como a panaceia para tratamento de dados pessoais. Com consentimento pode-se quase tudo. Bem verdade, o consentimento é a autorização expressa dada pelo titular ao controlador para que ele possa tratar os dados da forma desejada. No entanto, o consentimento só é válido se atender inúmeros requisitos legais, o que o torna um ônus desnecessário caso o tratamento possa ser validado em uma das outras nove bases previstas no art. 7º, sem falar que ao titular é garantido o direito de revogação a qualquer tempo.⁽¹⁸⁾

Assim, destaca-se que, quando obtido o consentimento, se o controlador necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores, deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento (art. 7º, §5º).

O consentimento poderá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (art. 8º, caput), sendo que, se fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais (art. 8º, § 1º).

Além disso, cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com a lei (art. 8º, § 2º).

(18) MACIEL, Rafael Fernandes. *Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais* (Lei n. 13.709/18), RM Digital Education, 1. edição. Goiânia – GO, 2019, p. 28/29.

A LGPD estabelece expressemente que é vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento e que deverá se referir a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas (art. 8º, §§ 3º e 4º).

Outro aspecto importante para a discussão, é que o consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular (art. 8º, § 5º).

E, se houver alguma alteração no tratamento, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração (arts. 8º, § 6º, e 9º, § 2º).

Nas hipóteses em que o consentimento for requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca (art. 9º, § 1º).

Nesse contexto, verifica-se que diversos direitos são atribuídos ao titular e inúmeras condições são impostas para o uso regular do consentimento como base de tratamento, não sendo adequado o seu uso, como padrão, nas relações trabalhistas.

Conforme destaca DELGADO, o contrato de trabalho talvez seja *“o mais eloquente exemplo de contrato de adesão fornecido pelo mundo contemporâneo, onde o exercício da liberdade e vontade por uma das partes contratuais — o empregado — encontra-se em polo extremado de contingenciamento”*.⁽¹⁹⁾

E, diante de tal situação, percebe-se que, em diversos casos, o consentimento poderá não ser prestado de forma idônea.

Assim, seguindo o exemplo europeu, via de regra, não deve ser utilizado como fundamento para o tratamento de dados nas relações

trabalhistas, considerando-se o desequilíbrio na relação entre empregador e empregado (*imbalance of power*).

Além disso, com já salientado, a maior parte dos dados coletados e armazenados em uma relação de emprego são necessários para a execução do contrato, para o cumprimento de obrigações legais ou para defesa em processo judicial ou administrativo.

Se solicitado o consentimento, mesmo quando existente outra hipótese legal de tratamento, poder-se-ia criar uma justa expectativa no trabalhador de que, se este for revogado, o tratamento deixaria de ser realizado.

Eventual modificação posterior da base de tratamento poderia ser considerada como violadora dos limites da boa-fé objetiva, em verdadeiro *venire contra fatum proprium* e também infringente do princípio da proteção.

A Organização Internacional do Trabalho, em seu Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores⁽²⁰⁾, não afasta a utilização do consentimento, mas destaca que esse deve ser explícito e documentado, devendo ser indicada a finalidade do tratamento dos dados, as fontes e os meios utilizados, o tipo de dados a serem coletados e as consequências, se houver, se o consentimento for negado.

Assim, mesmo que admitido, deverá ser utilizado residualmente, com a observância do regramento imposto pela LGPD, com a devida documentação e, se for o caso, com a garantia de recusa.

Observada algumas das hipóteses de tratamento, para que este seja considerado lícito, é importante que os propósitos sejam legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem a possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades (princípio da finalidade).

(19) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 574.

(20) OIT. *Protección de los datos personales de los trabajadores*. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS_112625/lang-es/index.htm>. Acesso em: 1º fev. 2021.

Precisa existir compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas pelo titular, de acordo com o contexto do tratamento (princípio da adequação).

Mesmo quando admitido, o tratamento deve ser limitado ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados (princípio da necessidade).

Deve ser garantido o livre acesso aos titulares, com a possibilidade de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais (princípio do livre acesso).

Garantia da qualidade dos dados, com exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento (princípio da qualidade dos dados).

As informações devem ser claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial (princípio da transparência).

Devem ser utilizadas medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão (princípio da segurança), com a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais (princípio da prevenção).

Os dados não podem ser utilizados com fins discriminatórios ilícitos ou abusivos (princípio da não discriminação).

E, por fim, deve ser demonstrada a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (princípio responsibilização e prestação de contas).

5. Considerações finais

Diante desse contexto, pode-se verificar que o novo sistema imposto pela LGPD, embora tenha trazido várias balizas para o tratamento dos dados pessoais, não impediu que tais dados continuassem sendo coletados e utilizados na seara trabalhista.

A nova legislação inaugurou um modelo de responsabilidade e de concientização sobre novos parâmetros para proteção da privacidade e dos dados em nosso país.

Assim, antes de se procurar obter o consentimento a qualquer custo, com a utilização de açodados aditivos contratuais, melhor seria que as empresas efetuassem um inventário dos dados tratados em suas atividades corriqueiras, procurando encontrar as bases legais justificadoras do tratamento.

E, se inexistente base legal diversa do consentimento, deveriam verificar a existência da efetiva necessidade de tratamentodo dado e a adequação às finalidades apresentadas. Se não preenchidos tais requisitos, o dado deveria ser eliminado, uma vez que grande a possibilidade de o dado ser discriminatório ou excessivamente invasivo, principalmente em se tratando de dados sensíveis.

Por fim, somente no caso de efetiva necessidade de tratamento, principalmente nos casos em que o tratamento possa trazer benefícios ao trabalhador, deveria ser obtido o consentimento do empregado, tomando todas as cautelas devidas para que a vontade seja manifestada livremente e com a devida documentação.

6. Referências

ALVES, Lurdes Dias. *Proteção de dados pessoais no contexto laboral*: o direito à privacidade do trabalhador. Coimbra: Almedina, 2020.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, v. 4, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeis-privacy.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 42. ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014.

Hellenic Data Protection Authority fines Price Waterhouse Coopers 150K for employees' data breach. *DataBreaches.net*, 30 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.databreaches.net/hellenic-data-protection-authority-fines-price-waterhouse-coopers-150k-for-employees-data-breach>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MACIEL, Rafael Fernandes. *Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais* (Lei n. 13.709/18), RM Digital Education, 1. ed. Goiânia – GO, 2019.

MILLER, Jacques-Alain. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. São Paulo: Autêntica Editora, 2000.

MOREIRA, Teresa Coelho Alexandra. *Estudos de Direito do Trabalho*. v. 2. Coimbra: Almedina, 2016.

NASCIMENTO, André Pestana. *O impacto das novas tecnologias no direito do trabalho e a tutela dos direitos da personalidade do trabalhador*. Disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948_pt>. Acesso em: 05 out. 2020.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paula. *O direito fundamental à autodeterminação informativa*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 05 out. 2020.

OIT. *Protección de los datos personales de los trabajadores*. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS_112625/lang-es/index.htm>. Acesso em: 1º fev. 2021.

UGUINA, Jesús Mercader. Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica? *Revista Relaciones Laborales*, n. 10, p. 2, 2001.

Dispensa Indireta Decorrente da Inobservância da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) pelo Empregador

Franciara Moreira Pinheiro^(*)

Resumo:

- ▶ O tratamento de dados pessoais de empregados, pelo empregador, na relação de emprego é amplo e, em regra, se perpetua no tempo, podendo durar muitos anos. A proteção legal conferida aos dados pessoais dos empregados pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é mais um limitador do poder empregatício, impondo ao empregador o respeito a direitos fundamentais do trabalhador, tais como, privacidade, intimidade e dignidade da pessoa humana. Este artigo analisa aspectos essenciais da LGPD, como fundamentos, princípios e bases legais, e desperta a reflexão do leitor acerca das consequências que poderão atingir o contrato de emprego em vigor, como a extinção por dispensa indireta, em situações nas quais o empregador descumpra normas da LGPD. Conclui-se deste trabalho serem inadiáveis a adequação das rotinas trabalhistas dos empregadores à LGPD, bem como, o estudo aprofundado do tema pelos magistrados, visto que numerosas demandas surgirão, nos próximos anos, com pretensões envolvendo a inobservância da LGPD. Será crucial que o julgador compreenda as nuances da lei, para que possa examinar, com segurança e exatidão, se o ato do empregador de desrespeito da LGPD foi ou não grave o suficiente para pôr fim ao contrato de emprego (art. 483, “d”, CLT).

Palavras-chave:

- ▶ Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — Direitos da personalidade — Princípios da LGPD — Bases legais — Direitos do titular — Dispensa indireta.

Abstract:

- ▶ The processing of employees personal data by the employer, in the employment relationship is broad and, as a rule, perpetuates over time, and can last for many years. The legal protection afforded to employees' personal data by the General Data Protection Law (LGPD) is a limitation on employment power, which is not unlimited, making the employer

(*) Bacharel em Direito, Universidade Federal de Viçosa/MG. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho/LFG. Analista Judiciário — área judiciária, do TRT da 3ª Região (Minas Gerais). Assistente de juiz na Vara do Trabalho de Ponte Nova-MG.

respect the fundamental rights of the employee, such as privacy, intimacy and dignity of the human person. This article analyzes essential aspects of the LGPD, such as fundamentals, principles and legal bases, and makes the reader pay attention on the consequences that may affect the work contract, such as the termination by indirect dismissal, in situations in which the employer does not comply with rules of the LGPD. The main conclusion that can be deduced from this article is that it is urgent that the employer adheres to the norms of the General Data Protection Law, otherwise, he will be accepting the risk of suffering losses due to lawsuits. It will be crucial that the judge understands the nuances of the law, so that he can safely and accurately examine whether or not the employer's act of disregarding the LGPD was serious enough to end the employment contract (art. 483, "d", CLT)

Keywords:

- General Law on Protection of Personal Data — Personality rights — LGPD principles — Legal bases — Personal data — Indirect dismissal.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Proteção aos dados pessoais como direito da personalidade
- 3. Fundamentos da LGPD
- 4. Conceitos relevantes
- 5. Princípios da LGPD
- 6. Bases legais
- 7. Direitos do titular
- 8. Dispensa indireta — Conceituação
- 9. Inobservância da LGPD pelo empregador durante o contrato de emprego
- 10. Conclusão
- 11. Referências

1. Introdução

A Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), entrou em vigor no dia 18.09.2020, exceto quanto às sanções administrativas nela previstas⁽¹⁾, e por tratar-se de uma lei geral é aplicável a diversas relações jurídicas, representando indubitado marco jurídico-regulatório no ordenamento brasileiro.

A notória transversalidade da LGPD gera profundos impactos nas relações de trabalho,

possivelmente até de maiores proporções que os decorrentes do Código de Processo Civil de 2015 e da Reforma Trabalhista de 2017, como leciona o juiz do trabalho e professor Leandro Fernandez.⁽²⁾

A LGPD não contém uma previsão expressa acerca do tratamento de dados pessoais nas relações de trabalho, como ocorre no art. 88 do Regulamento Geral de Proteção de Dados

(1) As sanções administrativas entrarão em vigor no dia 1º.08.2021 (art. 65, I-A, LGPD).

(2) Ver: FERNANDEZ, Leandro. *Webinário LGPD*. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LueyfyV1dr8&t=4470s>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

da União Europeia, o GDPR (sigla de *General Data Protection Regulation*),⁽³⁾ mas é indiscutível o enorme fluxo de dados existente nas relações laborais, desde a fase pré-contratual (exemplo: na coleta de currículos) até a pós-contratual (exemplo: na manutenção de dados pessoais referentes ao contrato de trabalho de ex-empregado pelo ex-empregador, a fim de se resguardar quanto a eventual ação judicial trabalhista).

O art. 1º da LGPD traz a eficácia subjetiva da lei, prevendo que ela “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

Ou seja, em toda relação na qual uma pessoa jurídica ou física, essa última apenas se agir com fins econômicos,⁽⁴⁾ tratar dados de uma pessoa natural, haverá a incidência da LGPD.

Logo, o empregador deverá conhecer as regras e os princípios dispostos na LGPD e adequar suas condutas àqueles, fazendo sempre uma eficiente gestão de riscos, ante a atual carência de regulamentação acerca deste tema.⁽⁵⁾

(3) O GDPR, Regulamento 2016/679, estabelece regras sobre privacidade e proteção de dados de cidadãos da União Europeia e Espaço Econômico Europeu, substituiu a Diretiva de Proteção de Dados Pessoais de 1995 (95/46/CE) e entrou em vigor no dia 25.05.2018.

(4) Pelo art. 4º, I, LGPD, a lei não se aplica ao tratamento realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

(5) “A LGPD, portanto, revolucionará as dinâmicas empresariais, das rotinas de gestão de pessoas às estratégias de controle e fiscalização patronal da execução das funções pelos empregados, impondo o estabelecimento de novas formas de gestão empresarial dos dados, cujo olvidar pode conduzir a prejuízos consideráveis”. ZAVANELLA, Fabiano; MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. Utilização dos Dados Pessoais do Trabalhador e o Legítimo Interesse do Empregador a Partir do Poder de Direção. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 254.

Antes de adentrar ao tema central deste artigo, matérias indispensáveis relacionadas à privacidade e à proteção de dados pessoais, com enfoque na LGPD, serão brevemente analisadas, visando propiciar uma compreensão mais completa do assunto que intitula o presente trabalho.

2. Proteção aos dados pessoais como direito da personalidade

O art. 1º do Código Civil brasileiro preceitua que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O Código Civil de 2002, em seu Livro I, já demonstra a relevância da proteção da pessoa, denotando uma despatrimonialização do direito privado, ficando o ser humano no centro do direito civil.

O capítulo II do Código Civil de 2002 trata “Dos Direitos da Personalidade” e os enumera, em rol exemplificativo, tais como, o nome, a vida privada, a imagem etc., sem, contudo, defini-los.

De forma sucinta, é possível entender que os direitos da personalidade representam atributos relacionados à pessoa humana, que são protegidos pelo ordenamento jurídico.

Nos termos do art. 5º, I, da LGPD, dado pessoal é toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável⁽⁶⁾. Ou seja, o dado pode permitir, de imediato, a identificação de seu titular, como o nome e a foto, ou o dado precisa de outras informações a fim de que o titular seja identificado, como ocorrem com a geolocalização ou com o gênero.

Para Bruno Bioni, “o dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo per se que acresce conhecimento. Dados são simplesmente fatos brutos que, quando processados e organizados, se

(6) A LGPD adotou o conceito expansionista de dado pessoal. Assim, mesmo uma informação que não identifique um sujeito de forma imediata, mas apenas em conjunto com outras informações, terá *status* legal de dado pessoal.

convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação”.⁽⁷⁾

Destarte, os dados pessoais, quando devidamente explorados e avaliados, podem revelar informações dos seus titulares que, a depender do contexto no qual são inseridas, serão muito valiosas para o agente de tratamento dos dados, tais como: preferências de consumo; opiniões políticas; crenças religiosas; filiação sindical etc.

O dado pessoal representa uma projeção da pessoa humana, sendo uma extensão de seu titular, além de também interferir na forma pela qual ele se relaciona em sociedade.⁽⁸⁾ Os dados pessoais integram, portanto, os direitos da personalidade.⁽⁹⁾

Sendo a proteção de dados pessoais um direito autônomo e integrante do rol de direitos da personalidade, não se deve atrelá-los apenas ao direito da privacidade, vez que sua extensão foge da dicotomia de privado e público. Exemplo: um titular pode requisitar a retificação de um dado pessoal que seja público e tal direito não tem relação com a tutela da privacidade daquele.⁽¹⁰⁾

Inclusive, atualmente tramita no Congresso Nacional brasileiro a PEC n. 17/2019 que pretende a alteração da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais expressamente entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.⁽¹¹⁾

3. Fundamentos da LGPD

O art. 2º da LGPD dispõe os fundamentos da disciplina da proteção sobre dados pessoais, ou seja, os pilares sobre os quais a lei se funda.

Segundo o professor e juiz do trabalho Willian Alessandro Rocha, para interpretar uma lei “*é importante verificar quais os fundamentos que levaram o legislador a editá-la. São os fundamentos da lei que servirão de norte interpretativo quando houver dúvidas quanto ao seu alcance e aplicabilidade*”.⁽¹²⁾

O fundamento trazido pelo inciso I do art. 2º é o respeito à privacidade, direito protegido pelo art. 5º, XI, da Constituição Federal. A privacidade da pessoa humana tem ganhando contornos cada vez mais caros na sociedade digital contemporânea, na qual dados pessoais são coletados e compartilhados, a todo momento, e muitas vezes de forma desleal e sem o conhecimento dos titulares desses dados.

As advogadas Daniela Cunha Machado e Laura Machado de Souza Azevedo citam que “*o tratamento desses dados possibilita a construção de verdadeiros “perfis pessoais” dos quais podem ser tomadas importantes decisões a respeito dos indivíduos, afetando e influenciando diretamente em sua vida, suas oportunidades, suas escolhas*”.⁽¹³⁾ Por isso, é relevante entender a tutela da privacidade.

Pela teoria das esferas de Heinrich Hubmann, a privacidade do indivíduo poderia ser representada por um esquema de círculos concêntricos, denotando diferentes graus de privacidade, a saber: no círculo nuclear estaria a esfera da intimidade ou do segredo; em torno dele estaria o círculo da esfera privada; e em torno das duas, estaria um círculo maior

(7) BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição do Kindle.

(8) *Idem*.

(9) *Idem*.

(10) *Idem*.

(11) CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). *PEC n. 17/2019: Proposta de Emenda à Constituição*. 3 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(12) ROCHA, Willian Alessandro. LGPD e os Dados das Secretarias das Varas do Trabalho. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 351.

(13) MACHADO, Daniela Cunha; AZEVEDO, Laura Machado de Souza. Direitos à privacidade, à intimidade e à autodeterminação informativa. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 179

representando a esfera pessoal, que englobaria a vida pública do indivíduo.⁽¹⁴⁾

O conceito de privacidade não encontra unanimidade na doutrina, mas a ideia de enxergá-la como o “direito de ser deixado só” teve que evoluir a medida que foi surgindo a sociedade de informação, a “data driven economy” ou a economia dirigida por dados, sendo necessário entender a privacidade como o controle do titular sobre os seus dados pessoais.

E considerando que a teoria das esferas já não é mais suficiente para explicar as ofensas à privacidade que passaram a ocorrer na sociedade, surgiu a “teoria do mosaico”, proposta por Fulgêncio Madrid Conesa. Por essa teoria, dados, aparentemente irrelevantes, quando relacionados com outros dados, também *a priori* irrelevantes, podem demonstrar características fundamentais da personalidade de uma pessoa, merecendo, portanto, proteção legal.⁽¹⁵⁾

O inciso II do art. 2º da LGPD enumera o fundamento da autodeterminação informativa,⁽¹⁶⁾ que tem indiscutível relevância no contexto da proteção de dados, pois significa que compete exclusivamente ao titular a decisão sobre o tratamento de seus dados pessoais. A autodeterminação informativa representa o empoderamento do titular dos dados.⁽¹⁷⁾

(14) MENDES, Laura Schertel. *Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 19.

(15) MAIA, Luciano Soares. *Privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anaais/bh/luciano_soares_maia.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(16) Também denominada de direito à privacidade decisional e informacional. PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. A Lei Geral de Proteção de Dados e Seus Impactos nas Relações de Trabalho. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 51.

(17) “A autodeterminação informativa consiste na capacidade do indivíduo em saber, com exatidão, quais de seus dados pessoais estão sendo coletados, com a consciência da finalidade para que se prestarão, para assim, diante

O direito à autodeterminação sobre os dados pessoais foi reconhecido em 1982 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão ao declarar inconstitucional a lei do Censo alemã, que coletava dados em excesso dos cidadãos alemães.⁽¹⁸⁾

O inciso III do art. 2º cita como fundamentos da LGPD “a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião”. A lei mostra ser possível e necessária uma ponderação entre o direito à privacidade e à liberdade de expressão.

Pelo inciso IV do art. 2º “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem” também são fundamentos da LGPD, ou seja, o tratamento irregular de dados pessoais, a exemplo de vazamento de dados sensíveis, poderá gerar danos extrapatrimoniais ao titular por violar sua intimidade, honra ou imagem.

Os incisos V e VI do art. 2º trazem “o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação” e “a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor” como fundamentos da LGPD, em razão do incontestável valor dos dados pessoais para a economia. A intenção da lei não é impedir a livre-iniciativa⁽¹⁹⁾, tutelada pelos arts. 1º, IV, e 170 da Constituição Federal, e a inovação, mas sim fomentar a convivência harmônica entre elas e a proteção de dados pessoais.

de tais informações, tomar a decisão de fornecê-los ou não, levando-se em conta os benefícios/males que o tratamento de seus dados poderão lhe acarretar. É o controle que o indivíduo possui sobre os seus dados pessoais”. TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. *Lei geral de proteção de dados pessoais*: Comentada artigo por artigo. 3. ed., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm. 2021. p. 33.

(18) SILVA, Fabrício Lima. A autodeterminação informativa e os limites do poder fiscalizatório do empregador. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 331.

(19) Na justificativa do PL 4.060/2012, de autoria do Deputado Milton Monti, consta a afirmação de que “se faz necessário estabelecer normas legais para disciplinar tais relações, especialmente para dar proteção à individualidade e a privacidade das pessoas, sem impedir a livre iniciativa comercial e de comunicação”.

Por fim, o inciso VII do art. 2º da LGPD inclui “os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais” entre os fundamentos da lei. Como já tratado neste texto, a proteção dos dados pessoais insere-se dentre os direitos da personalidade, vez que representam uma extensão do ser humano, além da dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

Neste contexto, destaca-se o histórico e recente julgamento do STF, ocorrido no dia 07.05.2020, no bojo da ADI n. 6.387 (ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil — CFOAB), no qual a maioria do STF referendou a decisão liminar exarada pela Ministra Relatora Rosa Weber, suspendendo a eficácia de dispositivos da MP n. 954 de 2020 que autorizavam o compartilhamento de dados de clientes de empresa de telefonia com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, para uso em produção de estatística oficial durante a pandemia da Covid-19. A citada decisão é de extrema relevância no cenário nacional porque o Pretório Excelso reconheceu expressamente o direito constitucional fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.⁽²⁰⁾

4. Conceitos relevantes

O art. 5º da LGPD é uma espécie de dicionário,⁽²¹⁾ nele havendo conceitos imprescindíveis para a compreensão da lei.

Conforme já disposto em linhas transatas, o art. 5º, I, da LGPD, conceitua dado pessoal como sendo toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Exemplos: nome, CPF, RG, gênero, data e local

de nascimento, filiação, endereço residencial, e-mail, ID, fotos, estado de saúde, dentre outras.

Tratar dado pessoal não envolve apenas a coleta daquele, mas também o armazenamento, o acesso, a transferência, a reprodução, dentre outros (art. 5º, X, da LGPD). Ou seja, tratar dados é um conceito legal abrangente.

A LGPD também define no art. 5º os sujeitos envolvidos no tratamento de dados pessoais, a saber: o titular de dados pessoais; o controlador; o operador; o encarregado e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

O inciso V do art. 5º da LGPD dispõe que **titular** é “toda pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”. Na relação de emprego, será o empregado. Interessante observar que a LGPD menciona que o titular será a pessoa natural, o que pode demonstrar que a lei não abarcará dados pessoais de falecidos, pois pelo art. 6º do Código Civil a existência da pessoa natural termina com a morte. Este ponto deverá ser esclarecido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

A **Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)**, constituída por meio do Decreto Presidencial n. 10.474 de 26.08.2020, é o órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD (art. 5º, XIX, da LGPD).

A ANPD terá uma relevante função educativa, além de regulamentadora e sancionadora,⁽²²⁾ vez que ela indicará balizas e

(20) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). *Ministra suspende MP que prevê compartilhamento de dados com o IBGE por empresas de telecomunicações durante pandemia*. 24 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442090>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

(21) PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. *Op. cit.*, p. 54

(22) “Hoje a diretoria está muito alinhada com a lógica da regulação responsiva. As normas que vão configurar a proteção de dados pessoais também vão partir da experiência dos agentes de tratamento e não somente do estado. A lógica de regulação responsiva deve vir atrelada ao papel da ANPD como orquestrador desse sistema. Nosso desafio é não apenas olhar para dentro, mas também para fora”, WIMMER, Miriam In: 2º *Summit Data Privacy Brasil*. [S. l.: s. n.], 2021. Publicado pelo canal *Data Privacy Brasil*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jTB0xSQijnU>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

diretrizes a serem seguidas pelos atores sociais envolvidos em atividades de tratamentos de dados pessoais, dentre eles, os empregadores.

A Portaria n. 11, publicada no dia 28 de janeiro de 2021 (data na qual é comemorado o dia internacional da proteção de dados), tornou pública a agenda regulatória da ANPD para o biênio 2021-2022, que é um instrumento de planejamento que agrega as ações regulatórias consideradas prioritárias e que serão objeto de estudo ou tratamento pela Autoridade.⁽²³⁾

E, por meio da Portaria n. 01, de 8 de março de 2021, foi publicado o regimento interno da ANPD, que traz as competências e a organização da Autoridade.

Para a Diretora Conselheira da ANPD, Miriam Wimer, o Regimento Interno é essencial *“não apenas para organizar os procedimentos de trabalho da ANPD, mas também para dar transparência e previsibilidade sobre os processos de tomada de decisão, sobre o papel de cada unidade organizacional e sobre as formas de relacionamento da sociedade com a Autoridade”*.⁽²⁴⁾

Segundo o inciso VI do art. 5º da LGPD, o **controlador** será a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Na relação de emprego, será o empregador.

Pelo inciso VII da LGPD, **operador** é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”. O empregador pode tratar sozinho os dados pessoais de

seus empregados, sem repassar a atividade de operação dos dados a outra pessoa. Ou, ainda, o empregador pode optar por contratar pessoa física ou jurídica externa para ser o operador, realizando o tratamento de dados pessoais de seus empregados, sob seus comandos.

Divergência doutrinária pode surgir quando o empregador atribui a um empregado a função de processamento de dados pessoais. Neste ponto, estudiosos como os professores Tatiana Roxo e Ítalo Menezes entendem que o empregado não será considerado, juridicamente, operador porque ele age em “longas manus” do controlador. Lado outro, para a Professora Vólia Bomfim o empregado poderá agir como operador.⁽²⁵⁾

A ANPD publicou, no dia 28.05.2021, o “Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado”. Nesse documento, a Autoridade explicou que *“empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta não devem ser considerados operadores, tendo em vista que o operador será sempre uma pessoa distinta do controlador”*.⁽²⁶⁾ Ou seja, para a ANPD o operador não pode ser profissional subordinado ao controlador, logo, o empregado não poderá ser considerado operador.

A correta especificação dos papéis dos agentes como controlador ou operador faz-se relevante ante a maior carga de responsabilidades e obrigações que possui o controlador, afinal, é ele quem decide sobre o tratamento

(23) BRASIL. Portaria n. 11, de 27 de janeiro de 2021. Torna pública a agenda regulatória para o biênio 2021-2022. [S. l.], 28 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(24) PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Regimento Interno da ANPD é publicado no Diário Oficial da União*. 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/regimento-interno-da-anpd-e-publicado-no-diario-oficial-da-uniao>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(25) MIZIARA, Raphael. Dos agentes de tratamento e do encarregado de proteção de dados nas relações de trabalho subordinado. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 145.

(26) PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Guia Orientativo Sobre Agentes de Tratamento e Encarregado*. 28 maio 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

de dados. É interessante evidenciar que o termo “controlador” é citado na Lei 62 vezes, ao passo que a palavra “operador” é mencionada na Lei 14 vezes. Isso denota o maior destaque do controlador de dados.

A LGPD não impõe a obrigação de ter um contrato firmado entre o controlador e o operador no qual fiquem definidas as formas de atuações daqueles nas operações de tratamento de dados. Todavia, é recomendado que os citados agentes de tratamento firmem o citado pacto, sendo tal medida uma incontestada ferramenta de mitigação de riscos.⁽²⁷⁾

Pelo art. 42 da LGPD, o “controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”.⁽²⁸⁾

O controlador e o operador poderão responder solidariamente pelo tratamento ilegal de dados pessoais de terceiro (incisos do art. 42, LGPD). Neste sentido, é essencial que o empregador apenas repasse dados pessoais de seus empregados para um operador que garanta um tratamento de dados em conformidade com a LGPD.

Então, por exemplo, se o empregador remete dados pessoais de seus empregados

a um contador externo (que não seja seu empregado), cuja atividade seja desenvolvida sem respeitar a LGPD, em caso de tratamento irregular de dado pessoal de seu empregado, em decorrência de alguma má prática do contador, ambos responderão solidariamente, vez que o empregador compartilhou dados com agente que não atuava observando a LGPD.

O mesmo cuidado o empregador deverá ter ao compartilhar dados pessoais de seus empregados com entidades sindicais, empresas de plano de saúde, empresas que fazem gestão de folhas de pagamento, escritórios de advocacia, etc.

O art. 5º, VIII, da LGPD, conceitua o **encarregado**, também chamado de DPO (sigla de *Data Protection Officer*, nome advindo do regulamento europeu), como sendo a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”.

O encarregado não realiza o tratamento de dados, não é agente de tratamento, conforme informado no inciso IX do art. 5º da LGPD.

O art. 41 da LGPD dispõe que o “controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais”, devendo a identidade e as informações de contato do encarregado serem divulgadas publicamente, de preferência no sítio eletrônico do controlador. Assim, os empregadores precisam publicitar a identidade do seu DPO.

O encarregado vai exercer as atividades narradas nos incisos do § 2º do art. 41 da LGPD, como aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; etc.

O empregador poderá apontar um empregado que já trabalha para ele como DPO,

(27) DATA PRIVACY BRASIL. [DPBR LIVE] – *LGPD e Contratos: como ficam as relações contratuais?* 2021. Publicado pelo canal *Data Privacy Brasil*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BaribZ1W0nU>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(28) “Deve-se, assim, avançar para além da análise binária do regime jurídico de responsabilidade civil da LGPD, julgando-o da natureza objetiva ou subjetiva. Isto porque não deve haver dúvidas de que a política legislativa adotada exige a investigação em torno de um juízo de culpa dos agentes de tratamento de dados, mas, ao mesmo tempo, prescreve uma série de elementos com alto potencial de erosão dos filtros para que os agentes de tratamentos de dados sejam responsabilizados. O resultado parece ir no sentido de um regime jurídico de responsabilidade civil subjetiva com alto grau de objetividade.” BIONI, B.; DIAS, D. *Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor*. <civillistica.com>, v. 9, n. 3, p. 1-23, 22 dez. 2020.

podendo ocorrer um acúmulo da função de encarregado com a que o empregado já exercia (devendo haver acréscimo salarial);⁽²⁹⁾ poderá contratar como empregado alguém que execute apenas a função de DPO ou poderá terceirizar tal atividade por meio do DPO externo ou “as a service”.

Caso o empregador faça a escolha de terceirizar a função de DPO, ele deverá observar os critérios impostos pela Lei n. 6.019/1974, realizando a imprescindível “*due diligence*”,⁽³⁰⁾ termo inglês usado no cenário do *compliance* que significa “diligência prévia”.

A ANPD poderá dispensar empresas de pequeno porte da obrigação de indicar DPO (art. 41, § 3º, LGPD), mas tal regulamentação ainda não ocorreu.⁽³¹⁾

A função de encarregado de dados exige autonomia técnico-funcional, vez que ele se reportará aos titulares dos dados e à ANPD, não podendo omitir informações, ainda que prejudiciais ao empregador. Visto isso, o encarregado, caso seja empregado do controlador, não poderá ser penalizado por exercer legitimamente suas atribuições legais.⁽³²⁾

A LGPD não traz a obrigação legal no sentido de que o DPO precise ter formação jurídica, todavia, é aconselhável que o encarregado conheça profundamente a lei a fim de melhor realizar suas funções.

Por fim, o advogado contratado por uma empresa para atuar a favor dela não deverá trabalhar também para ela como DPO, visando evitar a caracterização de infração ético-disciplinar prevista no art. 2º, parágrafo único, VIII, alínea “b”, do Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil).

(29) MIZIARA, Raphael. *Op. cit.*, p. 150.

(30) *Ibidem*, p. 149.

(31) A regulamentação acerca da proteção de dados e da privacidade para pequenas e médias empresas, *startups* e pessoas físicas que tratam dados pessoais com fins econômicos está incluída na “fase 1” da agenda regulatória da ANPD, com previsão de ocorrer no primeiro semestre de 2021.

(32) MIZIARA, Raphael. *Op. cit.*, p. 151.

5. Princípios da LGPD

O art. 6º da LGPD elenca os princípios norteadores da lei, que deverão escorar o tratamento de dados pessoais.

E, antes de todos os princípios que estão dispostos nos incisos, no *caput* do art. 6º está a boa-fé, premissa básica que é esperada dos agentes de tratamento de dados. A boa-fé também está prevista nos arts. 113 e 422 do Código Civil, bem como, no art. 4º, III, do CDC.

Os incisos do art. 6º da LGPD enumera dez princípios que deverão ser observados em toda atividade de tratamento de dados pessoais.

Os três primeiros princípios contidos nos incisos I a III do art. 6º são extremamente relevantes, formando uma tríade que deverá ser, de pronto, analisada pelo agente que pretender tratar um dado pessoal.

O inciso I define o princípio da finalidade, segundo o qual o tratamento de dados pessoais deve visar “propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”.

Na relação de emprego se o empregador coletar, por exemplo, dados biométricos⁽³³⁾ do empregado para controle de jornada, tal finalidade deverá ser respeitada e não desvirtuada para fim diverso.

O inciso II cita o princípio da adequação, pelo qual deverá haver “compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”.

No exemplo supracitado, pode-se afirmar que o tratamento é adequado ao fim visado, afinal o art. 74, § 2º, CLT, permite o registro de ponto também por meio eletrônico, para estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores, bem como, a Portaria 1.510 de 2009, do antigo Ministério do Trabalho e Emprego,

(33) Nos termos do art. 5º, II, da LGPD, dado biométrico é um dado pessoal sensível.

disciplina o registro eletrônico de ponto e a utilização do sistema de registro eletrônico de ponto.

O inciso III menciona o princípio da necessidade (também alcunhado pela doutrina de princípio da minimização), que orienta a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades”, sendo indevido tratar dados excessivos e dispensáveis para o fim a que se destina o tratamento.

Ainda analisando o uso de dados pessoais biométricos para controle de jornada, há divergência quanto ao atendimento ou não do princípio da necessidade nessa hipótese. Há estudiosos que entendem pelo desrespeito a este princípio porque há outros meios de controle de jornada, como a manual, que são menos intrusivos, o que faz a coleta de biometria ser desnecessária, como o Professor Matheus Passos.⁽³⁴⁾ Diferentemente, há doutrinadores, como Vólia Bomfim e Iuri Pinheiro, que defendem ser a biometria a forma mais eficaz e fidedigna para registro de jornada, o que justificaria o uso do dado biométrico.⁽³⁵⁾

O inciso IV da LGPD dispõe o princípio do livre acesso, segundo o qual é garantida, aos titulares, a “consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais”.

Assim, o empregado poderá, a qualquer tempo, requisitar ao empregador informações acerca de seus dados pessoais que são tratados por aquele, ainda que já findo o vínculo de emprego. Por exemplo: o empregado poderá requerer ao empregador o acesso ao seu banco de horas e aos registros de sua jornada para verificar a exatidão da compensação de horas extras ou quitação das mesmas.

O inciso V da LGPD enuncia o princípio da qualidade dos dados, que garante “aos titulares,

exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados pessoais”. O empregado pode ser prejudicado na hipótese de não ter seus dados atualizados.

O juiz Thiago Saço Ferreira, na 1ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora-MG (TRT 3ª Região), julgou procedente o pedido de indenização de um ex-empregado em valores equivalentes ao auxílio emergencial que ele deixou de receber porque a empresa, na qual deixou de trabalhar em 2016, não atualizou as informações junto ao CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, além de gerar a perda de uma chance de realocação no mercado. Esse caso, apesar de não ter sido analisado sob o prisma da LGPD, denota a relevância da atualização dos dados pessoais dos trabalhadores pelos empregadores e ex-empregadores.⁽³⁶⁾

O inciso VI da LGPD informa o princípio da transparência, que assegura, “aos titulares, informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. Por exemplo: um empregado poderá solicitar ao empregador explicações acerca de critérios de promoção.

O inciso VII da LGPD cita o princípio da segurança, que exige do agente de tratamento “a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”.

A segurança dos dados pessoais dos empregados é medida essencial a ser tomada por todo empregador. Um caso envolvendo a inobservância à segurança de dados pessoais

(34) ROXO, Tatiana Bhering. *Live com o @profmatheuspassos*. 22 set. 2020. *Instagram*, Disponível em: <<https://www.instagram.com/tv/CFdANKrF1JL/>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(35) PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. *Op. cit.*, p. 66.

(36) TRT 3ª REGIÃO (Brasil). *Shopping é condenado a indenizar ex-empregado que ficou sem receber auxílio emergencial por falta de atualização de dados no CNIS*. [S. l.]: *Notícias Jurídicas*, 9 abr. 2021. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/shopping-e-condenado-a-indenizar-ex-empregado-que-ficou-sem-receber-auxilio-emergencial-por-falta-de-atualizacao-de-dados-no-cniss>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

envolveu a Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA) que foi condenada, pela Segunda Turma do TRT-MG, a indenizar trabalhador por exposição de dados pessoais na rede interna de informação da empresa. Documentos como relatórios e exames médicos do trabalhador ficaram livres para acesso de qualquer empregado da companhia, e continham informações sigilosas como os pensamentos suicidas daquele, bem como, que ele era usuário de cocaína.⁽³⁷⁾

Outro caso envolvendo a completa ausência de segurança de dados pessoais ocorreu em Porto Velho (RO), quando uma loja de bijuterias, maquiagem e artigos para decoração passou a usar currículos deixados por candidatos a emprego para embalar os produtos vendidos pela loja.⁽³⁸⁾

O inciso VIII contém o princípio da prevenção, pelo qual deverá haver a “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”, ou seja, os agentes de tratamento devem ser cautelosos e diligentes a fim de que incidentes, como o ocorrido na COPASA, não aconteçam.

É evidente que há ataques de hackers que invadem e modificam softwares e hardwares de computadores que são inevitáveis. Porém, o agente de tratamento deverá provar que tomou todas as medidas preventivas possíveis para a proteção dos dados pessoais.⁽³⁹⁾

(37) TRT 3ª REGIÃO (Brasil). *Copasa deverá indenizar trabalhador por exposição de dados pessoais na rede interna de informação da empresa*. *Notícias Jurídicas*, 1º jul. 2020. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-copasa-devera-indenizar-trabalhador-por-exposicao-de-dados-pessoais-na-rede-interna-de-informacao-da-empresa>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(38) GOMES, Ana Kézia. Loja usa currículos de candidatos para embalar produtos de clientes e gera revolta em internautas. *G1*, Porto Velho, 27, fev. 2020. Rondônia. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2020/02/27/loja-usa-curriculos-de-candidatos-para-embalar-produtos-de-clientes-e-gera-revolta-internet.ghtml>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(39) O art. 50 da LGPD dispõe que “Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo

E não se pode descuidar dos dados pessoais contidos em meios físicos, que também carecem de segurança. Dados pessoais registrados em papéis devem ser armazenados em gavetas fechadas com chaves, não podendo ficar disponíveis ao acesso de qualquer pessoa.

O inciso IX traz o princípio da não discriminação, que é a garantia de “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”. Cumpre destacar que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CF).

Na fase pré-contratual do contrato de emprego, por exemplo, um candidato à vaga de emprego não pode ser desclassificado do processo seletivo em razão de sua orientação sexual ou do seu gênero. Se a seleção de candidatos a vagas de emprego ocorrer por meio de inteligência artificial (IA), por decisão automatizada, é importante que possam ficar expressos os tipos de dados que são usados na base de dados, como atuam os algoritmos, intencionando sempre evitar discriminações.⁽⁴⁰⁾ Técnicas como aprendizado de máquina

tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais”.

(40) O art. 20 da LGPD prevê a revisão de decisões automatizadas. “No entanto, diferentemente de outras legislações ao redor do mundo, ao apreciar as alterações legislativas propostas pelo Congresso Nacional e que gerou a Lei n. 13.853/2019, o Presidente da República entendeu por bem vetar o dispositivo que continha a previsão de revisão por pessoa humana”. MARRAFON, Marco Aurélio; MEDON, Filipe. Importância da revisão humana das decisões automatizadas na Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Consultor Jurídico*, 9 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-09/constituicao-poder-importancia-revisao-humana-decisoes-automatizadas-lgpd>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(*machine learning*) podem gerar decisões discriminatórias.⁽⁴¹⁾

Por fim, o inciso X dispõe o princípio da responsabilização e prestação de contas que exige a “demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”. Não basta que o empregador esteja em conformidade com a LGPD, ele deve ser capaz de demonstrar a observância à lei (princípio da *accountability*). É um desdobramento do princípio da transparência (art. 6º, VI, LGPD).

6. Bases legais

A LGPD traz em seus arts. 7º e 11 as hipóteses autorizativas de tratamento de dados pessoais em sentido estrito e dados pessoais sensíveis,⁽⁴²⁾ respectivamente.

Sendo assim, um empregador somente poderá tratar dados pessoais de seus empregados se, além de atender aos princípios dispostos no art. 6º da LGPD, observar as bases legais taxativas dispostas nos arts. 7º ou 11 da lei.

O art. 5º, II, da LGPD traz um rol exemplificativo de dados pessoais sensíveis, prevendo que o dado pessoal é sensível quando trata sobre “*origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou*

a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Os dados pessoais sensíveis são os que contêm informações relacionadas à pessoa natural que apresentam uma vulnerabilidade inerente, que podem gerar situações prejudiciais ou discriminatórias para o titular do dado.⁽⁴³⁾

Não há uma hierarquia entre as bases legais listadas no art. 7º da LGPD, uma não “vale mais” que a outra. Assim, será o exame do caso concreto no qual haja a necessidade de tratamento de dado pessoal que indicará a base legal mais apropriada. Quanto ao art. 11 da LGPD, há doutrinadores que defendem que o consentimento para tratar dado pessoal sensível é a regra, tendo uma elevação do *status* desta base legal em relação às demais.⁽⁴⁴⁾

A base legal do consentimento, hipótese de tratamento de dados prevista tanto no art. 7º como no art. 11 da LGPD, deverá ser aplicada com muita cautela na relação de emprego, afinal, como preceitua o art. 5º, XII, da lei, o consentimento válido será aquele que representar “uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

E, como cediço, a relação de emprego é assimétrica, havendo desequilíbrio de poder entre o empregador e o empregado (*imbalance*

(41) “Sendo assim, como esperar a neutralidade de um algoritmo, se o banco de dados que o alimenta for enviesado? Exemplos não faltam. Basta pensar no recurso do Google Fotos, que identificou pessoas negras como sendo gorilas ou em sistemas de *credit score* que discriminam o acesso ao crédito com base em critérios como localidade, nacionalidade e gênero. Ou, ainda, o programa de classificação de desempregados por grupos na Polônia, que acabou discriminando as pessoas com base em critérios inicialmente pouco claros”. MARRAFON, Marco Aurélio; MEDON, Filipe. *Op. cit.*

(42) “A LGPD separa os dados pessoais, gênero, classificando-os, quanto ao nível de reserva da informação, em duas espécies, quais sejam, os dados pessoais em sentido estrito (chamados na Lei apenas de dados pessoais, na forma do inciso I do art. 5º) e os dados pessoais qualificados ou dados personalíssimos (chamados na Lei de dados pessoais sensíveis). A referida classificação dos dados em geral também considera os chamados dados públicos, (...)”. ZAVANELLA, Fabiano; MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *Op. cit.*, p. 238.

(43) “A questão é: somente dados com potencial discriminatório são considerados sensíveis? A resposta é não! Dados que, diante de sua criticidade, exponham a pessoa natural de forma exagerada, como dados genéticos e biométricos também são sensíveis. Exemplo: dado biométrico que dê acesso à conta corrente do titular dos dados pessoais”. ROXO, Tatiana Bhering. *Lei geral de proteção de dados pessoais*. Dados sensíveis são apenas aqueles com potencial discriminatório? 09. fev. 2021. *Instagram*. Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CLFFSQwDxaU/?igshid=1nr6u4eqhnmur>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(44) KOEHNE, Guilherme Otto Brito. A LGPD e o marketing. *Migalhas*, 12 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341746/a-lgpd-e-o-marketing>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

of power). Assim, sendo certo que o empregado depende economicamente do seu emprego para sustentar a si próprio e muitas vezes os seus familiares, poderão surgir questionamentos acerca da validade do consentimento fornecido pelo trabalhador para o tratamento de seus dados pessoais.

Afinal, o empregado precisa manter o seu emprego e isso pode impedi-lo de fornecer um consentimento efetivamente livre, a menos que o consentimento acarrete-lhe alguma vantagem econômica ou jurídica.

A LGPD não traz expressamente uma ressalva quanto ao consentimento em relações marcadas pela desigualdade de partes. Já o GDPR, em seu considerando 43, dispõe que “a fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento (...)”.

O GT29, que é um órgão consultivo europeu independente que foi instituído para analisar matérias de proteção de dados e privacidade, concluiu ser problemático o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores baseado no consentimento, vez que esse provavelmente não foi fornecido por livre vontade.⁽⁴⁵⁾

Portanto, é prudente que o empregador, sempre que possível, evite usar o consentimento como base legal para tratamento de dados pessoais do empregado, pois, além da fragilidade da liberdade do seu fornecimento e do ônus da prova de sua validade ser do empregador (art. 8º, § 2º, LGPD), ele pode ser revogado a qualquer momento (art. 8º, § 5º, LGPD).⁽⁴⁶⁾

(45) SILVA, Fabrício Lima. *LGPD nas relações de trabalho: riscos do consentimento para o tratamento de dados*. [S. l.]: Revista Consultor Jurídico, 10 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/fabricio-silva-lgpd-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

(46) “A discussão se torna mais suave quando tratamos dos dados do hiperssuficiente, pois a eles foi destinado o parágrafo único do art. 444 da CLT, que permite a transa-

Outra base legal que será muito usada pelos empregadores para tratar dados de seus empregados é a prevista no inciso II do art. 7º e na alínea “a” do inciso II do art. 11, que é o tratamento de dados para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador. Em regra, a maioria dos dados pessoais dos empregados que são coletados numa relação de emprego destinam-se ao cumprimento de obrigação legal, como ocorrem com as coletas de dados dos trabalhadores para realização de depósitos de salários e de FGTS, dentre outros.

A hipótese autorizativa de tratamento de dados pessoais prevista no inciso V do art. 7º da LGPD, que envolve “a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados”, também será corriqueiramente usada pelo empregador, como se dará na hipótese de desconto em folha de pagamento em razão de empréstimo consignado.

A comparação entre os arts. 7º e 11 evidencia algumas diferenças entre as bases legais neles dispostas, sendo uma delas a ausência do legítimo interesse no rol do art. 11.

A LGPD apresenta, em seu art. 10, os critérios para a aplicação do legítimo interesse, que é um conceito jurídico aberto.

Nos termos do art. 10 da LGPD, “o legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: I – apoio e promoção de atividades do controlador; e II – proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei”.

ção e renúncia de alguns direitos, desde que não violem a Constituição e os arts. 611-A e 611-B da CLT”. PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. *Op. cit.*, p. 67.

Apesar de ser um termo indeterminado, o legítimo interesse não é “um cheque em branco” para tratar dados pessoais, cuida-se, na verdade, de uma base legal com maiores exigências, necessitando que o agente de tratamento avalie com cuidado se as condições imprescindíveis para a sua aplicação estão presentes.⁽⁴⁷⁾

Antes de se valer do legítimo interesse efetivamente como base legal para tratar dados pessoais, o empregador deverá proceder ao LIA (*Legitimate Interests Assessment*) ou ao teste do legítimo interesse. Com tal teste, o empregador avaliará se é possível ou não a utilização do legítimo interesse na hipótese pretendida.⁽⁴⁸⁾

Uma situação na qual pode-se cogitar a incidência do legítimo interesse como base autorizativa para tratar dados de empregados é o controle de e-mails corporativos, desde que seja previamente informado ao empregado que o conteúdo do correio eletrônico poderá ser utilizado pelo empregador.⁽⁴⁹⁾

Outra diferença entre os arts. 7º e 11º que merece destaque é entre o inciso VI do art. 7º

e do inciso II, alínea “d”, do art. 11, que demonstra que o tratamento de dados pessoais sensíveis não está restrito a processo judicial, administrativo ou arbitral, como ocorre para os dados em sentido estrito.

A alínea “d” do art. 11 permite o tratamento de dados pessoais sensíveis na hipótese de exercício regular de direitos, inclusive em contrato, além de processo judicial, administrativo e arbitral. A maior abrangência desta previsão quanto ao exercício regular de direitos é o que poderá permitir o tratamento de dados pessoais sensíveis em organizações de tendência ou ideológicas.⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾

O inciso VII do art. 7º e a alínea “e” do art. 11 preveem a “proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro” como base legal para tratar dados pessoais. Nesta hipótese, pode-se citar o monitoramento de empregados por sistema de videovigilância.

As demais bases legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD não serão analisadas no presente artigo porque extrapolaria o escopo central deste trabalho.

7. Direitos do titular

Os arts. 17 ao 22 da LGPD enumeram os direitos dos titulares de dados pessoais.

O art. 17 traz o essencial direito da pessoa natural à titularidade do seu dado pessoal. Neste norte, ainda que o empregado consinta com o tratamento de seus dados pessoais pelo

(47) KOEHNE, Guilherme Otto Brito. *Op. cit.*

(48) O teste do legítimo interesse engloba as seguintes fases: 1º Passo) Legitimidade: avaliar se a finalidade para tratar o dado pessoal é legítima (art. 10, caput e inciso I, LGPD) e se envolve uma situação concreta. 2º Passo) Necessidade: observar o princípio da necessidade (ou da minimização), ou seja, utilizar o mínimo de dados pessoais e buscar a forma menos intrusiva no tratamento realizado (10, § 1º, LGPD). 3º Passo) Fazer o balanceamento (arts. 6º, I, 7º, IX, e 10, III, LGPD) entre o legítimo interesse da empresa e a legítima expectativa do titular do dado. Importante esclarecer que a legítima expectativa está relacionada a um comportamento que se espera de uma empresa, como, no caso, o envio de publicidade para um cliente cadastrado. Os três passos acima deverão estar em conformidade com os princípios da adequação e da boa-fé, conforme art. 6º, caput e II, LGPD, e art. 421 do Código Civil. 4º) Haver salvaguarda (Art. 10, § 2º e 3º da LGPD) e transparência no tratamento dos dados. Ainda, deverá ser dado ao cliente o direito de oposição (opt-out), que é a opção de não mais receber este tipo de publicidade. KOEHNE, Guilherme Otto Brito. *Op. cit.*

(49) ZAVANELLA, Fabiano; MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *Op. cit.*, p. 251.

(50) PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. *Op. cit.*, p. 62.

(51) As organizações de tendência “podem ser definidas como aquelas cuja finalidade é a difusão de determinada ideologia, independente do ânimo de lucro, formadas por pessoas (ou apenas por uma pessoa) que se utilizam dessa para expressar seu pensamento, credo, religião ou ideologia, vale dizer, são instrumentos de realização de direitos fundamentais do seu titular, embasados pela livre-iniciativa e liberdade de associação, plasmando, dessa forma, o pluralismo, tão caro às sociedades democráticas contemporâneas”. GASPARG, Gabriela Curi Ramos. LGPD e o tratamento de dados sensíveis nas organizações de tendência. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 203.

empregador, a condição de dono de seus próprios dados jamais será repassada àquele.⁽⁵²⁾

O art. 18 da LGPD traz a importante previsão da requisição de dados pessoais que o titular poderá apresentar ao controlador, a qualquer momento.

Nesta requisição, o titular poderá requer ao controlador, conforme incisos do art. 18: “I. a confirmação da existência de tratamento; II. o acesso aos dados mantidos pelo controlador; III. a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV. a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados, desde que sejam considerados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na LGPD; V. a portabilidade de seus dados pessoais a outro fornecedor de serviço; VI. a eliminação dos dados pessoais quando retirado o consentimento dado anteriormente; VII. a relação de com quem seus dados foram compartilhados; VIII. a informação de que poderá negar consentimento e quais suas consequências; IX. a revogação do consentimento”.

Na relação de emprego, o empregado poderá valer-se de seus direitos, enquanto titular de dados pessoais, podendo exercê-los apresentando uma solicitação expressa ao empregador. É imprescindível que os empregadores estejam preparados para o atendimento dessas requisições, com pessoal e sistemas capazes de respondê-las dentro dos prazos e das exigências legais.

O não atendimento adequado dos direitos dos titulares pelos controladores será, sem dúvida, um dos maiores propulsores de demandas judiciais no Brasil, que é um país com cultura de judicialização.

(52) “O que se observa é que o legislador quer deixar claro que a titularidade dos dados é da pessoa natural. Isso pois, mesmo que os dados pessoais de qualquer indivíduo possam estar espalhados em milhares de bancos de dados pelo mundo, qualquer tratamento deverá obedecer às normas legais, sendo que o seu titular possui direito sobre seus dados inerentes à sua personalidade.”. TEIXEIRA, Tarcísio. *Op. cit.*, p. 88.

E o atendimento às requisições dos titulares nem sempre é um processo simples e de baixo custo. Na Europa, após um ano de vigência do GDPR, pesquisas indicam que 58% das empresas tinham mais de 25 empregados destinados para atender uma única requisição, sendo que 30% tinham entre 20 a 50 pessoas envolvidas para responder cada solicitação; ainda, 70% das empresas não atendiam as requisições no prazo ou respondiam de forma incorreta.⁽⁵³⁾

O titular também tem direito à revisão de decisão a respeito de seus dados pessoais que é tomada com base em tratamento automatizado (art. 20). No processo de aprovação da LGPD houve veto ao § 3º do art. 20 que determinava o direito de revisão humana da decisão, ou seja, que fosse feita por uma pessoa natural.⁽⁵⁴⁾

Por fim, importante destacar que o exercício dos direitos decorrentes da proteção de dados pode ser feito individualmente pelo titular ou por tutela coletiva.

8. Dispensa indireta — Conceituação

A dispensa indireta é uma forma de término do contrato de trabalho advinda de faltas praticadas pelo empregador, também chamada de justa causa patronal.

O empregado poderá pleitear o fim do pacto laboral por dispensa indireta na Justiça do Trabalho quando ocorrer uma das hipóteses elencadas no art. 483 da CLT.

A rescisão indireta do contrato de trabalho, assim como se dá com a dispensa por justa causa, deve ser baseada em falta grave que gere a impossibilidade de manutenção do vínculo

(53) DATAGRAIL. *The Age of Privacy: The Cost of Continuous Compliance*. 2020. Disponível em: <<https://datagrail.io/downloads/GDPR-CCPA-cost-report.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(54) DATA PRIVACY BRASIL. *Série LGPD em Movimento: LGPD e Decisões Automatizadas*. Disponível em: <<https://www.observatorioprivacidade.com.br/2020/12/14/serie-lgpd-em-movimento-lgpd-e-decisoes-automatizadas/>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

de emprego, tendo em vista o princípio da continuidade da relação empregatícia.

Como ensina Mauricio Godinho Delgado, *“se o prejuízo não é do tipo iminente, podendo ser sanado por outros meios, a jurisprudência não tem acolhido, muitas vezes, a rescisão indireta”*.⁽⁵⁵⁾

Na hipótese de configuração da dispensa indireta, a ausência de imediatidade do trabalhador frente aos descumprimentos contratuais do empregador não significa anuência ou perdão das irregularidades perpetradas por aquele.⁽⁵⁶⁾ Afinal, a assimetria da relação de emprego coloca o empregado em posição de hipossuficiência, necessitando do trabalho como meio de subsistência. Será por meio do ajuizamento da demanda judicial trabalhista que o trabalhador exercerá seu legítimo direito de ação ante as condutas ilegais do empregador.

Ocorrendo a dispensa indireta, o empregado receberá todas as verbas salariais referentes à dispensa sem justa causa, a saber: saldo de salário dos dias efetivamente trabalhados; aviso prévio; décimo terceiro proporcional; férias proporcionais acrescidas do terço constitucional; férias vencidas acrescidas do terço constitucional, se houver; FGTS mais 40% e direito ao seguro-desemprego, desde que atenda aos requisitos impostos pela legislação previdenciária.

(55) DELGADO. Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo. LTr. 2018. p. 1.448.

(56) “Porém, no campo da rescisão indireta, os requisitos da imediatidade da insurgência obreira e do perdão tácito devem merecer substantivas adequações. É que é muito distinta a posição sociojurídica do obreiro no contrato, em contraponto àquela inerente ao empregador: afinal, este tem os decisivos poderes de direção, fiscalização e disciplinar, por meio dos quais subordina, licitamente, o empregado. Por isso, a imediatidade na rescisão indireta tem de ser claramente atenuada, uma vez que a reação obreira tende a ser muito contingenciada por seu estado de subordinação e pela própria necessidade de preservar o vínculo, que lhe garante o sustento e de sua família”. DELGADO. Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 1.451.

9. Inobservância da LGPD pelo empregador durante o contrato de emprego

Pelo já exposto, resta claro que o empregador precisa ajustar suas condutas às normas trazidas pela LGPD, tanto para os contratos de emprego em curso, como para os novos contratos e até mesmo em relação aos contratos já findos.

O questionamento principal que se pretende dar relevo neste trabalho é acerca dos efeitos que poderão atingir o contrato de emprego ainda vigente, no caso de descumprimento, pelo empregador, da LGPD.

É certo que muitos empresários para agirem em conformidade com determinações legais se preocupam, de imediato, em saber quais as consequências que poderão sofrer caso não as observe. Talvez a maioria dos empregadores não se esmerem em entender a construção doutrinária que envolve a proteção de dados pessoais; em conhecer todos os conceitos e princípios contidos na LGPD; muito menos em como se deu a evolução legislativa desta relevante matéria no país.

Todavia, ao empregador interessará saber que se ele não agir em *compliance* com a LGPD, além de poder sofrer sanção administrativa imposta pela ANPD, poderá ser condenado judicialmente com a ruptura do contrato de emprego decorrente de sua conduta culposa, devendo pagar todas as verbas rescisórias típicas de dispensa sem justa causa, além de eventual ressarcimento de danos morais.

Segundo a alínea “d” do art. 483 da CLT, a dispensa indireta do empregado poderá ocorrer quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato.

O professor e Procurador do Trabalho, Henrique Correia, analisando os principais impactos da LGPD nas relações de trabalho, assegura que havendo tratamento irregular de dados pessoais pelo empregador, *“especialmente se houver exposição de dados íntimos e sensíveis*

que tragam prejuízos aos direitos de personalidade do empregado, é possível o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho por violação das obrigações contratuais”.⁽⁵⁷⁾

E, com fulcro na alínea “d” do art. 483 da CLT, a juíza do trabalho, Sofia Fontes Regueira, em sentença proferida na Vara do Trabalho de Ponte Nova-MG, do TRT da 3ª Região, autos de n. 0010337-16.2020.5.03.0074, declarou a rescisão indireta do contrato de emprego firmado entre uma trabalhadora e uma empresa varejista de doces porque o ex-empregador informou o número pessoal de celular da autora no sítio eletrônico da ré, como sendo o contato no qual os clientes deveriam ligar ou mandar mensagem para efetuar compras de produtos da loja, visto que a ré teve que trabalhar por *delivery*, em cumprimento de ato normativo municipal expedido durante a pandemia do novo coronavírus.

A juíza entendeu que a publicização do número do telefone celular da autora, na página virtual da ré, uma rede alimentícia nacionalmente conhecida, desrespeitou a privacidade e a intimidade da empregada e inobservou normas da LGPD, pois tratou dado pessoal daquela sem base legal e em desrespeito a princípios esposados no art. 6º da lei.

Ainda, salientou a julgadora que mesmo com o consentimento da empregada para a ré tornar público seu número de telefone pessoal na internet, a trabalhadora é parte hipossuficiente da relação de emprego, não podendo consentir, portanto, de forma livre como preceitua a LGPD.

O caso supracitado demonstra abuso do poder empregatício, pois o empregador, valendo-se de sua posição de poder na relação laboral, tratou dado pessoal da empregada

sem observar os limites legais impostos pela Constituição Federal e pela LGPD.

Pode-se pensar que o desrespeito, por exemplo, ao princípio da necessidade em razão da coleta de dado excessivo pelo empregador ou a qualquer outro princípio disposto no art. 6º, apesar de configurar descumprimento da LGPD, não seja apto a motivar uma rescisão indireta.

Doutro lado, se o empregador guardar e compartilhar dados pessoais dos seus empregados, principalmente se forem dados sensíveis, de forma irresponsável e não diligente, descumprindo os princípios da segurança e da prevenção, o empregado poderá lograr judicialmente o reconhecimento da dispensa indireta. E, ainda que não ocorra efetivo vazamento das informações do trabalhador, o empregador terá praticado ato ilícito. Afinal, a violação à LGPD prescinde de consequências concretas para o titular.

A situação envolvendo a COPASA, citada anteriormente neste texto, possivelmente daria azo a uma dispensa indireta, caso o empregado pleiteasse.

Outra hipótese merecedora de reflexão é se o empregador pagar a empregados, que exerçam funções idênticas, comissões em valores diferentes, sob a justificativa que foram apuradas em decorrência de suas produtividades. Se um empregado comprovar em juízo que seu comissionamento foi menor em razão de atitude discriminatória do empregador ou por critérios equivocados, extraídos de dados pessoais do trabalhador, o vínculo de emprego pode ser rompido por culpa do empregador.

Do mesmo modo, a exposição de resultados dos trabalhadores, por meio de tabelas e relatórios fornecidos a todos os empregados, contendo nomes completos e funções, sob a alegação de incentivar a produção dos mesmos, ofende a LGPD, vez que expõe dados pessoais dos empregados afrontando o princípio da necessidade, além de ser tratamento desprovido de

(57) CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho*. 2020. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1hjG00cTaDy0J5AMrr8w6QTeJQRpYvxdh/view>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

base legal. Tal conduta do empregador poderá embasar uma dispensa indireta.

Ademais, se o empregado provar, em juízo, a prática de compartilhamento de seus dados pessoais pelo empregador, com empresas de empréstimos consignados ou quaisquer outras, sem base legal, o julgador poderá entender pelo rompimento do vínculo empregatício por culpa daquele.

Igualmente, se o empregado receber publicidade de alguma empresa, que tenha obtido seus dados pessoais de terceiro que presta serviços ao seu empregador, o trabalhador poderá ir a juízo pleitear dispensa indireta, tendo em vista o compartilhamento de seus dados, pelo empregador, com agente que não atua em conformidade com a lei (art. 42, LGPD).

Uma questão que gera muitas reflexões é quanto ao uso, pelo empregador, de câmeras de vigilância que são instaladas com a finalidade de proteção, valendo-se da base legal do art. 7º, VII, da LGPD, mas cujas imagens captadas motivam a aplicação de alguma penalidade a um empregado (advertência ou suspensão), denotando evidente meio de controle do empregado. Nesse caso, o empregado, em ação judicial trabalhista, pode argumentar a ofensa ao princípio da finalidade, vez que o objetivo do tratamento de sua imagem pela câmera de segurança foi desrespeitado, tendo recebido tratamento posterior incompatível com o fim para o qual foi coletada e, em virtude disso, pleitear a dispensa indireta e, até mesmo, reparação de danos morais.

Ou ainda um empregado que tenha sofrido penalidade disciplinar em decorrência de captação de sua imagem por câmeras instaladas pelo empregador, que não sabia que existiam, poderá argumentar em juízo ofensa à LGPD, vez que o empregador tratou seu dado pessoal descumprindo a lei. Na França, a agência francesa de proteção de dados multou uma pequena empresa por violar o GDPR após filmar seus

empregados sem informá-los previamente e por manter práticas de criptografia inadequadas.⁽⁵⁸⁾

Outro exemplo europeu de descumprimento do empregador à lei de proteção de dados ocorreu na Alemanha, onde o comissariado de Proteção de Dados e Liberdade de Informação de Hamburgo, condenou a empresa sueca H&M a pagar uma multa de 35,3 milhões de euros por coletar informações privadas de empregados e criar um arquivo com esses dados que era disponibilizado para aproximadamente 50 diretores da empresa.⁽⁵⁹⁾ Uma situação similar no Brasil, poderia ensejar as extinções dos contratos de empregos por dispensa indireta.

Também deverão ser objetos de pedidos de dispensas indiretas, em ações judiciais, os não atendimentos das requisições feitas pelos empregados aos seus empregadores, visando à observância de seus direitos de titular (art. 18, LGPD). Por isso, é essencial que as empresas tenham encarregados de proteção de dados qualificados e que bem executem a sua função de ser um canal de comunicação entre o empregado (titular) e o empregador (controlador).

Por exemplo, em caso de exposição de fotos de empregado, sem prévia autorização dele, em murais ou em redes sociais da empresa, é facultado àquele requerer a eliminação das fotos, ainda que não possuam conteúdo vexatório. A empresa que se recusar a excluir as fotos do empregado poderá ser condenada judicialmente, em ação trabalhista, com o reconhecimento de dispensa indireta, afinal, além de tratar dado pessoal do empregado

(58) CHARLES, Rollet. *First Video Surveillance GDPR Fine In France*. 8 jul. 2019. Disponível em: <<https://ipvm.com/reports/france-gfpr-fine>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(59) PINTO, Ana Estela de Souza. H&M leva multa milionária por 'bisbilhotar' religião, família e saúde de funcionários. *Valor Econômico*, Bruxelas, 05, out. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/10/05/handm-leva-multa-milionaria-por-bisbilhotar-religiao-familia-e-saude-de-funcionarios.ghtml>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

sem base legal e desrespeitando princípios da LGPD, opôs-se ao previsto no art. 18, IV, da lei.

O empregado, outrossim, poderá solicitar o acesso aos seus dados pessoais contidos em histórico funcional ou em controles de jornada e em banco de horas. Caso o empregador se recuse a atender a referida solicitação, é possível que o empregado pleiteie a dispensa indireta do contrato de trabalho em virtude de tal conduta.

Novamente citando um caso europeu, a Justiça do Trabalho alemã de Düsseldorf condenou uma empresa a indenizar um ex-empregado porque demorou a prestar informações acerca do tratamento dos dados pessoais do trabalhador e, quando atendeu a solicitação, forneceu informações vagas e incompletas (processo ArbG Az. 9 Ca 6557/18, julgado em 5.3.2020).⁽⁶⁰⁾

É esperado um número crescente de ações trabalhistas envolvendo alegações de inobservâncias da LGPD pelos empregadores, com pedidos de dispensa indireta, de reparação por danos morais, dentre outros. Em matéria publicada no dia 20.01.2021, pelo jornal *Valor Econômico*, a LGPD aparecia em 139 ações trabalhistas, segundo levantamento feito pela empresa de jurimetria *Data Lawyer Insights*, a pedido do citado jornal.⁽⁶¹⁾

Portanto, o estudo aprofundado da LGPD pelos magistrados e pelos demais operadores do Direito é essencial, pois situações fáticas descritas em processos judiciais, que eram costumeiramente analisadas sob determinados prismas, após a vigência da LGPD, deverão ser examinadas sob o enfoque próprio da lei.

(60) FRITZ, Karina Nunes. Dano moral por violação à lei de proteção de dados pessoais. *Migalhas*, 23 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/340690/dano-moral-por-violacao-a-lei-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(61) OLIVON, Beatriz. Trabalhadores usam a LGPD para buscar direitos na Justiça. *Valor Econômico*, Brasília. 20 jan. 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/01/20/trabalhadores-usam-a-lgpd-para-buscar-direitos-na-justica.ghtml>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

Um exemplo disso é quanto ao ônus de provar vício de consentimento dado pelo empregado para o tratamento de seu dado pessoal. Antes da LGPD, é provável que a maioria dos julgadores atribuísssem ao empregado o encargo de provar o alegado vício (art. 818, I, CLT), após a vigência da lei o ônus será indiscutivelmente do empregador (art. 8º, § 2º, LGPD)

E, até a ANPD editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, cumprirá ao Poder Judiciário Trabalhista calibrar os impactos da LGPD nas relações de trabalho, fazendo a adequada interpretação da LGPD, uma lei geral, às especificidades das normas trabalhistas.

10. Conclusão

A LGPD representa um precioso avanço na área de proteção de dados e, neste sentido, os empregadores terão que se adequar à lei e, para que isso ocorra de maneira orgânica e eficiente, faz-se necessária uma acentuada mudança cultural quanto à forma de tratamento de dados pessoais dos empregados.

É curial que os empregadores compreendam que os dados pessoais de seus empregados não são disponíveis, muito menos, desprovidos de proteção jurídica.

Do mesmo modo, é fundamental que os empregados conheçam seus direitos de titulares de dados pessoais e saibam que o desrespeito a esses dados, pelos empregadores, é passível de condenações judicial e administrativa.

Os empregadores precisam se preocupar em implementar um programa de adequação à LGPD, nomeando encarregado de dados, formando um comitê de privacidade e proteção de dados, treinando os empregados que tratam dados pessoais na empresa, promovendo *workshops*, mapeando os dados já armazenados, diagnosticando os *gaps* ou as falhas que existirem em suas práticas, traçando um plano de ação, elaborando um mapa de riscos, revisando contratos, formulando políticas específicas de proteção e privacidade para o

tratamento de dados pessoais de seus empregados, adotando programas de governança e de boas práticas em privacidade, dentre várias outras medidas.

É certo que os maiores empregadores no Brasil são as pequenas empresas e, provavelmente, elas terão dificuldades financeiras em introduzir complexos programas de implementação da LGPD em suas atividades. Porém, é indispensável que o empregador demonstre respeito aos dados pessoais de seus empregados, adotando as providências que forem possíveis e compatíveis com seu porte e sua capacidade econômica. O que não se pode mais tolerar é o absoluto descaso com os dados pessoais e a privacidade dos empregados.

Em resumo, o respeito aos dados pessoais deverá ser incorporado às rotinas diárias das empresas, mitigando riscos e evitando ações judiciais trabalhistas, nas quais o empregado pleiteie a dispensa indireta de seu contrato de emprego, bem como, o ressarcimento de danos extrapatrimoniais, em decorrência de conduta culposa do empregador que tenha tratado seus dados pessoais de forma ilegal.

11. Referências

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição do Kindle.

BIONI, B.; DIAS, D. *Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor*. <civilistica.com>, v. 9, n. 3, p. 1-23, 22 dez. 2020.

BRASIL. *Portaria n. 11, de 27 de janeiro de 2021*. Torna pública a agenda regulatória para o biênio 2021-2022. [S. l.], 28 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). *PEC n. 17/2019: Proposta de Emenda à Constituição*. 3 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

CHARLES, Rollet. *First Video Surveillance GDPR Fine In France*. 8 jul. 2019. Disponível em: <<https://ipvm.com/reports/france-gfpr-fine>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho*. 2020. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1hjG00cTaDy0J5AMrr8w6QTeJQRpYvxdh/view>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

DATAGRAIL. *The Age of Privacy: The Cost of Continuous Compliance*. 2020. Disponível em: <<https://datagrail.io/downloads/GDPR-CCPA-cost-report.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

DATA PRIVACY BRASIL [DPBR LIVE]. *LGPD e Contratos: como ficam as relações contratuais?* 2021. Publicado pelo canal *Data Privacy Brasil*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BaribZ1W0nU>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

_____. *Série LGPD em Movimento: LGPD e Decisões Automatizadas*. Disponível em <<https://www.observatorioprivacidade.com.br/2020/12/14/serie-lgpd-em-movimento-lgpd-e-decisoes-automatizadas/>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo. LTr. 2018. p. 1.448.

FERNANDEZ, Leandro. *Webinário LGPD*. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LueyfyV1dr8&t=4470s>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

FRITZ, Karina Nunes. Dano moral por violação à lei de proteção de dados pessoais. *Migalhas*, 23 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/340690/dano-moral-por-violacao-a-lei-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

GASPAR, Gabriela Curi Ramos. LGPD e o tratamento de dados sensíveis nas organizações de tendência. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 203.

GOMES, Ana Kézia. Loja usa currículos de candidatos para embalar produtos de clientes e gera

revolta em internautas. *G1*, Porto Velho, 27, fev. 2020. Rondônia. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2020/02/27/loja-usa-curriculos-de-candidatos-para-embalar-produtos-de-clientes-e-gera-revolta-internet.ghtml>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

KOEHNE, Guilherme Otto Brito. A LGPD e o marketing. *Migalhas*, 12 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341746/a-lgpd-e-o-marketing>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

MAIA, Luciano Soares. *Privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2021.

MACHADO, Daniela Cunha; AZEVEDO, Laura Machado de Souza. Direitos à privacidade, à intimidade e à autodeterminação informativa. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MARRAFON, Marco Aurélio; MEDON, Filipe. Importância da revisão humana das decisões automatizadas na Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Consultor Jurídico*, 9 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-09/constituicao-poder-importancia-revisao-humana-decisoes-automatizadas-lgpd>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

MENDES, Laura Schertel. *Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MIZIARA, Raphael. Dos agentes de tratamento e do encarregado de proteção de dados nas relações de trabalho subordinado. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

OLIVON, Beatriz. Trabalhadores usam a LGPD para buscar direitos na Justiça. *Valor Econômico*, Brasília. 20 jan. 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/01/20/trabalhadores-usam-a-lgpd-para-buscar-direitos-na-justica.ghtml>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. A Lei Geral de Proteção de Dados e Seus Impactos nas Relações de Trabalho. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

PINTO, Ana Estela de Souza. H&M leva multa milionária por ‘bisbilhotar’ religião, família e saúde de funcionários. *Valor Econômico*, Bruxelas, 05 out. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/10/05/handm-leva-multa-milionaria-por-bisbilhotar-religiao-familia-e-saude-de-funcionarios.ghtml>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Regimento Interno da ANPD é publicado no Diário Oficial da União*. 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/regimento-interno-da-anpd-e-publicado-no-diario-oficial-da-uniao>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

_____. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Guia Orientativo Sobre Agentes de Tratamento e Encarregado*. 28 maio 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

ROCHA, Willian Alessandro. LGPD e os Dados das Secretarias das Varas do Trabalho. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

ROXO, Tatiana Bhering. A LGPD prevê o Princípio da Não Discriminação. 03 Mar. 2021. *Instagram*, Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CL9LBR4MaIT/>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

_____. *LGPD nas relações de emprego*. 02. fev. 2021. *Instagram*. Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CKyf888AtLI/>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

_____. *Live com o @profmatheuspassos*. 22. set. 2020. *Instagram*, Disponível em: <<https://www.instagram.com/tv/CfDANKrF1JL/>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

SILVA, Fabrício Lima. A autodeterminação informativa e os limites do poder fiscalizatório do empregador. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MO-

LICONE, B. (Orga.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SILVA, Fabrício Lima. LGPD nas relações de trabalho: riscos do consentimento para o tratamento de dados. [S. l.]: *Revista Consultor Jurídico*, 10 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/fabricio-silva-lgpd-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). *Ministra suspende MP que prevê compartilhamento de dados com o IBGE por empresas de telecomunicações durante pandemia*. 24 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442090>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. *Lei geral de proteção de dados pessoais: Comentada artigo por artigo*. 3. ed., atual. e ampl. Salvador. Editora JusPodivm. 2021.

TRT 3ª REGIÃO (Brasil). *Shopping é condenado a indenizar ex-empregado que ficou sem receber auxílio emergencial por falta de atualização de dados no CNIS*. [S. l.]: *Notícias Jurídicas*, 9 abr. 2021. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/>

[conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/shopping-e-condenado-a-indenizar-ex-empregado-que-ficou-sem-receber-auxilio-emergencial-por-falta-de-atualizacao-de-dados-no-cnis](https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/shopping-e-condenado-a-indenizar-ex-empregado-que-ficou-sem-receber-auxilio-emergencial-por-falta-de-atualizacao-de-dados-no-cnis)>. Acesso em: 10 abr. 2021.

TRT 3ª REGIÃO (Brasil). *Copasa deverá indenizar trabalhador por exposição de dados pessoais na rede interna de informação da empresa*. *Notícias Jurídicas*, 1º jul. 2020. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-copasa-devera-indenizar-trabalhador-por-exposicao-de-dados-pessoais-na-rede-interna-de-informacao-da-empresa>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

WIMMER, Miriam In: *2º Summit Data Privacy Brasil*. [S.l.: s.n.], 2021. Publicado pelo canal *Data Privacy Brasil*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jTB0xSQijnU>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

ZAVANELLA, Fabiano; MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. Utilização dos dados pessoais do trabalhador e o legítimo interesse do empregador a partir do poder de direção. In: MIZIARA, R.; PESSOA, A.; MOLICONE, B. (Orgs.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

O Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho e a Necessidade de sua Adequação à Lei Geral de Proteção de Dados

Gustavo Carvalho Chehab^(*)

Resumo:

- ▶ O Processo Judicial eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT) possui um grande volume de dados pessoais e sensíveis, que, uma vez tratados indevidamente, podem violar a privacidade e a intimidade de pessoas e atingir diversos de seus direitos fundamentais da personalidade. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) salvaguarda a autodeterminação informativa do titular desses dados, descreve princípios e incide sobre o processo e a Justiça do Trabalho. O presente estudo examina o PJe-JT à luz da principiologia da LGPD a fim de identificar, ponto a ponto, sua adequação à LGPD.

Palavras-chave:

- ▶ Processo judicial eletrônico — Privacidade — Proteção de dados — Lei Geral de Proteção de Dados.

Abstract:

- ▶ The Electronic Judicial Process of The Labor Justice (PJe-JT) has a large volume of personal and sensitive data, which, processed, can violate the privacy and intimacy of people and affect several of their fundamental personality rights. The Brazilian General Data Protection Act (LGPD) provides the data protection, describes principles and has application in the Labor Justice and in the judicial process. The present study examines the PJe-JT considering the principles of the LGPD to identify, peer by point, its compatibility with the LGPD.

Keywords:

- ▶ Electronic Judicial Process — Privacy — Data protection — Brazilian General Data Protection act.

(*) Doutor em Direito (Uniceub/DF). Juiz do Trabalho substituto (TRT da 10ª Região). Professor colaborador (Uniceub/DF).

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Dados pessoais, sua manipulação e o PJe-JT
 - ▶ 2.1. Dados, informação e banco de dados
 - ▶ 2.2. Tratamento de dados
 - ▶ 2.3. Mineração de dados
 - ▶ 2.4. PJe-JT como *big data*
- ▶ 3. Privacidade, proteção a dados pessoais e publicidade processual
 - ▶ 3.1. Autodeterminação informativa
 - ▶ 3.2. Publicidade processual *versus* proteção de dados pessoais a PJe
- ▶ 4. O PJe-JT à luz dos princípios da proteção de dados
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências

1. Introdução

A Lei n. 13.709/2018 ou Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais inclusive em meios digitais, trouxe, a exemplos de outras nações, importantes institutos com amplo campo de incidência, alcançando inclusive diversos aspectos do Processo do Trabalho e do funcionamento da Justiça do Trabalho. Seu profundo impacto exige mudanças de procedimentos, de atitudes e, até, de concepções em uma cultura processual até então voltada para, despreocupadamente, adquirir grande volume de informações. O presente estudo procura ajudar nessa árdua tarefa que o mundo digital traz.

Para percorrer esse caminho, é necessário compreender como registros isolados sem quaisquer relevância e importância podem ser manipulados ao ponto de desnudar comportamentos, descrever personalidades, associar perfis psicológicos e aniquilar a privacidade e a intimidade de alguém. A partir dos princípios e dos direitos insertos na LGPD, procura-se identificar como e onde o Processo do Trabalho e a Justiça do Trabalho precisam se amoldar para não servir de instrumento de violação a direitos

afetos à personalidade de cidadãos (partes, advogados, intervenientes, terceiros etc.).

Espera-se que, identificados os riscos afetos a dados pessoais, possa o sistema de Justiça laboral aprimorar-se para adaptar-se à nova Lei de proteção de dados e para criar uma nova cultura muito mais adequada à proteção da privacidade, da intimidade e de outros direitos da personalidade de todos aqueles que colaboram ou intervêm nas demandas trabalhistas.

2. Dados pessoais, sua manipulação e o PJe-JT

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, Lei n. 13.709/2018) tem como escopo proteger os dados pessoais em face dos riscos à privacidade e à intimidade associados a sua manipulação (tratamento, processamento) especialmente pelo uso de meios informáticos.

2.1. Dados, informação e banco de dados

A palavra “dado”, do latim *datum*, significa qualquer coisa dada para alguém⁽¹⁾. Dado é o registro de um fato, de um conceito, de uma instrução, de um elemento ou de um atributo

(1) PORTAL ETIMOLOGIAS.DECHILE. Disponível em: <<http://etimologias.dechile.net/?dato>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

de uma pessoa, entidade ou coisa⁽²⁾. Ele pode ter um ou mais caracteres, letras, números, palavras, textos, imagens, vídeos, sons e/ou áudios⁽³⁾. Mas, em si mesmo, o dado não tem relevância ou propósito.

Todavia, sempre que se acrescentar ao dado alguma relevância e propósito então haverá uma informação. Informação é o dado dotado de relevância e de propósito⁽⁴⁾. O processamento de dados tem a finalidade de tratar os dados para que gerem informações.

Uma espécie de dado é o dado pessoal, que se refere a uma pessoa física identificada ou identificável⁽⁵⁾. Será identificável o dado quando sua titularidade pode ser identificada, direta ou indiretamente, por alguma referência, identificação ou por elementos específicos da constituição física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social de seu titular⁽⁶⁾.

Dentre os dados pessoais, há os dados sensíveis que “são os que se referem a questões extraordinariamente delicadas, diretamente vinculadas ao núcleo da personalidade e dignidade humanas. Por isso, são objeto de garantia substantiva através de outros direitos fundamentais”⁽⁷⁾. São sensíveis os dados pessoais

relacionados, entre outros, à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, à saúde e à opção sexual. Por serem sensíveis, eles têm um maior potencial de “causar ofensa aos direitos fundamentais, não somente no tocante ao direito à intimidade, mas, especialmente, ao princípio da igualdade”⁽⁸⁾, pois podem ser usados para discriminação.

Os dados podem ser colhidos, organizados, agrupados e relacionados em cadastros ou em bancos de dados. Cadastro é um conjunto de registro de dados e o banco de dados, público, privado ou de acesso público, é o “conjunto de dados relacionados ou relacionáveis com determinado assunto”⁽⁹⁾. Ambos, embora às vezes sejam tratados como sinônimos apesar de suas diferenças técnicas, o banco de dados é organizado para viabilizar a recuperação e a consulta dos dados que o compõe.

2.2. Tratamento de dados

O tratamento (manipulação ou processamento) de dados compreende todas e cada uma das operações que envolvem dados pessoais em qualquer de suas etapas, a saber, aquisição (acesso, coleta, produção e recepção), manipulação (classificação, produção, utilização, avaliação, controle, conjugação, modificação e processamento), armazenamento (gravação, guarda, reprodução, cópia, recuperação, extração e eliminação) e comunicação (transmissão, envio, transferência, difusão, compartilhamento, distribuição e difusão) (cf. art. 5º, X, LGPD).

O tratamento de dados pode compreender tarefas como coletar (captar), manipular, armazenar (gravar), copiar, recuperar, apresentar (mostrar) e transmitir (comunicar) dados⁽¹⁰⁾.

(2) GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 41; ESTAVILLO, Juan José Ríos. *Derecho e informática en México: informática jurídica y derecho de la información*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. p. 15.

(3) FOROUZAN, Behrouz A.. *Comunicação de dados e rede de computadores*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006. p. 35-36.

(4) BEAL, Adriana. *Gestão estratégica da informação: como transformar a informação e a tecnologia da informação em fatores de crescimento e de alto desempenho nas organizações*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 12.

(5) MARZAL, Gloria. *Base de datos personales: requisitos para su uso, comentario a la Lortad y normativa complementaria*. Bilbao: Deusto, 1996. p. 19.

(6) UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 24 de outubro de 1995. In: *Jornal Oficial das Comunidades Europeia*. Edição em português. n. 1 (281), 23/11/1995, p. 38, texto adaptado à ortografia brasileira.

(7) DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *Informatica y proteccion de datos personales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 69-70, tradução livre.

(8) LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 203.

(9) MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 290.

(10) MARÇULA, Marcelo e BENINI FILHO, Pio Armando. *Informática: conceitos e aplicações*. 3. ed. São Paulo: Érica, 2008. p. 46.

Coletar é buscar, adquirir e apreender o dado; manipular é conjugar, organizar e transformar o dado; armazenar é guardá-lo de forma organizada; recuperar é trazer de volta o dado organizado e armazenado; mostrar é exibir o dado armazenado e transmitir é o processo de envio e de recebimento de dados pessoais. Basta a realização de qualquer dessas atividades para configurar o tratamento de dados. A mera coleta de dados pessoais, por exemplo, já atrai a incidência da LGPD e de seus institutos.

O tratamento de dados poderá ser automatizado, quando são usados os recursos de informática em qualquer de suas etapas, ou não automatizado, se todas as operações forem feitas física ou mecanicamente por uma pessoa física.

Uma forma particular de tratamento de dados pessoais é a “anonimização” que os torna não identificados nem identificáveis, isto é, “anonimizados”. A LGPD conceitua o dado anonimizado como “o dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (art. 5º III). São agentes (pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado) do tratamento de dados (art. 5º, VI, VII e IX): i) o controlador, que é o responsável pelas decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; e ii) o operador, que é quem realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (ou em seu próprio nome, caso em que será também controlador, isto é, controlador-operador).

2.3. Mineração de dados

A partir da década de 1980, desenvolveu-se como ramo da computação, a mineração de dados (garimpagem, *profiling* ou *datamining*), que consiste na extração de informações de grandes bases de dados de forma mais automatizada possível⁽¹¹⁾. Atualmente, a mineração

de dados é considerada como uma etapa da Descoberta de Conhecimento nas Bases de Dados (*Knowledge Discovery in Databases — KDD*), que é o tratamento informático que busca obter a informação (o conhecimento) mesmo diante de uma sobrecarga (de um excesso) de dados⁽¹²⁾.

Dentre os diversos modelos existentes⁽¹³⁾, as tarefas da Descoberta do Conhecimento podem ser agrupadas nas seguintes fases: i) limpeza e integração de dados, na qual os dados inconsistentes ou impertinentes da base de dados são eliminados e os relevantes são integrados para compor um repertório único (ex. busca-se e consolida-se apenas dados do Sr. Silva); ii) seleção, fase em que os atributos escolhidos pelo usuário são selecionados (ex. seleciona-se dados como foto, idade, sexo, situação financeira e atitudes do Sr. Silva); iii) transformação, em que os dados selecionados são agrupados em um formato que permitam sua análise por algoritmos lógicos e informatizados (ex. os dados selecionados do Sr. Silva passam por um processo que permita seu processamento eletrônico); iv) mineração (propriamente dita), na qual é utilizada programação informática para combinar dados a fim de extrair um padrão desejado (ex. *softwares* que procuram identificar padrões de comportamento do Sr. Silva); v) avaliação, na qual os padrões desejados são identificados (ex. há a classificação dos comportamentos do Sr. Silva); vi) apresentação, em que os resultados obtidos são formatados para apresentar o resultado, o conhecimento obtido (ex. impressão do resultado do tratamento dos dados selecionados do Sr. Silva)

sistemas2012.webnode.com.br/200000095-bf367bfb43/Tecnicas%20de%20Minera%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

(12) CAMILO, Cássio Oliveira; SILVA, João Carlos da. *Mineração de Dados: conceitos, tarefas, métodos e ferramentas*. Goiânia: UFG, 2009. p. 3. Disponível em: <https://rozero.webcindario.com/disciplinas/fbmng/dm/RT-INF_001-09.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

(13) AMO, *op. cit.*, CAMILO e SILVA, *op. cit.*

(11) AMO, Sandra de. Técnicas de mineração. Técnicas de mineração de dados. *Jornada de atualização em Informática*. Uberlândia, UFU, 2004. Disponível em: <<http://files>

A figura a seguir, sintetiza, a partir do exemplo dado, o processo de Descoberta do Conhecimento que se utiliza da mineração de dados:

Figura: Exemplo de mineração de dados
(© Gustavo Chehab)



A mineração de dados (entendida como todo o processo ou como mera etapa de produção de conhecimento informático) traz um desafio em relação aos dados pessoais, pois a partir deles é possível extrair informações, às vezes ocultas, que podem, entre outras coisas, identificar padrões de comportamento⁽¹⁴⁾, traços da personalidade, tendências futuras, inclinações sexuais, filosóficas, religiosas ou políticas, etc.

Danilo Doneda⁽¹⁵⁾ adverte que:

Esta técnica, conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos bem como estendidas a grupos. Nela os dados pessoais são tratados, com auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outros mais, com o fim de obter uma “metainformação”, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida dessa pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro de tendências de futuras decisões, comportamentos e destinos de uma pessoa ou grupo.

(14) MARÇULA; BENINI FILHO, *op. cit.*, p. 198.

(15) DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173.

Portanto, dados, registros sem relevância ou propósito, podem ser objeto de tratamento e mineração. Sendo eles pessoais e/ou sensíveis, as técnicas de inteligência artificial computacional podem até desnudar a pessoa a que se referem, trazendo elementos de sua intimidade e de sua privacidade e, até mesmo, servirem para classificação, diferenciação e discriminação.

Diante da possibilidade de invasão da privacidade a partir do tratamento especialmente informático dos dados pessoais, surgiu-se a necessidade de protegê-los na esfera jurídica.

2.4. PJe-JT como big data

Com o propósito de substituir os antigos autos físicos dos processos judiciais, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) desenvolveu, por delegação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT) para ser o sistema informatizado de processo judicial trabalhista⁽¹⁶⁾, acessível pela rede mundial de computadores (*Internet*).

Em sua arquitetura, o PJe-JT contém o algoritmo e as instruções lógicas, que compõem a programação necessária para seu funcionamento e de suas funcionalidades, com seus códigos fontes de acessos restrito aos programadores autorizados, e a base de dados, constituídas pelos autos eletrônicos dos processos judiciais trabalhistas.

Em cada processo judicial trabalhista, há uma complexa rede de operações destinadas a captar e a processar em tempo quase que real uma grande quantidade de dados e gerar uma enorme quantidade de informações. A coleta de dados compreende desde o cadastro das partes, dos advogados, entre outros — com informações como CPFs e endereços —, até

(16) BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Termo de Acordo de Cooperação Técnica 51/2010*. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=31bc9b7b-4e7b-47ef-8ea8-4fa0347b41ee&groupId=955023>. Acesso em: 19 jun. 2021.

os fatos, as datas, as qualificações e os dados constantes de cada peça processual, desde a petição inicial até a última certidão de extinção da execução. Os dados são processados e disponibilizados quase imediatamente em tarefas, fluxos, funcionalidades, gerando o movimento processual e o encadeamento da próxima operação.

Como sistema informatizado, o PJe-JT enquadra-se na concepção de *big data*, pelo seu acesso a grandes quantidades de dados, de diferentes tipos e qualidades, e que conjuga várias funcionalidades como acesso, coleta, armazenamento e manipulação e com alta velocidade de processamento⁽¹⁷⁾. Um sistema informatizado para ser um *big data* é necessário observar 5 (cinco) vetores⁽¹⁸⁾: a) volume, a enorme quantidade de dados coletados e tratados; b) variedade, os dados são colhidos em vários formatos e fontes, podendo serem estruturados ou não; c) velocidade, são processados quase que simultaneamente; d) veracidade, pela confiabilidade dos dados; e e) valor, pois, quando tratados, passam a ser informações úteis (sobre o processo, uma decisão, etc.).

Um sistema de megadados próprios do *big data* é particularmente suscetível a análise informática por ser capaz de explorar o grande valor agregado digitalmente. Os procedimentos analíticos utilizados sobre um *big data* (*Big data analytics*) são usados para: i) análise descritiva, isto é, filtrar e processar os dados para fins de avaliação (como é o caso da mineração de dados descrita anteriormente); ii) análise preditiva, identificar indicadores de possível causalidade para possibilitar a previsão de eventos futuros, tendências e padrões

de comportamento com certa probabilidade; iii) análise prescritiva com recomendação de ações, utilizando do conhecimento das análises anteriores, alcançar objetivos específicos, como elaboração de estratégias e de táticas, influenciar atitudes e comportamentos, impactar a formação da opinião pública e na realidade social.⁽¹⁹⁾

A utilização analítica de *big data*, como é o caso do PJe-JT, permite, assim, a expansão e uso do conhecimento dos dados armazenados para muito além do que a mera coleta, armazenamento e utilização de dados pessoais (objeto da proteção tradicional de dados pessoais): o uso da inteligência artificial permite a exploração e a utilização dos dados armazenados no *big data* para os mais variados campos e objetivos de aplicação.⁽²⁰⁾

O sistema PJe-JT, por configurar-se um *big data*, está especialmente sujeito ao uso de inteligência artificial para as mais diversas finalidade com risco à exposição da privacidade do titular dos dados pessoais, entre outras violações a direitos fundamentais.

3. Privacidade, proteção a dados pessoais e publicidade processual

O direito à privacidade começou a ser sistematizado no final do século XIX a partir da contribuição de Samuel D. Warren e de Louis D. Brandeis⁽²¹⁾ que se depararam justamente com a busca e com a transmissão de informações de caráter privado. Privacidade compreende o que cada pessoa deseja ocultar do conhecimento público, o que diz respeito a sua vida privada, e intimidade, por outro lado, é tudo que a pessoa “quer deixar apenas

(17) HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 6, n. 2, maio/ago. 2020, p. 443. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/484/507>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

(18) ZOLYNSKI, Célia. Os *big data* e os dados pessoais entre os princípios da proteção e da inovação. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. Brasília, v. 12, n. 1, maio 2020, p. 227.

(19) HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 444-445.

(20) HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 445.

(21) WARREN, Samuel D. & BRANDEIS, Louis D. The Right of Privacy. In: *Harvard Law Review*, Harvard, v. IV, n. 5, 15 dez. 1890, p. 193-220. Disponível em <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 13 jun. 2021.

no seu próprio âmbito pessoal, oculto também de pessoas de seu convívio mais próximo”.⁽²²⁾

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência [...]” (art. 12). Os arts. 11, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) e 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos vedam “ingerências arbitrárias ou abusivas” na vida privada familiar e pessoal do indivíduo. A Constituição da República reconhece os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à proteção ao sigilo de dados (art. 5º, X e XII).

Inclui-se no campo da privacidade, entre outros, a informação de caráter pessoal, o acesso de indivíduos a espaços pessoais e as escolhas pessoais⁽²³⁾. A ordem jurídica resguarda a privacidade de qualquer violação que enseja intromissão, divulgação, publicidade e apropriação indevida⁽²⁴⁾ à esfera privada ou íntima da pessoa natural.

Tradicionalmente, duas teorias destacaram-se para descrever os graus da privacidade: a teoria dos estágios (ou estados) e a teoria dos círculos concêntricos.

Na primeira concepção, a privacidade tem quatro estágios: solidão, intimidade, anonimato e reserva⁽²⁵⁾. A solidão diz respeito ao direito de estar só, isto é, de ter um isolamento

físico na qual não se quer nenhum contato interpessoal⁽²⁶⁾. Na intimidade, a privacidade é compartilhada apenas com algumas pessoas próximas ou familiares. No anonimato, o sujeito procura não ser identificado na rotina do seu dia a dia⁽²⁷⁾ e afasta-se do olhar do público⁽²⁸⁾. Na reserva, procura o indivíduo não revelar coisas de si.

A teoria dos círculos concêntricos, elaborada por Heirinch Hubemann em 1953 e aprimorada por Heirincgh Henkel em 1957, apresenta a privacidade em três círculos (ou camadas) concêntricos, sendo a vida privada em sentido restrito o círculo externo, a intimidade situa-se a nível intermediário e o núcleo é onde está o segredo⁽²⁹⁾.

Todavia, ambas as teorias mostram-se insuficientes para, diante dos novos meios de tecnologia de informação e de comunicação e das novas e sofisticadas formas de ataque à vida privada, descrever os graus da privacidade e, por isso, foi proposta a teoria do mosaico⁽³⁰⁾, por Fulgencio Madrid Conesa⁽³¹⁾ que ensina:

Existem, *a priori*, dados irrelevantes do ponto de vista do direito à privacidade e que, no entanto, conectados com outros, talvez irrelevantes também, podem servir para tornar totalmente transparente a personalidade de um cidadão, como acontece com pequenas pedras que formam os mosaicos, que em si não dizem

(22) SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 101.

(23) ALLEN, Anita L. Genetic privacy: emerging concepts and values, in genetic secrets: protecting privacy and confidentiality in the genetic era. In: ANDREWS, Lori B.; MEHLMAN, Maxwell J.; & ROTHSTEIN, Mark A. *Genetics: ethics, law and policy*. 2ª ed. St. Paul-MN: Thomson West, 2006. p. 742, tradução livre.

(24) PROSSER, William L. Privacy. In: *California Law Review*. v. 48, n. 3, ago. 1960, p. 389.

(25) DE LA CUEVA, 1993, *op. cit.*, p. 30; DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 17, n. 66, abr./jun. 1980, p. 133.

(26) DE LA CUEVA, 1993, *op. cit.*, *loc. cit.*

(27) DOTTI, *op. cit.*, *loc. cit.*

(28) PROSSER, *op. cit.*, p.398.

(29) FROTA, Hidemberg Alves da. A Teoria dos Círculos Concêntricos da Vida Privada. In: *Revista Jurídica Unicoc*, p. 2. Disponível em <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoloD_67.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

(30) MAIA, Luciano Soares. A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 457.

(31) CONESA, Fugencio Madrid. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, 1984. p. 44-45, tradução livre.

nada, mas que unidas formam conjuntos cheios de significados.

Diante dessa possibilidade de invasão da privacidade pela manipulação de dados, a princípio irrelevantes, foram sendo editadas legislações sobre o tratamento dos dados pessoais para assegurarem a vida privada de seus cidadãos, como: Suécia (*Datalag* de 1973), Alemanha (*Bundesdatenschutzgesetz* de 1977), Portugal (art. 35 da Constituição portuguesa e Lei n. 67/1998), Espanha (art. 18, § 4º, da Constituição espanhola e a Lei Orgânica de Regulação do Tratamento Automatizado dos Dados de Caráter Pessoal de 1992), México (*Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares* de 2010), Argentina (art. 43 da Constituição e *Ley* 25.326/2000), Uruguai (*Ley* n. 18.331/2008) e União Europeia⁽³²⁾ (antes com Diretiva 95/46 e, atualmente, Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Regulamento UE 2016/679). O Brasil só em 2018 editou a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), com um largo período de *vacatio legis*.

3.1. Autodeterminação informativa

O chamado direito à autodeterminação informativa (*informationelleselbstbestimmung*) foi reconhecido pela primeira vez na Alemanha em 15 de dezembro de 1983, a partir de decisão de sua Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), que declarou a inconstitucionalidade da Lei do Censo (*volkszählungsurteil*)⁽³³⁾ por obrigar os cidadãos da então Alemanha Ocidental a responder a questionários com informações pessoais e

(32) CHEHAB, Gustavo Carvalho. *A privacidade ameaçada de morte: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática*. São Paulo: LTr, 2015. p. 63-65.

(33) VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007. p. 299.

que poderiam ser tratados. Entendeu aquela Corte⁽³⁴⁾:

1. Sob as condições modernas do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra a coleta irrestrita, armazenamento, utilização e circulação de seus dados pessoais é prevista pelos direitos gerais da personalidade, art. 2º, n. 1, conjugado com o art. 1º, n. 1, da Lei Fundamental da Alemanha (*Grundgesetz*). Este direito fundamental autoriza a cada pessoa a determinar sobre a circulação e a utilização dos seus dados pessoais.

2. Uma limitação desse direito a “autodeterminação informativa” somente será permitida no caso de prevalência do interesse público.

Em 2000, a União Europeia⁽³⁵⁾ reconheceu, em sua Carta de Direitos Fundamentais, o direito fundamental à proteção de dados, segundo a qual “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito” (art. 8º).

A autodeterminação informativa ou a proteção de dados pessoais⁽³⁶⁾ nasce como um direito fundamental erigido para a proteção da personalidade, em especial a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem⁽³⁷⁾, com uma dimensão de defesa consistente na “liberdade de controlar a utilização das informações que

(34) ALEMANHA. *Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*. Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur auf der Grundlage eines Gesetzes, das auch dem Datenschutz Rechnung trägt (Volkszählungsurteil) (BVerfG). Disponível em: <http://www.bfdi.bund.de/DE/GesetzeUndRechtsprechung/Rechtsprechung/BDSGDatenschutzAllgemein/Artikel/151283_VolkszaehlungsUrteil.html?jsessionid=28FC7B50A-880972DCCFD1EA0CD0D04A0.1_cid136?nn=1236576>. Acesso em: 4 maio 2021, tradução livre.

(35) UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 7 dez. 2000. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Edição em português. n. C 364, 18 dez. 2000. p. 10.

(36) Para alguns existem diferenças entre autodeterminação informativa e proteção de dados pessoais. A primeira privilegia a autonomia do titular (dimensão positiva) e a última o aspecto defensivo (prestação negativa),

(37) GAMARRA, Adriana Raquel M. La protección de datos personales como núcleo del derecho fundamental a la autodeterminación informativa: una mirada desde el derecho español y europeo. In: PARAGUAI. Corte Suprema de Justicia. *Protección de datos personales*. Assunção: CSJ, 2010. p. 48-49 e 52.

lhe respeitem (desde que sejam pessoais), e na proteção perante agressões derivadas do uso dessas informações”⁽³⁸⁾, especialmente pela Informática.

Pablo Lucas Murillo de la Cueva⁽³⁹⁾ afirma que a autodeterminação informativa é um direito fundamental da pessoa que, no plano substantivo, corresponde à garantia do *habeas data*⁽⁴⁰⁾ e que:

pretende satisfazer a necessidade sentida pelas pessoas nas condições atuais da vida social, de preservar sua identidade controlando a revelação e o uso dos dados que lhes diga respeito e protegendo-se frente à ilimitada capacidade de arquivá-los, relacioná-los e transmiti-los própria da informática e dos perigos que isso traz.

Muito se discutiu se, no Brasil, haveria um direito fundamental à autodeterminação informativa⁽⁴¹⁾ em face da tutela da personalidade, do sigilo de dados e da garantia de *habeas data* (art. 5º, X, XII, LXIX, LXXII e LXXVII, da Constituição da República). O Supremo Tribunal Federal⁽⁴²⁾, por ocasião do julgamento do RE n. 418.416/SC, não reconheceu a existência de tal direito fundamental.

Apesar da discussão do *status* constitucional do direito à autodeterminação informativa,

(38) CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. Coimbra, p. 11. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_dir-eito/CatarinaCastro.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

(39) DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 158.

(40) *Ibidem*, p. 174, tradução livre.

(41) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.867/PA. 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe de 19.9.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 389.808/PR. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe de 9.5.2011; DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joaçaba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2011, p. 91-108.

(42) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 418.416/SC*. Plenário. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU de 19.12.2006.

a LGPD expressamente reconheceu-o, como fundamento da proteção de dados pessoais (art. 2º, II).

O direito à autodeterminação informativa compreende: a) o consentimento pelo titular para o uso do seu dado pessoal; b) o reconhecimento que o tratamento é uma faculdade; c) o conhecimento sobre onde são armazenados esses dados; d) os direitos de acesso ao titular para retificá-los ou cancelá-los; e) a oposição ao tratamento indevido; f) a não ser objeto de decisões fundadas apenas em tratamento automatizado de dados pessoais dirigido a avaliar a própria personalidade do titular⁽⁴³⁾.

3.2. Publicidade processual versus proteção de dados pessoais do PJE

O processo do trabalho rege, entre seus princípios, o da publicidade (art. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição e 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos), segundo a qual os atos processuais, como regra, devem ser públicos, sendo o sigilo sua exceção.

A publicidade dos atos processuais foi uma das conquistas da Revolução Francesa e permite o controle da Justiça pela população: a publicidade é o mais preciso meio de fiscalização popular sobre juízes, defensores e seus atos.⁽⁴⁴⁾ Trata-se de uma reação aos juízos secretos e inquisitivos que ocorriam antes da Modernidade, de modo que a publicidade situa-se entre as maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz.⁽⁴⁵⁾

A publicidade dos atos processuais permite o exercício de outro direito fundamental, a do direito à informação.

(43) DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de los datos personales*. *Azpilcueta: Cuadernos de Derecho*, Donostia, n. 20, 2008, p. 49.

(44) PORTANOVA, Rui. *Princípios de Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 169.

(45) CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74.

O livre acesso à informação, “oxigênio da democracia”⁽⁴⁶⁾, é elemento chave da liberdade de expressão e necessário para a proteção de todos os outros direitos humanos fundamentais⁽⁴⁷⁾ e compreende o “exercício da capacidade de receber (decodificar, vir a saber, descobrir, investigar, demandar, recuperar, ou colocar no domínio público) mensagens de qualquer natureza”⁽⁴⁸⁾. Por isso, a publicidade dos atos processuais é um valor caro em um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal permite a restrição legal da publicidade dos atos processuais quando “a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX,) e desde que a preservação da “intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (art. 93, IX).

No caso da proteção à privacidade em face dos dados pessoais, a LGPD permite o tratamento de dados pessoais e sensíveis para o regular exercício de direitos em processo judicial (art. 7º, VI, e 11, II, “d”). Todavia, a publicidade e o livre acesso à informação por terceiros sobre dados pessoais já constituem, em si, uma das etapas objeto de proteção da LGPD. Tais dados, constantes da *big data* do PJe-JT, podem trazer muito mais informações sobre seus titulares quando extraídos e submetidos a tratamento por programas de inteligência artificial em seus mais diversos fins.

Incumbe ao Poder Judiciário trabalhista (como também a outros ramos da Justiça), harmonizar a publicidade com a proteção

dos dados pessoais, já que, ainda que seja dispensado o consentimento para sua coleta, permanecem íntegros os demais princípios da LGPD.

Uma forma de compatibilizar a publicidade e a proteção de dados é: i) a anonimização, pela desvinculação do dado com a identidade (ou com a possível identificação) do titular; ii) o sigilo, das peças processuais que contenham apenas informações sensíveis, pessoais ou resguardadas por segredo (legal, industrial, bancário, fiscal etc.), inviabilizando qualquer etapa de tratamento por terceiros; iii) o controle, a fim de restringir ou de evitar programas automatizados (robôs) de coleta, de reprodução ou de manipulação dos dados ou das peças processuais; iv) a política de segurança da informação, que assegure a integridade e a inviolabilidade da base de dados do PJe; v) novas funcionalidades, que possam permitir acesso, transparência, veracidade e controle dos dados pessoais pelo seu titular.

4. O PJe-JT à luz dos princípios da proteção de dados

A LGPD enumera diversos princípios de proteção em face do tratamento dos dados pessoais, com densidade normativa, e que servem para a aderência do PJe-JT a essa lei.

a) **consentimento** (art. 7º, I, e 8º, da LGPD)

O consentimento — princípio por boa parte da doutrina e requisito pela LGPD — dispõe que, como regra geral, os dados pessoais somente podem ser fornecidos com o consentimento do seu titular por escrito ou por outro meio que demonstre sua manifestação de vontade (art. 8º, *caput*). O consentimento não pode ser genérico ou abstrato e deve estar dirigido a uma finalidade específica (e clara), sob pena de nulidade da autorização genérica (art. 8º, § 4º).

É dispensado o consentimento do titular do dado nas hipóteses do art. 7º, II a X e §§ 3º e 4º, da LGPD, como, por exemplo: i) para o cumprimento de obrigação legal (inc. II), como

(46) ARTICLE 19. *The public's right to know: principles on freedom of information legislation*. London: Article 19, 1999, p. 1. Disponível em: <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

(47) COLIVER, Sandra. The right to information necessary for reproductive health and choice under international Law. *The American University Law Review*, Washington, v. 44, n. 4, 1995, p. 1.277-1.278.

(48) PASQUALI, Antonio. Um breve glossário descritivo sobre comunicação e informação. In: MELO, J. Marques de; SATHLER, L. *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo: Unesp, 2005. p. 37.

acontece na qualificação e na identificação (mediante fornecimento de dados pessoais) das partes (art. 319, I e II, NCPC) e das testemunhas (art. 457 do NCPC); ii) para o exercício regular de direitos em processo judicial (inc. VI), como na constrição de valores em instituições financeiras na execução forçada (ou no cumprimento de sentença, no caso do processo civil) para satisfação do crédito líquido, certo e exigível de título judicial ou extrajudicial (arts. 831 e 835, I, NCPC e 10 e 11, I, da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)); iii) para atender, quando necessário, aos interesses legítimos do controlador (no caso do PJe, o Judiciário) (inc IX), como no caso de credenciamento e de cadastro de partes e de outros intervenientes no PJe (arts. 7 da Resolução n. 185/2013 do CNJ e 5ª da Resolução n. 185/2017 do CSJT); iv) no caso de acesso público, quando presentes a finalidade, a boa-fé e o interesse público (§ 3º), como no caso de divulgação de notícias sobre decisões de relevância social, jurídica ou acadêmica (art. 4º, “a” e “b”, LGPD); v) quando o próprio titular tornou público o dado (§ 4º), como em uma foto publicado por parte ou testemunha em uma rede social aberta.

Mesmo sendo dispensado o consentimento, os demais princípios e institutos de tratamento de dados pessoais devem ser observados (art. 7º, § 6º, LGPD). Logo, os dados pessoais colhidos em processos judiciais, ainda que sem a necessidade do consentimento de qualquer das partes litigantes, estarão sujeitos aos demais princípios e regras elencados na LGPD.

Nas situações em que é obrigatório o consentimento, a LGPD adota o princípio da aptidão da prova, segundo a qual deve provar aquele que detém os meios hábeis para tal, e, por isso, estabelece o ônus da prova desse consentimento ao controlador do dado (art. 8º, § 2º). No caso de um processo judicial trabalhista, havendo permissão do titular para o acesso direto (exibição ou juntada) pelo magistrado (ou por outro interveniente) a dados pessoais

armazenados em meios informáticos (como mensagens, conversas, arquivos, ligações, localizações geográficas, e-mails), sem necessidade de quebra de sigilo legal, deverá ser feito o registro (ainda que em ata) dessa autorização atrelada à finalidade objeto da exibição, pois: i) poderá ensejar a invalidação da prova por vício de consentimento (art. 8º, § 3º); ii) incumbirá ao Estado (ao órgão judiciário), em caso de questionamento, na qualidade de controlador (que acessou ou que permitiu o acesso), o encargo de demonstrá-la (art. 8º, § 2º). É aconselhável, nesse caso haver termo de consentimento específico ou por outro meio.

b) **finalidade** (art. 6º, I, da LGPD)

O princípio da finalidade reza que o dado pessoal não deve ser utilizado para finalidade distinta daquela da qual foi coletado. O comando da LGPD é ainda mais contundente, pois vincula o tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, reforçando a ideia que não pode haver uso para fins escusos, indeterminados, implícitos ou não conhecidos pelo titular.

O tratamento do dado pessoal ficará limitado à finalidade expressa e determinada pela qual se destina (conforme o consentimento específico ou a autorização legal que o dispensa), sendo vedado seu uso para qualquer outro fim. Por exemplo, um CPF de testemunha (ou outros documentos pessoais e/ou sensíveis) só pode ser usado para identificá-la naquele processo, não podendo ser gravado, copiado, transmitido ou usado para qualquer outra coisa.

Todavia, se a finalidade da coleta do dado pessoal é fazer prova judicial é possível sua utilização para o mesmo fim, ainda que em processo distinto, como prova emprestada (art. 372 do NCPC c/c art. 7º, VI, LGPD), salvo, porém, se for dado sensível (como atestado ou relatório médico), especialmente resguardado de proteção legal. Nesse caso, o princípio, o dado sensível somente poderia ser utilizado,

sem necessidade de novo consentimento específico do titular, em outro feito envolvendo as mesmas partes, ainda que em foro ou em juízo distinto (ex. um atestado médico juntado na Reclamação Trabalhista poderia ser acostado na Ação Rescisória).

c) **adequação** (art. 6º, II, da LGPD)

Pelo princípio da adequação, “os dados devem ser adequados e não excessivos em relação ao âmbito e finalidades para os quais se destinam”⁽⁴⁹⁾, isto é, deve haver uma compatibilidade, uma proporcionalidade, uma correspondência razoável, entre o dado pessoal ou sensível e a finalidade do tratamento a ser feito (idoneidade dos dados)⁽⁵⁰⁾. Com a adequação, é possível aferir a necessidade do dado pessoal para o objetivo do tratamento. Deve haver pertinência entre o dado pessoal e o tratamento (e sua finalidade) que quer se realizar. Será abusivo, por inobservância da adequação, tratar (coletar, manipular, armazenar, copiar ou transmitir) um dado pessoal se ele não serve para a finalidade pretendida. Nesse caso, o dado é inidôneo para o fim a que se destina.

Há diversas situações no processo laboral que são coletados dados pessoais desnecessários à solução do litígio ou ao andamento do feito. Não parece, por exemplo, ser adequado questionar o estado civil da testemunha quando de sua qualificação, pois isso não interfere na sua identidade como pessoa, não confere peso na valoração do seu depoimento e pode causar constrangimentos para a testemunha que possui relacionamento não oficializado ou não convencional. Nesse exemplo, a coleta desse dado não se mostra adequada ao fim pretendido, de identificação da testemunha, apesar de não trazer nenhuma consequência processual relevante, ainda que indevida à luz da LGPD.

(49) MARZAL, *op. cit.*, p. 29, tradução livre.

(50) DE LA CUEVA, 1993, *op. cit.*, p. 66.

d) **necessidade** (art. 6º, III, LGPD)

O princípio da necessidade decorre diretamente da adequação. Se deve haver uma compatibilidade entre o dado e a finalidade do tratamento, como dispõe o princípio da adequação, então o tratamento do dado, segundo o princípio da necessidade, deve ater-se ao mínimo necessário para que a sua finalidade seja alcançada. Como consequência tem-se que: i) somente os dados que forem necessários ao tratamento a que se destina é que devem ser utilizados; ii) referido tratamento devem utilizar os dados na proporção, isto é, na medida em que forem necessários para alcançar o fim do tratamento; iii) não se pode utilizar os dados além do necessário para o tratamento almejado.

No processo judicial trabalhista, somente devem ser colhidos o mínimo de dados pessoais necessários para o deslinde da controvérsia ou para a tramitação da demanda judicial e esses somente devem ser utilizados na medida necessária para tais fins. Por isso, indagações sobre aspectos pessoais de partes ou de testemunhas para satisfazer curiosidade do questionador, além de serem processualmente impertinentes, também não são necessários sob o ponto de vista da LGPD. Além disso, acontecem a extração, a cópia e a transmissão, em redes sociais, de informações pessoais ou sensíveis contidas em processos judiciais, o que caracteriza um tratamento além do necessário para o fim processual da qual as informações foram coletadas.

e) **boa-fé e lealdade** (art. 6º, *caput*, LGPD)

O princípio da boa-fé e da lealdade impõe ao controlador o dever de tratamento do dado pessoal em conformidade com a finalidade para o qual foi colhido e, caso deseje dar outro fim, o de buscar o consentimento específico do seu titular.

A boa-fé é “um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e

lealdade”⁽⁵¹⁾. No plano objetivo, agir do boa-fé é orientar a conduta com correção, com honestidade e com respeito à confiança depositada. Será ilícito o ato se for praticado com excesso manifesto aos limites impostos pela boa-fé (art. 187 do Código Civil).

A boa-fé e a lealdade são valores éticos, princípios gerais de direito, que exercem diversas funções, como a de balizar para interpretar os negócios jurídicos (art. 113 do Código Civil) e para limitar o exercício de um direito contra excessos (art. 187 do Código Civil). Em relação aos dados pessoais, a boa-fé impõe o dever ético ao controlador de agir com correção, com honestidade, com confiança e com lealdade e de abster-se de ultrapassar os limites impostos por esses valores.

Todos os sujeitos da relação jurídica processual e seus representantes judiciais têm o dever de agir com boa-fé e com lealdade em relação aos dados pessoais e sensíveis constantes do processo judicial a que, em razão do ofício ou da intervenção no feito, tiverem acesso. Partes e advogados devem ter acesso às provas e aos documentos constantes dos autos, a fim de evitar cerceamento de defesa. Servidores e magistrados vinculados ao feito precisam acessar os autos para, respectivamente, movimentá-lo ou decidir.

Todavia, pela publicidade dos atos processuais, não há como o Poder Judiciário simplesmente impedir ou restringir o acesso, a reprodução, o armazenamento e a transmissão ao terceiro que acessar um processo judicial. Muitos documentos com dados pessoais (como atas com dados de testemunhas ou bancários para depósito de valores; cópias de documentos pessoais; atestados e exames médicos, etc.) não são colocados em sigilo nem anonimizados e, na prática, podem ser

objeto de tratamento por terceiros à relação processual. Não existe uma opção, no PJe, para que documentos ou dados pessoais tenham a visualização restrita (não seja acessíveis ou fiquem ilegíveis, inclusive por tarjas). Também não está disponível para os usuários, até o momento, funcionalidade que permita identificar o tratamento de cada documento com dados pessoais por terceiro. É verdade que a boa-fé é um princípio geral de direito e um valor ético que transcende os sujeitos do processo e alcança a todos, inclusive os terceiros que utilizam um serviço público de Justiça.

f) **livre acesso** (art. 6º, IV, LGPD)

O princípio do livre acesso garante ao titular do dado pessoal a consulta, gratuita e facilitada, sobre a forma e a duração do tratamento sobre a integralidade de seus dados pessoais. Acesso é o “exercício da capacidade de receber (decodificar, vir a saber, descobrir, investigar, demandar, recuperar, ou colocar no domínio público) mensagens de qualquer natureza”⁽⁵²⁾. O livre acesso dá ao titular do dado receber todas essas informações armazenadas, podendo; inclusive extrair cópias⁽⁵³⁾.

No processo judicial trabalhista, não há, hoje, como o titular ter acesso a todos os seus dados pessoais constantes na base de dados de todos os processos eletrônicos daquele Tribunal, tal como dispõe a lei. Não há referências, links, cadastros, índices que identifiquem cada dado pessoal coletado diariamente nos processos trabalhistas, salvo os que foram objeto do cadastro no PJe. Se o titular do dado pessoal não consegue acessá-lo totalmente dificilmente saberá se ele está correto, é utilizado de forma adequada e necessária, segundo sua finalidade e em respeito à boa-fé.

g) **transparência** (art. 7º, VI, da LGPD)

Como repercussão do livre acesso e da boa-fé está o princípio da transparência, segundo o qual o titular do dado pessoal tem a

(51) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 24.

(52) PASQUALI, *op. cit.*, p. 37.

(53) DONEDA, *op. cit.*, 2006, p. 217.

garantia de ter informações detalhadas sobre o tratamento que se pretende fazer com seus dados⁽⁵⁴⁾, de forma clara, precisa e facilmente acessíveis, e que também inclui os responsáveis pelo tratamento. A LGPD, porém, estabeleceu que a transparência deve observar os segredos comercial e industrial.

Na Europa⁽⁵⁵⁾, o art. 10 da antiga Diretiva n. 95/46 estabelece que o responsável pelo recolhimento e pelo tratamento dos dados deve fornecer ao titular do dado pessoal: a) a identidade de quem realiza o tratamento do dado e de seu representante; b) a finalidade a que se destina o tratamento; e c) o destinatário ou a categoria de destinatários a quem se dirige o dado.

Lamentavelmente, o PJe-JT não possui e não permite esse controle na forma estabelecida na LGPD. Tecnicamente, é possível identificar cada ação (sua data e hora) que determinado usuário praticou a partir de seu ingresso no PJe, isto é, extrair dados sobre os processos que acessou, os documentos que visualizou, as peças que protocolizou. Em versões antigas do PJe, havia funcionalidade que permitia aos administradores extrair dados primários de cada processo e/ou usuário. Porém, tal facilidade não está disponível hoje ao titular do dado pessoal coletado pelo PJe. Além disso, não há como saber qual a destinação que, por exemplo, determinado usuário conferiu a certa peça processual que baixou do PJe.

Portanto, é possível o tratamento não transparente de dados pessoais constantes do PJe-JT.

h) **veracidade** (art. 7º, V, da LGPD)

Pelo princípio da veracidade, compreendido na LGPD como “qualidade dos dados”, os dados pessoais, objetos do tratamento, devem ser verdadeiros, fiéis à realidade, isto é, devem

expressar a situação real, devem estar atualizados e possuírem exatidão. Como a LGPD fala em qualidade são enumerados ainda os atributos de clareza e de relevância aos dados pessoais.

A LGPD vincula todas essas características ao cumprimento da finalidade do tratamento e com a necessidade. Tal redação poderia dar a entender que seria admissível o uso de dados inexatos, desatualizados, dúbios e não relevantes quando presente à necessidade em face do cumprimento da finalidade. Todavia, a própria LGPD assegura ao titular o direito de correção de dados incompletos, inexatos e desatualizados (art. 18, III).

A exatidão, a clareza, a relevância e a atualização do dado têm como objetivos evitar tratamentos equivocados, inferências ou juízos falsos, imprecisos, desatualizados ou distorcidos, que poderiam levar a uma má interpretação, uma má utilização do dado pessoal, uma compreensão inverídica ou, pior, uma pré-qualificação ou um pré-conceito (isto é, um preconceito) acerca de seu titular. Dados inexatos ou desatualizados podem levar a erros, servir para discriminação, para lesão à honra, entre outros danos, ou trazer outros prejuízos ao titular⁽⁵⁶⁾.

Como fruto da dialética estabelecida no processo trabalhista entre as partes, é comum haver fatos, alegações e situações não comprovadas, inverídicas, imprecisas, irrelevantes, dúbias, desatualizadas ou, pelo menos, não acolhidas pela decisão judicial prolatada. Tais informações, se coletadas e tratadas podem levar a grandes danos à personalidade de seu titular.

i) **segurança** (art. 7º, VII, da LGPD)

O princípio da segurança prevê que “os dados devem ser protegidos contra os riscos de seu extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado”⁽⁵⁷⁾. Tal

(54) VIEIRA, *op. cit.*, p. 285.

(55) UNIÃO EUROPEIA, Directiva n. 95/46/CE, 1995, *op. cit.*, art. 10, p. 41.

(56) VIEIRA, *op. cit.*, p. 288.

(57) DONEDA, *op. cit.*, 2006, p. 217.

segurança deve ser física e lógica, contra parcial ou total destruição, perda ou alteração, por ato accidental ou por ato ilícito, e compreende, ainda, o acesso, a invasão, a transmissão e a divulgação por terceiro não autorizado.

O princípio da segurança decorre do dever de depósito (arts. 627 a 646 do Código Civil). Por esse princípio, o responsável pelo armazenamento ou por qualquer outra etapa do tratamento de dados pessoais tem o dever de adotar as medidas técnicas e administrativas necessárias para proteger as informações que lhe foram confiadas, “protegendo-as do acesso não autorizado (comprometimento do sigilo), da alteração (comprometimento da integridade) e da destruição (comprometimento da disponibilidade), além da exploração de outras vulnerabilidades”⁽⁵⁸⁾.

No âmbito do Poder Judiciário, o CNJ tem editado diversas normas sobre a segurança da informação. A recente Resolução n. 370/2021 prevê que cada órgão do Judiciário, salvo o STF, defina a Política de Segurança da Informação (PSI), tenha um comitê gestor de segurança da informação, elabore um plano de gestão de continuidade de negócios ou serviços com estratégias e planos de ação que garanta o funcionamento dos serviços essenciais quando na ocorrência de falhas (como no caso de ataques *hackers*) e um plano de gestão de riscos em tecnologia da informação e constitua um comitê gestor para tratar da LGPD (arts. 36 a 41).

No Plano Estratégico de Tecnologia da Informação e Comunicação da Justiça do Trabalho (Petic-JT) vigente a partir de 2020, aprovado pela Resolução n. 257/2020 do CSJT, e que tem a missão de manter os serviços e soluções de informática, estabelece indicadores para avaliação da segurança da informação. Dentre outras normas do CSJT, a própria disciplina do PJe-JT imputa aos comitês gestores regionais do PJe fazerem auditorias sobre a

integridade, a segurança e adequação da infraestrutura desse sistema processual (art. 44, IV, Resol. n. 185/2017-CSJT).

Ataques *hackers* têm sido feito nos últimos tempos contra diversos tribunais do país, como o STF, em maio de 2021 (quando o seu site ficou fora do ar); o STJ, em novembro de 2020 (quando o acervo processual foi criptografado inviabilizando seu acesso por dias); e tribunais de 2ª instância, como o TJPA e o TJRS, em novembro de 2020, e o TRT 20, em agosto de 2020. Isso parece indicar que há muito para evoluir no princípio da segurança em relação aos dados pessoais armazenados na *big data* que é o PJe-JT.

j) **prevenção** (art. 7º, VIII, LGPD)

A LGPD apresenta, ainda, o princípio da prevenção que estabelece a “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais” (art. 7º, VIII). A prevenção está ligada com a segurança e a LGPD, ao elevar como princípio próprio, revela a importância das medidas preventivas contra qualquer tratamento indevido de dados pessoais. Quem se dispõe a tratar dados, tem o dever de adotar e de assegurar os meios para que não haja abuso, desvio ou práticas ilícitas no tratamento deles.

Esse dever impõe ao Tribunal de cada região a adoção de medidas prévias de proteção dos dados pessoais das bases de dados dos processos judiciais (e também administrativos) que estão sob sua administração, inclusive referente à aquisição e à operação de *softwares* e de filtros contra ataques invasivos e extração por robôs de cópias indiscriminadas e sistêmicas do banco de dados destinadas a acessar todos os dados contidos nos processos em cursos naquele sistema.

A Portaria n. 292/2020 e a Resolução n. 361/2020 ambas do CNJ impõem aos órgãos do Poder Judiciário, salvo o STF, a adoção de Protocolo de Prevenção a Incidentes Cibernéticos (PPICiber/PJ) que contemplará um conjunto de diretrizes para a prevenção a

(58) VIEIRA, *op. cit.*, p. 294.

incidentes cibernéticos em seu mais alto nível, que deve ser objeto de contínua reavaliação.

Os citados ataques *hackers* revelam que há muito, ainda, a ser feito em termos de prevenção. Além disso, o livre acesso a dados pessoais da base de dados do PJe-JT, sem que esses sejam anonimizados, abre uma grande possibilidade para os mais diversos tipos de tratamento, inclusive por meio de inteligência artificial, inviabilizando, na prática, a adoção de quaisquer medidas preventivas a manipulações futuras e imprevisíveis e a danos ao titular dos dados a serem processados.

l) **não discriminação** (art. 7º, IX, LGPD)

A proteção jurídica dos dados pessoais, fundados na preservação da privacidade, tem especial preocupação que o tratamento informático pode ocasionar discriminação. Os dados sensíveis, pela sua própria definição, são particularmente propensos a serem utilizados para discriminar e, portanto, são especialmente destinatários dessa proteção.

A não-discriminação, antes de ser um princípio tal como elencado na LGPD, é objetivo fundante da proteção de dados. O princípio da não discriminação estabelece a “impossibilidade de realização do tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”. (art. 7º, IX). Discriminação pode ser compreendida como a conduta pela qual se nega a alguém um tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ele vivenciada em decorrência de critério injustamente desqualificante⁽⁵⁹⁾. Os dados sensíveis contêm aspectos que podem ser objeto de tratamento para fins discriminatórios.

O processo eletrônico é uma rica fonte de dados sensíveis, como os constantes em ficha de empregados; atestados ocupacionais e exames médicos; fotos e sobrenomes indicativos de etnia, cor, opções sexuais, etc; punições

disciplinares; relatos constrangedores. Normalmente, não há um óbice informático que dificulte o acesso e o processamento de tais informações.

m) **responsabilização e prestação de contas** (art. 7º, X, LGPD)

Tecnicamente, a responsabilização e a prestação de contas não é um princípio de tratamento de dados, mas um dever de quem detém o depósito da algo (do dado pessoal) que não lhe pertence. Segundo a LGPD, que elenca como princípio, a prestação de contas compreende a “demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas” (art. 7º, X).

Aquele que não tem zelo com o dado objeto da coleta ou do tratamento responde pela culpa *in vigilando*, nos termos do art. 186 do Código Civil. O descuido é uma quebra da confiança decorrente da boa-fé e da lealdade.

A falta de controle efetivo de acesso e de tratamento de dados pessoais e sensíveis nos autos armazenados na *big data* do PJe, não permite a responsabilização e/ou a prestação de contas por aqueles que acessaram e utilizaram indevidamente tais dados. A própria Justiça do Trabalho não tem como prestar contas sobre quem e como utilizou os dados pessoais do PJe, sejam partes, sejam terceiros. O tratamento indevido dos dados do processo, porém, pode ensejar a responsabilização do órgão da Justiça do Trabalho (e de seus agentes) nos mais diversos níveis, seja pela a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (art. 31, LGPD), seja a nível cível (mediante ação de indenização, art. 37, § 6º, Constituição).

n) **provisoriidade**

Ainda que não enumerado expressamente como princípio na LGPD, é possível perceber de seus art. 15 e 16 a intenção do legislador brasileiro — tal qual aparece em outros diplomas estrangeiros — em limitar, no tempo, o

(59) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 767.

tratamento dos dados pessoais e não eternizá-los. O tratamento dos dados finda quando sua finalidade foi alcançada, os dados tornaram desnecessários ou impertinentes, ao término do período de tratamento, por comunicação do titular (ressalvado o interesse público) ou quando houver determinação da autoridade nacional de proteção dos dados (art. 15, LGPD).

A intenção desse princípio é evitar que o dado pessoal seja armazenado e utilizado para muito além do necessário uma vez que os sistemas de informática são capazes de guardar indefinidamente muitos dados. A própria Internet foi concebida para preservar a integridade dos dados, por meio de sua replicação nos diversos nós da rede mundial de computadores. Faz-se necessário assegurar medidas para impedir a perpetuação da exposição da vida pessoal.⁽⁶⁰⁾

Os dados dos processos judiciais eletrônicos do PJe-JT estão disponibilizados na Internet, podendo ser replicados, impressos, copiados, dificultando sua utilização em um tempo determinado. Além disso, o PJe-JT atualmente não tem funcionalidade que permita a eliminação dos autos eletrônicos. Aliás, sequer há normativa prevendo tal destruição. Se o próprio titular do dado requerer sua destruição (eliminação ou cancelamento), não há, hoje, como atendê-lo, ao arrepio do art. 18, III, IV e VI, da LGPD, entre outros dispositivos.

5. Conclusão

O Processo Judicial eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT) tal como foi concebido e está formulado está longe de atender aos objetivos, disciplinas e princípios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Sua base de dados está particularmente exposta a diversas etapas do tratamento de dados, permitindo que os dados pessoais e sensíveis nele inseridos sejam coletados e processados por qualquer pessoa, robô ou

programa de inteligência artificial. Além disso, ataques recentes revelam falhas na segurança e na prevenção contra o tratamento indevido.

O direito à autodeterminação informática, seja ele fundamental ou não, e os direitos previstos na LGPD não podem ser exercidos em sua totalidade pelo detentor do dado pessoal e sensível coletado no PJe-JT, que está sujeito a ter sua privacidade e intimidade violada, bem como ter outros direitos fundamentais afetados.

A publicidade dos atos processuais deve ser compatibilizada e harmonizada com a proteção de dados pessoais e sensíveis. Nesse campo, podem ser úteis medidas de anonimização das informações identificadas e identificáveis, sigilo de peças processuais, controle de uso de programas automatizados por usuários externos, políticas eficazes de segurança da informação e funcionalidades novas que permitam acesso, transparência, veracidade e controle dos dados pessoais por seu titular.

É preciso, portanto, adequar o PJe-JT às diretrizes da LGPD.

6. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor. In MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ALEMANHA. *Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit. Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur auf der Grundlage eines Gesetzes, das auch dem Datenschutz Rechnung trägt (Volkszählungsurteil) (BVerfG)*. Disponível em: <http://www.bfdi.bund.de/DE/GesetzeUndRechtsprechung/Rechtsprechung/BDSGDatenschutzAllgemein/Artikel/151283_VolkszaehlungenUrteil.html;jsessionid=28FC7B50A880972DCCFD1EA0CD-0D04A0.1_cid136?nn=1236576>. Acesso em: 4 maio 2021.

ALLEN, Anita L.. Genetic privacy: emerging concepts and values, in genetic secrets: protecting privacy and confidentiality in the genetic era. In:

(60) DE LA CUEVA, 1993, *op. cit.*, p. 69.

ANDREWS, Lori B.; MEHLMAN, Maxwell J.; & ROTHSTEIN, Mark A. *Genetics: ethics, law and policy*. 2th ed. St. Paul-MN: Thomson West, 2006.

AMO, Sandra de. Técnicas de mineração. Técnicas de mineração de dados. *Jornada de atualização em Informática*. Uberlândia, UFU, 2004. Disponível em: <<http://files.sistemas2012.webnode.com.br/200000095-bf367bfb43/Tecnicas%20de%20Minera%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.

ARTICLE 19. *The public's right to know: principles on freedom of information legislation*. London: Article 19, 1999. Disponível em: <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BEAL, Adriana. *Gestão estratégica da informação: como transformar a informação e a tecnologia da informação em fatores de crescimento e de alto desempenho nas organizações*. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Termo de Acordo de Cooperação Técnica 51/2010*. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=31bc9b7b-4e7b-47ef-8ea8-4fa0347b41ee&groupId=955023>. Acesso em: 19 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 418.416/SC*. Plenário. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU de 19.12.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 389.808/PR*. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe de 9.5.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 91.867/PA*. 2^a Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe de 19.9.2012.

CAMILO, Cássio Oliveira; SILVA, João Carlos da. *Mineração de Dados: conceitos, tarefas, métodos e ferramentas*. Goiânia: UFG, 2009. Disponível em: <https://rozero.webcindario.com/disciplinas/fbmg/dm/RT-INF_001-09.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. Coimbra. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. *A privacidade ameaçada de morte: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática*. São Paulo: LTr, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COLIVER, Sandra. The right to information necessary for reproductive health and choice under international law. *The American University Law Review*, Washington, v. 44, n. 4, 1995.

CONESA, Fugencio Madrid. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, 1984.

DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. *Informatica y proteccion de datos personales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de los datos personales. *Azpilcueta: Cuadernos de Derecho*. Donostia, n. 20, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 17, n. 66, abr./jun. 1980.

ESTAVILLO, Juan José Ríos. *Derecho e informática en México: informática jurídica y derecho de la información*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

FOUROZAN, Behrouz A.. *Comunicação de dados e rede de computadores*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

FROTA, Hidemberg Alves da. A Teoria dos Círculos Concêntricos da Vida Privada. In: *Revista Jurídica Unicoc*. Disponível em <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_67.pdf>. Acesso em 23 jun. 2021.

GAMARRA, Adriana Raquel M. La protección de datos personales como núcleo del derecho fundamental a la autodeterminación informativa: una mirada desde el derecho español y europeo. In: PARAGUAI. Corte Suprema de Justicia. *Protección de datos personales*. Assunção: CSJ, 2010.

GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 6, n. 2, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/484/507>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAIA, Luciano Soares. A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

MARÇULA, Marcelo; BENINI FILHO, Pio Armando. *Informática: conceitos e aplicações*. 3. ed. São Paulo: Érica, 2008.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina, 2000.

MARZAL, Gloria. *Base de datos personales: requisitos para su uso, comentário a la Lortad y normativa complementaria*. Bilbao: Deusto, 1996.

PASQUALI, Antonio. Um breve glossário descritivo sobre comunicação e informação. In: MELO, J. Marques de; SATHLER, L. *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo: Unesp, 2005.

PORTAL ETIMOLOGIAS.DECHILE. Disponível em: <<http://etimologias.dechile.net/?dato>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

PORTANOVA, Rui. *Princípios de Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PROSSER, William L. Privacy. In: *California Law Review*, v. 48, n.3, ago. 1960.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 24 de outubro de 1995. In: *Jornal Oficial das Comunidades Europeia*. Edição em português. Luxembourg: Serviço de Publicações da União Europeia, n. 1 (281), 23/11/1995.

_____. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 7 dez. 2000. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Edição em português. n. C 364, 18 dez. 2000.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The Right of Privacy. In: *Harvard Law Review*, Harvard, v. IV, n. 5, 15 dez. 1890, Disponível em <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>, Acesso em: 13 jun. 2021.

ZOLYNSKI, Célia. Os big data e os dados pessoais entre os princípios da proteção e da inovação. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. Brasília, v. 12, n. 1, maio 2020.

Audiências por Videoconferência e Telepresencial: Distinções Necessárias, à Luz da Resolução n. 354 do CNJ

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva^(*)

Resumo:

- O presente estudo apresenta a distinção necessária entre as audiências por videoconferência e telepresencial, que resultou bastante clara na dicção da Resolução n. 354 do CNJ. A audiência por videoconferência é a prevista no CPC/2015, para a oitiva de parte e/ou testemunha que reside fora da jurisdição por onde tramita o processo, devendo ser realizada em salas específicas, numa unidade judiciária, com o acompanhamento de um servidor (Resolução n. 341 do CNJ). A audiência telepresencial é a realizada inteiramente de modo virtual, diante da impossibilidade de comparecimento dos atores processuais ao fórum, por conta do necessário distanciamento social, nessa triste época de pandemia de Covid-19 (art. 2º da Resolução n. 354). Com a Resolução n. 354, doravante, será obrigatória a participação na audiência telepresencial. Assim, tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência, se não houver uma prova convincente que demonstre qualquer dessas impossibilidades.

Palavras-chave:

- Audiência por videoconferência — Audiência telepresencial — Resolução n. 354 do CNJ.

Abstract:

- The present study presents a necessary distinction between videoconference and telepresence hearings, which resulted in a very clear statement in the Resolution n. 354 of the Brazilian National Council of Justice. The videoconference hearing is provided for in the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, for the hearing of a party and/or witness who resides outside of the jurisdiction where the case is processed, and must be held in specific rooms, in a judicial unit, with the monitoring of a server (Resolution n. 341 of CNJ). The telepresence hearing is carried out entirely in a virtual way, given the impossibility of attendance of the procedural actors at the forum, due to necessary social distance, in

(*) Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP). Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP).

Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP. Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto (2017 a 2019) e da Escola Judicial do TRT-15.

this sad time of the Covid-19 pandemic (article n. 2 of the Resolution n. 354). With the Resolution n. 354, henceforth, participation in the telepresential hearing will be mandatory. Thus, both in cases of practical impossibility and in cases of technical impossibility, the judge may reject the request for adjournment of the hearing, if there is no convincing evidence to demonstrate any of these impossibilities

Keywords:

- Videoconference hearing — Telepresence hearing — Resolution n. 354 of the Brazilian National Council of Justice.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Audiência por videoconferência
- 3. Audiência telepresencial, em regime extraordinário
- 4. Obrigatoriedade de participação das partes e advogados
 - 4.1. Problemas técnicos para a participação
 - 4.2. Problemas pessoais para a participação
- 5. A necessidade de fundamentação para a não realização da audiência, a partir da Resolução n. 354/2020
- 6. Conclusão
- 7. Referências

1. Introdução

A humanidade está passando por um período sem precedentes. Ainda que já tenha havido várias pandemias no curso da história — tendo sido bastante recordada a provocada pela chamada *gripe espanhola*, de 1918 —, por certo que a *pandemia de Covid-19* tem gerado uma situação caótica, em nível universal. Até mesmo por conta do alto progresso tecnológico alcançado, sobretudo no campo da geração e transmissão das informações, praticamente em tempo real, de canto a canto do planeta a humanidade sente os efeitos nefastos da referida pandemia, que começou no final de 2019 e avança por 2021.

No campo do Direito, *em especial do Direito Processual do trabalho*, os reflexos imediatos do isolamento social e por vezes do *lockdown* são absurdamente intensos, proporcionando dificuldades extremadas para a realização das

audiências, que são absolutamente essenciais na imensa maioria dos processos que tramitam na Justiça do Trabalho. Como tenho dito, o processo do trabalho é um *processo de audiência*.

Daí que os atores jurídicos, desde o CNJ até a mais longínqua Vara do Trabalho, com a pronta intervenção dos pensadores do processo do trabalho, têm feito várias propostas para que os processos trabalhistas tenham, em alguma medida, sua continuidade. Destacam-se, nessa senda, as propostas de realização de *audiências por videoconferência e telepresenciais*.

Ocorre que esses atores jurídicos têm feito uma ligeira confusão, tratando as audiências por videoconferência e as audiências telepresenciais como se fossem a mesma coisa. Contudo, são *institutos distintos*, como eu já apontava com vários argumentos em meu *Manual das*

Audiências Trabalhistas: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial — publicado pela Editora JusPodivm —, o que restou bem claro na *Resolução n. 354 do CNJ*. Por esse motivo, temos de envidar esforços para bem compreender as distinções necessárias entre os dois modelos, inclusive para que seja otimizada a busca de se estabelecer regras procedimentais que proporcionem segurança jurídica na prática dessas audiências.

Tem, portanto, este breve artigo o objetivo de investigar as *distinções necessárias* entre esses dois modelos de audiência, sobretudo à luz da *Resolução n. 354 do CNJ*.

2. Audiência por videoconferência

De saída, é bom registrar que a *audiência por videoconferência* foi imaginada, no sistema processual brasileiro, para se evitar o deslocamento das partes e de testemunhas que residem fora da área de jurisdição do foro competente, tornando desnecessária sua ida ao fórum onde se processa a causa.

De outra mirada, a *audiência telepresencial* está sendo incentivada nesse tempo de *pandemia de Covid-19* por outro motivo, qual seja, a impossibilidade de comparecimento de todos os atores processuais ao fórum, devido ao necessário isolamento ou distanciamento social. É dizer, ao contrário do que ocorre na modalidade de videoconferência prevista no ordenamento pátrio, em que o juiz, servidores e advogados se encontram *presentes* na sede do juízo, procedendo-se à oitiva apenas da parte e/ou testemunhas por videoconferência, na chamada *teleaudiência* ninguém comparece ao fórum. Juiz, servidores, advogados, partes e testemunhas, em resumo, *todos os participantes* da audiência, permanecem em suas casas e/ou escritórios e, de lá, por meios telemáticos, participam da audiência.

A *Resolução n. 354 do CNJ* deixou clara como a luz do dia essa distinção. A propósito, veja-se o teor do art. 2º e parágrafo único dessa Resolução:

Art. 2º Para fins desta Resolução, entende-se por:

I – videoconferência: comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias; e

II – telepresenciais: as audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias.

Parágrafo único. A participação por videoconferência, via rede mundial de computadores, ocorrerá:

I – em unidade judiciária diversa da sede do juízo que preside a audiência ou sessão, na forma da Resolução CNJ n. 341/2020; e

II – em estabelecimento prisional.

Não pode haver mais dúvida. A *audiência por videoconferência* somente pode ser a realizada numa *unidade judiciária*, “diversa da sede do juízo que preside a audiência ou sessão”, por óbvio. Trata-se, em verdade, de uma audiência mista ou híbrida, porque será presencial para os atores que se encontrarem no fórum onde a causa está sendo processada, e por videoconferência somente em relação aos depoentes que estarão à distância, mas *necessariamente* na sede do fórum da comarca ou subseção judiciária onde residam.

Para tanto, o Judiciário terá de providenciar *salas específicas* para esses depoimentos, como dispõe a Resolução n. 341 do CNJ, que trata exatamente dessa questão, determinando “aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19”.

Com efeito, a normativa desta *Resolução (n. 341)* é bem clara neste sentido. A ver:

Art. 1º Os tribunais deverão disponibilizar salas para a realização de atos processuais, especialmente depoimentos de partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça por sistema de videoconferência em todos os fóruns, garantindo a adequação dos meios tecnológicos aptos a dar efetividade ao disposto no art. 7º do Código de Processo Civil.

§ 1º Enquanto se fizerem necessárias medidas sanitárias para evitar o contágio pela Covid-19, a unidade judiciária deverá zelar pela observância das orientações dos órgãos de saúde,

especialmente o distanciamento mínimo de 1,5m (um metro e cinquenta centímetros) entre os presentes e a desinfecção de equipamentos após a utilização.

§ 2º Deverão ser designados servidores para acompanhar a videoconferência na sede da unidade judiciária, que serão responsáveis pela verificação da regularidade do ato, pela identificação e garantia da incomunicabilidade entre as testemunhas, quando for o caso, dentre outras medidas necessárias para realização válida do ato.

§ 3º As salas para colheita da prova oral por meio de videoconferência deverão, preferencialmente, estar localizadas nos andares térreos, de modo a facilitar a acessibilidade e a evitar o fluxo de pessoas nos elevadores e demais andares dos fóruns.

Art. 2º A secretaria do juízo ou do tribunal deverá especificar nas intimações o endereço físico e a localização da sala prevista no art. 1º para aqueles que forem prestar depoimentos.

Parágrafo único. Os magistrados, advogados, representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como as partes e demais participantes da audiência que não forem prestar depoimentos, poderão participar da audiência por meio do link disponibilizado para o ato por meio de videoconferência.

Na verdade, a audiência por videoconferência não é uma novidade dos tempos de pandemia. Como tem apontado a doutrina, esse tipo de audiência já é realizado no processo penal brasileiro há mais de uma década. A propósito, Kleber Waki registra experiência dessa natureza já no ano de 2000. Veja-se:

A Folha de S. Paulo, em sua edição de 5 de julho de 2000, em editorial nominado “teleinterrogatório”, registrou a primeira experiência de uma audiência, por meio de videoconferência, de interrogatório de presos em uma cadeia em São Paulo por um juiz criminal no Complexo Judiciário Ministro Mário Guimarães (WAKI, 2014, *on-line*).

Antonio Umberto de Souza Júnior, em artigo muito interessante a respeito de audiência telepresencial em tempos de pandemia, destaca que a experiência dessas audiências, em nosso

país, foi aprofundada “com o advento das Leis ns. 11.690/2008 e 11.900/2009 que emprestaram nova redação aos arts. 185, §§ 2º a 9º, 217 e 222, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP)”. O autor prossegue afirmando que, no entanto, no processo penal será “excepcional a realização de audiências por videoconferência ao enumerar, taxativamente, as hipóteses em que elas poderão ser realizadas”. Na sequência ele apresenta as *cinco hipóteses* em que, no processo penal, permite-se a *audiência por videoconferência*:

- (i) quando haja risco de fuga do preso durante seu deslocamento escoltado entre o estabelecimento penitenciário e o fórum onde será interrogado;
- (ii) quando o réu esteja doente ou haja outra circunstância pessoal que dificulte sua presença no fórum para ser interrogado;
- (iii) quando seja necessário manter o réu distante da testemunha ou da vítima para afastar a possibilidade de que ele humilhe, constranja ou intimide tais pessoas, desde que estas não possam ser ouvidas por videoconferência;
- (iv) quando se queiram ouvir testemunhas fora da sede do juízo criminal em que a ação esteja correndo;
- (v) quando alguma gravíssima questão de ordem pública interdite a oitiva do réu em audiência presencial, no fórum (SOUZA JÚNIOR, 2020, *e-book*).

Na sequência, veio a Resolução n. 105/2010, do CNJ, para regulamentar a realização de interrogatório e a inquirição de testemunha por videoconferência, no processo penal (GASPAR, 2020, *on-line*).

No âmbito do *processo civil*, ainda que se possa mencionar a Lei do Processo Eletrônico (Lei n. 11.419/2006), foi o *CPC de 2015* quem estabeleceu uma disciplina legal *específica* para esse tipo de audiência. Tanto é assim que o art. 385, § 3º, deste CPC faculta que o juiz

tome o *depoimento pessoal* da parte que resida em comarca ou subseção judiciária distinta daquela por onde tramita o processo, “por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento”. Além disso, o art. 453, § 1º, do CPC permite que o *depoimento de testemunhas*, que também residam em comarca ou subseção judiciária diversa, possa ser colhido “por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico”.

Na verdade, são *três hipóteses* em que pode haver a tomada de depoimentos pelo sistema de videoconferência, no processo civil, como aponta Antonio Umberto, e com as seguintes finalidades:

- (i) interrogatório ou depoimento pessoal das partes (CPC, art. 385, § 3º);
- (ii) inquirição de testemunhas (CPC, art. 453, § 1º);
- (iii) acareação das testemunhas ou entre estas e qualquer das partes (CPC, art. 461, § 2º) (SOUZA JÚNIOR, 2020, *e-book*)

Assim, conquanto ainda não tenha se tornado uma prática comum a da realização de audiências por videoconferência, nessas situações específicas, a tendência é que, doravante — até pela experiência das *teleaudiências* a partir da instalação do regime extraordinário implantado desde março de 2020, em razão da *pandemia de Covid-19* —, cada vez mais, juízes e advogados queiram realizar audiências nessa modalidade.

Não é razoável que a parte que resida em local distante daquele em que tramita o feito tenha que se deslocar até a sede do juízo para expor seus argumentos, empreender uma tentativa conciliatória, prestar depoimento pessoal e, enfim, defender seus interesses. *Menos lógico ainda* que se continue a determinar a expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas que residam em comarca ou

subseção judiciária distinta. Em todos esses casos, a *audiência por videoconferência* atende a todos os *princípios basilares* do processo, como do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, da economia processual, da celeridade, da incomunicabilidade das testemunhas e tantos outros.

No processo do trabalho, que prima pela celeridade mais que tudo, a audiência trabalhista será cada vez mais realizada por esse meio, dada a *criatividade* dos juízes do trabalho, que sempre estão em busca de técnicas que possibilitem a celeridade e a efetividade.

Até porque, como já visto, a Resolução n. 354 do CNJ determina que *todos os tribunais*, inclusive os do trabalho, por óbvio, ofereçam as condições materiais e humanas para a realização de audiências por videoconferência.

Destacam-se, nessa Resolução, as *seguintes diretrizes*:

- 1ª) todos os tribunais têm o *dever de disponibilizar salas* para a tomada dos depoimentos de partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça pelo sistema de videoconferência, e em todos os seus fóruns;
- 2ª) em cada fórum, *um servidor terá de acompanhar* e fiscalizar a realização do ato, inclusive para garantir a incomunicabilidade entre as testemunhas;
- 3ª) essas salas de coleta da prova oral precisam estar localizadas *nos andares térreos* do prédio, para favorecer o amplo acesso (acessibilidade), a menos que isso seja absolutamente impossível;
- 4ª) as notificações enviadas às partes e testemunhas deverão conter, obrigatoriamente, o *endereço físico* do prédio e a *localização da sala* de depoimentos, evidenciando-se que a audiência por videoconferência não se faz de modo virtual e de qualquer lugar;
- 5ª) é facultada aos participantes da audiência que não forem prestar depoimento — bem como aos juízes e advogados —, a participação por meio do *link* disponibilizado para

o ato, numa clara diretriz no sentido de que deve haver também uma *sala virtual* para a transmissão, em tempo real, de imagens e sons da sala física de depoimento (à distância) para a sala física onde se desenrola a audiência (principal).

Aliás, se os atores técnicos da audiência — magistrados, advogados, procuradores do trabalho — não comparecerem ao fórum, o que teremos, em verdade, é uma *audiência semipresencial*, conjugada com a audiência por videoconferência. Isso porque, nesse caso, (i) partes e testemunhas que forem prestar depoimento na sede do juízo terão de comparecer ao fórum, acompanhados por um servidor da Justiça, (ii) partes e/ou testemunhas que residem fora terão de comparecer ao fórum de sua cidade, na companhia de um servidor — audiência por videoconferência — e (iii) os demais atores ficarão à distância, de modo telepresencial, não estando presentes fisicamente em nenhum dos fóruns.

3. Audiência telepresencial, em regime extraordinário

Como já afirmado, a *audiência telepresencial* não se trata da simples audiência por videoconferência preconizada no sistema processual para a oitiva de partes, testemunhas e até acaresação de testemunhas, *em situações especiais*, quando o ator processual específico reside (ou se encontra) em outra comarca ou subseção judiciária, em regra.

A audiência telepresencial, *por inteiro*, nessa triste época de *pandemia de Covid-19*, está sendo realizada por esse meio (virtual) diante da *impossibilidade* de comparecimento de todos os atores processuais ao fórum, por conta do necessário distanciamento — ou até isolamento, na situação de *lockdown* — social. Para a realização da *teleaudiência* ninguém tem comparecido ao fórum, pois todos os participantes da audiência, em qualquer das modalidades desta — inicial, de tentativa conciliatória ou de instrução —, permanecem

em suas casas e/ou escritórios, local de onde *acessam a plataforma* utilizada pelo tribunal e, conectados, habilitam-se a participar da audiência.

Daí que, conquanto a audiência por videoconferência seja também uma audiência telepresencial (virtual), *em certa medida*, preferimos aqui utilizar a segunda expressão — ou teleaudiência — para designar essa audiência “nova” que todos estamos aprendendo a fazer. Eu, que já realizei mais de 50.000 audiências presenciais, estou navegando em novos mares a partir de maio de 2020, na realização das audiências telepresenciais.

Como é sabido, a partir de 19.3.2020 foi instalado no Judiciário um *regime extraordinário* de trabalho, com a suspensão dos prazos e de todo o atendimento presencial, possibilitando-se o atendimento remoto das partes, advogados e interessados “pelos meios tecnológicos disponíveis” e a realização de *sessões virtuais*. Esse regime foi inaugurado com a edição da *Resolução n. 313/2020* pelo CNJ, normativa que visou a estabelecer, no âmbito do Judiciário brasileiro — com exceção do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Eleitoral —, um “regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo (novo) Coronavírus — Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial”. De se conferir:

Art. 2º O Plantão Extraordinário, que funcionará em idêntico horário ao do expediente forense regular, estabelecido pelo respectivo Tribunal, importa em suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, assegurada a manutenção dos serviços essenciais em cada Tribunal.

(...)

Art. 3º Fica suspenso o atendimento presencial de partes, advogados e interessados, que deverá ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis.

(...)

Art. 6º Os tribunais poderão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores para realização de expedientes internos, como elaboração de decisões e sentenças, minutas, sessões virtuais e atividades administrativas.

Na sequência, o CNJ editou a *Resolução n. 314*, de 20.4.2020, para a retomada *gradativa* dos prazos processuais — a partir de 4 de maio — e incentivo às *audiências telepresenciais*. No art. 6º e parágrafos desta Resolução, disponibilizou a ferramenta “Cisco Webex” para a realização de atos virtuais por meio de videoconferência, mas determinando que, para a realização das audiências, deveriam ser consideradas “as dificuldades de intimação de partes e testemunhas”, a possibilidade de *efetiva participação* de todos, e vedando “a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário”. Vejam-se os §§ 2º e 3º:

§ 2º Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos juízes e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet (<www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/>), nos termos do Termo de Cooperação Técnica n. 007/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados.

§ 3º As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais.

Nessa regra do § 3º nota-se que, àquela altura, até mesmo o CNJ fazia confusão entre os dois modelos de audiência. Contudo, por ocasião da Resolução n. 354, a distinção restou

muito evidente, como já ressaltado. Insisto: de acordo com o art. 2º, inciso II, desta Resolução, as *audiências telepresenciais* são aquelas “audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias”. De modo que, nesse tipo de audiência, *ninguém* comparece a nenhum fórum, a *nenhuma* unidade judiciária, como diz a norma.

Na *Justiça do Trabalho*, desde maio de 2020 os juízes têm realizado audiência telepresencial. Quanto à *plataforma ideal* para a realização dessa modalidade de audiência, para a tentativa conciliatória ou para a tomada de depoimento das partes e testemunhas, de se levar em conta essa breve experiência dos juízes do trabalho, a partir do regime extraordinário referido, porque *em cada local* se tem adotado *uma prática* um tanto distinta.

Como visto, o CNJ tem recomendado a utilização da ferramenta *Cisco Webex Meeting*. Entretanto, a grande maioria dos Tribunais Regionais do Trabalho tem utilizado a plataforma *Google Meetings*, por exemplo, o TRT da 15ª Região (Campinas/SP). Ademais, poderá ser aprimorada, inclusive, a prática de alguns juízes precursores, que já vinham realizado a oitiva de partes e/ou testemunhas por *WhatsApp*, *Telegram*, *Hangouts* e outros tantos recursos tecnológicos, antes mesmo desse regime extraordinário de trabalho.

Destarte, a *teleaudiência* será um instrumento da maior utilidade para que os processos trabalhistas, na medida do possível, não tenham o seu trâmite totalmente paralisado, inclusive por conta da natureza alimentar do crédito dos trabalhadores. No entanto, posteriormente, quando da volta à normalidade, quando enfim vencermos a epidemia de Covid-19 e o necessário distanciamento social, a teleaudiência *tende* a se tornar uma *realidade* apenas para *determinados tipos de audiência*, dependendo da (menor) complexidade da causa.

Não custa lembrar, o processo do trabalho é um processo de audiência e, por conta disso, há

de se aplicar o *novo instrumental*, o único que tem permitido a realização da audiência trabalhista nesse tempo de pandemia. Contudo, *não se pode*, com isso, *olvidar-se* dos princípios tão caros à efetividade da Justiça do Trabalho⁽¹⁾.

4. Obrigatoriedade de participação das partes e advogados

Há inúmeras questões que precisam ser investigadas no que concerne à audiência telepresencial. Porém, sem dúvida, uma das mais problemáticas é a que se refere à *obrigatoriedade* de as partes e seus advogados participarem dessa audiência, principalmente quando se tratar de *audiência de instrução*.

Inúmeros são os problemas que os advogados e as partes poderão alegar, (i) *técnicos* ou (ii) de *ordem pessoal*, para não participarem da audiência trabalhista virtual. Quanto aos aspectos *técnicos*, dentre outros: (i) dificuldade de acesso digital – por falta de equipamento ou aparelho adequado, ou por não dispor de um plano de *internet* ideal; (ii) falta de local apropriado; (iii) necessidade de isolamento social; (iv) dificuldade de acesso à documentação, sobretudo para a elaboração da defesa, e tantas outras situações. No que diz respeito aos aspectos de *ordem pessoal*, (i) o temor ao juiz por falta e/ou queda de conexão ou outros problemas técnicos; (ii) a privacidade do lar; (iii) a intimidade de pessoas que residem na casa etc.

4.1. Problemas técnicos para a participação

a) Dificuldade de acesso digital

Nessa quadra da história, se de um lado a audiência telepresencial facilita o acesso à justiça porque a parte que precisa de uma rápida prestação jurisdicional não pode esperar

(1) Sobre esse difícil equacionamento, ainda objeto de intenso debate na doutrina, com repercussões na prática trabalhista e ainda sem respaldo jurisprudencial, de se consultar as 80 páginas do *Manual das Audiências Trabalhistas: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial*, deste autor, referido no início deste artigo.

que as atividades presenciais retornem à normalidade, de outro lado, qualquer das partes pode ter comprometido o seu acesso à justiça por *não dispor de recursos tecnológicos* que lhe permitam participar (bem) da audiência trabalhista. Por isso, Danilo Gaspar, estudando os princípios dos processos virtuais, elencou, como um destes, o *da aptidão digital*, decorrente do amplo acesso à justiça (GASPAR, 2020, *on-line*).

Ora, o juiz do trabalho não pode ignorar que a grande maioria dos trabalhadores é ainda formada de pessoas simples, semianalfabetas e que, embora disponham de aparelho de telefonia celular e acesso ao *WhatsApp*, em regra, não dispõem de *internet* de banda larga — mas apenas de planos pré-pagos, que não suportam acesso a plataformas como a do *Google Meet* por muito tempo — e, portanto, terão muita dificuldade em participar de uma audiência trabalhista, com a solenidade que esta (ainda) exige.

Problemas vários de conexão, queda de conexão, dificuldade de ingresso na sala de audiência virtual, melhor posicionamento da câmera, falta de familiaridade com os aplicativos, inclusive no que toca à necessária habilitação de áudio e vídeo, dentre tantos outros, poderiam ser lembrados nesse momento.

b) Falta de local apropriado

Como se não bastasse, é muito cômodo ao juiz e aos servidores da Justiça do Trabalho, que normalmente recebem um subsídio muito acima do padrão salarial médio dos brasileiros e, portanto, vivem em residências confortáveis, realizar audiências virtuais a partir de suas casas e apartamentos. Aos grandes escritórios de advocacia também não faltam condições materiais adequadas, no que diz respeito ao local onde o advogado e as partes (e testemunhas) possam permanecer para a realização da audiência telepresencial.

Contudo, boa parte dos advogados, principalmente em início de carreira, não dispõe

de escritórios amplos e, por vezes, sequer tem mais de uma sala para permitir o isolamento de partes e testemunhas durante os depoimentos. Isso sem falar dos locais em que há séria necessidade de se manter o isolamento ou o distanciamento social.

c) Necessidade de isolamento social

Ainda temos necessidade de isolamento social severo, pelo menos nas cidades que ainda apresentam altíssimo índice de contágio e até de mortes por Covid-19. Se o juiz, o secretário de audiência e demais servidores ficam (cada um) em suas residências, totalmente isolados, seria justo impor ao advogado o dever de conduzir ao seu escritório as partes (e as testemunhas) para a realização da audiência trabalhista? Seria adequado *responsabilizar o advogado* por oferecer a estrutura e a tecnologia necessárias à participação da parte (e das testemunhas) na audiência?

O art. 6º, § 2º, da Resolução n. 314 do CNJ veda expressamente “a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores” no sentido de “providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais”. Assim, o advogado não teria dever algum de permitir que a parte (e as testemunhas) se dirijam ao seu escritório para possibilitar a audiência telepresencial. Por analogia, ele jamais poderia ser responsabilizado por oferecer ao seu cliente a estrutura e a tecnologia necessárias à participação na audiência. Tampouco às testemunhas.

Contudo, como a *pandemia de Covid-19* persiste e o Judiciário necessita encontrar caminhos para a retomada das audiências de instrução, na Resolução n. 354 o CNJ adotou postura distinta, exigindo das partes e advogados uma boa *justificativa para a não realização* da audiência telepresencial, como veremos mais adiante.

d) Dificuldade de acesso à documentação

Há, ainda, um problema seríssimo para a realização da audiência telepresencial, que diz

respeito à *dificuldade de acesso* do advogado e/ou da parte à *documentação* necessária, principalmente para a elaboração da defesa, mas também para contraprova por parte do reclamante, se for o caso.

Aqui está em jogo outra garantia fundamental cuja inobservância normalmente conduz à nulidade do processo. A todos os litigantes deve ser assegurada a *ampla defesa* de seus interesses em juízo. Ora, não se pode olvidar de que muitas pequenas e médias empresas (ainda) se encontram fechadas. Não somente porque não exercem atividades essenciais, mas também e principalmente porque o caos econômico que está apenas dando os seus primeiros sinais de vida implicou na *derrocada* de boa parte da atividade empresarial.

Em todas essas situações e outras que poderiam ser lembradas, se o juiz ignorar a dificuldade de defesa da parte, sobretudo do reclamado, poderá ferir de morte o *ideal da justiça*, que não se compraz com acelerações do procedimento que inviabilizem a legítima e sagrada defesa.

4.2. Problemas pessoais para a participação

a) Temor ao juiz, principalmente se houver problemas técnicos

Os advogados bem sabem que as partes e testemunhas normalmente sentem um certo receio de se encontrarem diante do juiz, numa sala de audiências, por não estarem afeitas à solenidade do ato, principalmente por causa de um ritual que elas desconhecem. A maioria dos trabalhadores, prepostos e testemunhas que comparecem à Justiça pela primeira vez apresenta um certo *temor* em relação ao juiz, principalmente se tiverem de *prestar depoimento* pessoal ou testemunhal.

Com a teleaudiência, teremos “a vantagem de eliminar em alguma medida o temor reverencial que costuma tomar algumas pessoas nessas oportunidades, o que pode fazer com que falem com mais desenvoltura”. De outra

mirada, sabendo as partes e testemunhas que haverá registro do áudio e das imagens dos atos praticados na audiência, isso poderá “funcionar como um novo elemento inibitório, já que todos saberão que o que ficar dito será registrado em sua inteireza” (ADAMOVICH, 2020, *e-book*).

Além disso, pessoas muito simples sentirão certo pavor por *não dominarem* o uso das tecnologias e sentirão medo de o juiz *asprender* caso ocorram problemas técnicos de conexão/desconexão, falhas de áudio etc.

b) Privacidade do lar

De certa forma correlacionado ao problema do local para a realização da audiência telepresencial, é o problema pertinente à *privacidade do lar*, se a parte e as testemunhas forem obrigadas a realizar a audiência e o advogado não tiver condições de acolher essas pessoas em seu escritório. Além disso, se decretado o *lockdown* em alguma cidade, ainda que o advogado disponha de local apropriado, a parte e as testemunhas não poderão se deslocar até lá.

O problema da “invasão” do domicílio é muito sério. Se há residências nas quais se pode destacar um cômodo da casa para a realização da audiência, com amplo acesso à *internet*, nesse caso não haverá maiores problemas. Mas se a pessoa reside numa casa pequena, desconfortável, por vezes convivendo com várias pessoas, *não haverá um espaço próprio*, com isolamento acústico, para que não haja interferências externas — há casas em que a sala fica bem ao lado do único banheiro da residência —, e isso pode ser muito *intimidador*.

Tudo isso se agrava se houver *crianças e/ou idosos* na residência, que não podem ou não sabem esperar o momento de necessitar da ajuda de quem está prestando depoimento. Por óbvio que juiz, advogados e partes têm de relevar se alguma interferência externa, que não comprometa o depoimento, eventualmente ocorra. Será necessário ter *muita empatia*.

De qualquer maneira, todas as pessoas têm *direito fundamental à privacidade*, pois a vida privada que “acontece” no lar de cada uma das famílias brasileiras é algo que deve ser visto com certa sacralidade. Destarte, se a parte e a testemunha abrem o seu lar para colaborar com o Poder Judiciário, elas merecem o maior respeito do mundo. Mas elas *não podem ser obrigadas* a ceder um espaço de seu lar para propiciar a realização da justiça.

Ademais, a casa é um *asilo inviolável* de todas as pessoas e nela somente se pode penetrar munido de mandado judicial e para perseguições de natureza penal. Não havendo suspeita alguma de prática criminosa pela pessoa que é parte ou testemunha, *nenhum juiz estará autorizado* a determinar que ela abra o seu asilo inviolável para atender o comando de participação numa audiência virtual. De modo que a participação nessa audiência, a partir de sua residência, pela parte e/ou testemunha, deveria ser *voluntária*.

c) Intimidade de pessoas que residem na casa

Intrinsicamente conectado ao problema do item anterior, é o problema de a audiência telepresencial *ferir a intimidade* não só da parte e testemunha que participa da audiência trabalhista, mas também de *outras pessoas* que vivem na mesma casa e não têm absolutamente nada a ver com o processo.

Seria justo privar as demais pessoas que ali residem do seu sagrado direito de ir e vir por toda a casa? E de fazê-lo com a roupa que considerarem adequada ou até sem roupa? Essa situação se agrava nas *audiências de instrução* porque, quanto a estas, deverá haver *gravação de áudio e da imagem* em todos os passos da audiência, para conservação da higidez do grande ato. Imagine-se a gravação de áudios ou de imagens comprometedoras da parte ou da testemunha, principalmente quando relacionados a pessoas da família que *não têm nada a ver com o processo*.

Esses são apenas alguns dos tantos problemas que envolvem a audiência telepresencial. Assim, se a referida audiência atende, em boa medida, aos princípios da celeridade, efetividade, economia processual e até do acesso à justiça — dependendo da ótica de análise deste princípio —, de outro lado, *pode comprometer seriamente* as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de propiciar a violação de direitos de personalidade.

A equalização desses *prós* e *contras* é tarefa hercúlea, ainda na espera de uma melhor compreensão dos juristas e magistrados, na formação de uma nova jurisprudência que leve em conta as especificidades desse (novo) tempo.

5. A necessidade de fundamentação para a não realização da audiência, a partir da Resolução n. 354

O CNJ tinha firme posicionamento no sentido de que a parte e/ou seu advogado tem direito à não realização da audiência telepresencial, dispensando até mesmo a justificativa em algumas situações.

Com efeito, o CNJ, no art. 3º e §§ da *Resolução n. 314/2020*, havia disciplinado sobre a necessidade de *adiamento* de todos os atos processuais, quando se constataste a “absoluta impossibilidade técnica ou prática” para sua realização.

Quanto à *impossibilidade técnica*, penso que diz mais respeito às condições materiais de acesso tecnológico e, se algum dos advogados, a própria parte ou alguma testemunha não dispõem do *aparato tecnológico mínimo* para sua efetiva participação na audiência, de se constatar que se encontra, aí, uma impossibilidade técnica para a realização do grande ato.

Em relação à *impossibilidade prática*, de se ponderar que a audiência trabalhista envolve *diversos atos* processuais e inclusive *incidentes vários* que podem surgir no curso da audiência. Basta recordar que o reclamado, citado para uma audiência trabalhista, tem direito a contratar advogado para elaborar

sua defesa técnica, o advogado necessitará manter conversas com seu cliente e até com pessoas que trabalham na empresa, além de necessariamente ter acesso à documentação de todo o contrato de trabalho mantido com o reclamante. Ademais disso, *ambas as partes* terão o direito de ouvir a outra em depoimento pessoal e, muito provavelmente, *necessitarão* ouvir suas testemunhas para a comprovação dos fatos alegados, em conformidade com o ônus da prova subjetivo que lhes compete. Destarte, havendo decretação de *lockdown* ou mesmo de distanciamento social, poderá haver uma *impossibilidade prática* para a realização plena de todos os atos da audiência trabalhista.

A questão é: as partes e/ou seus advogados *precisam justificar* a impossibilidade para a realização da audiência trabalhista? Há uma certa ambiguidade na redação do art. 3º e parágrafos da Resolução n. 314/2020.

Pois bem, o § 2º do art. 3º desta Resolução faz menção expressa a que essa impossibilidade seja “devidamente justificada nos autos”. Contudo, na sequência, o § 3º deste mesmo dispositivo dá a entender que *basta a petição do advogado* com a alegação de impossibilidade da prática dos atos ali descritos: (i) contestação, (ii) impugnação ao cumprimento de sentença, (iii) embargos à execução, (iv) defesas preliminares de natureza civil, trabalhista e criminal, e (v) outros que exijam a “coleta prévia de elementos de prova”. Até porque “o prazo será considerado suspenso na data do protocolo da petição com essa informação” e, além disso, este § 3º não faz referência a “decisão fundamentada do magistrado”, locução utilizada no § 2º.

Daí porque a realização da audiência trabalhista que envolva qualquer um dos atos processuais descritos neste § 3º — inclusive coleta de “elementos de prova” — dependeria, na visão do CNJ — anteriormente à Resolução n. 354 —, da *anuência de ambas as partes* e/ou seus advogados. Se qualquer das partes

alegasse *impossibilidade prática*, a audiência *teria de ser adiada*.

É dizer, se o reclamado e/ou seu advogado peticionassem, *antes da audiência*, alegando impossibilidade de praticar o ato da contestação, principalmente por dificuldade de acesso à prova documental, a *simples petição* do advogado *seria suficiente* para a suspensão do prazo mínimo de elaboração da defesa — 5 dias úteis — e, por via de consequência, isso implicaria na necessidade de *adiamento da audiência*, independentemente de decisão do magistrado.

Em relação à *impossibilidade técnica*, que diz respeito propriamente ao acesso digital, caberia ao advogado *justificar o requerimento*, para que o juiz deferisse o requerimento de adiamento da audiência. Quanto a isso, nada mudou, portanto, com a Resolução n. 354.

Nesse caso, no entanto, mesmo agora, depois da Resolução n. 354, é pertinente que o juiz observe o contraditório antes do despacho. Assim, se a outra parte demonstrar, *de modo inequívoco*, que o requerente tem pleno acesso e aptidão digital, o juiz poderá indeferir o requerimento. Em alguns casos o juiz até poderá *presumir* essa circunstância, por exemplo, quando se trata de grande empresa, patrocinada por grande escritório de advocacia, pois a *presunção* de que estes têm plenas condições tecnológicas e preparo adequado para participar de uma audiência virtual é *praticamente absoluta*.

Ademais, como já observado, a *pandemia de Covid-19* persiste e o Judiciário precisa continuar prestando a sagrada jurisdição. Há de se buscar, portanto, *novos caminhos* para a retomada das audiências, inclusive as de instrução. Por essa razão, o CNJ adotou postura bem distinta quando da edição da *Resolução n. 354*, em 19-11-2020, para exigir das partes e advogados uma *justificativa plausível* com vistas à não realização da audiência telepresencial.

Tanto é assim que o art. 3º desta Resolução permite ao juiz determinar a realização de audiência telepresencial, *de ofício*, nos seguintes casos: 1º) de urgência; 2º) de substituição ou designação de magistrado com sede funcional diversa; 3º) de realização de mutirão ou projeto específico; 4º) de designação de audiência de conciliação ou mediação; 5º) de indisponibilidade temporária do foro, calamidade pública ou força maior.

Destarte, nos casos em que houver *urgência* na prestação jurisdicional — não apenas nos processos nos quais haja pedido de tutela antecipada de urgência —, por exemplo, nos casos em que o trabalhador sequer recebeu as sagradas verbas rescisórias, independentemente da concordância das — ou de uma — partes, o juiz poderá determinar a realização da audiência telepresencial, *inclusive de instrução*, que somente será adiada se houver um motivo ponderoso para tanto.

Igualmente, para a realização de *audiência de conciliação* (ou mediação), principalmente no processo do trabalho, por força do art. 764 e §§ da CLT, não há que se esperar consentimento algum de qualquer das partes, ainda que uma delas não esteja disposta à tentativa conciliatória. Afinal, a busca da conciliação sempre foi a *finalidade precípua* da Justiça do Trabalho.

Mais que isso, na dicção do parágrafo único do art. 3º da Resolução n. 354 não parece haver outra interpretação possível que não seja a de *se exigir*, em qualquer situação, a *justificativa* da parte e/ou seu advogado, para a não realização da audiência telepresencial. A conferir: “A oposição à realização de audiência telepresencial deve ser fundamentada, submetendo-se ao controle judicial”.

De modo que, doravante, não deve mais prevalecer o posicionamento do CNJ no sentido de dispensar qualquer justificativa nos casos de impossibilidade prática para o grande ato. Enfim, *tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica*,

não havendo um motivo bem forte, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência telepresencial, insistindo em sua realização, sendo a audiência inicial, uma ou de instrução, no processo do trabalho.

6. Conclusão

Em síntese, pode-se apontar que, nesse período caótico pelo qual está passando a humanidade, em razão da *pandemia de Covid-19*, as audiências por videoconferência e telepresenciais são boas práticas que permitem a realização dos direitos materiais trabalhistas, quando violados, ou a mais pronta absolvição das empresas, quando demandadas indevidamente.

Contudo, trata-se de modelos distintos de audiência. A *audiência por videoconferência* — para a tomada de depoimento da parte e/ou da testemunha que reside fora da jurisdição por onde tramita o processo — é aquela que somente pode ser realizada numa *unidade judiciária*, em *salas específicas* para esse depoimento, no *andar térreo* do prédio, tendo de haver a designação de *um servidor para acompanhar* e fiscalizar a realização do ato, desse modo assegurando-se a incomunicabilidade entre parte e/ou testemunhas (Resolução n. 341 do CNJ).

De outra mirada, a audiência telepresencial é a realizada, *por inteiro*, por esse meio (virtual), diante da *impossibilidade* de comparecimento de todos os atores processuais ao fórum, por conta do necessário distanciamento social, nessa triste época de *pandemia de Covid-19*. Nesse tipo de audiência, *ninguém* comparece a nenhum fórum, a *nenhuma* unidade judiciária, como disciplina o art. 2º, inciso II, da Resolução n. 354.

Quanto à obrigatoriedade de participação na audiência telepresencial, a despeito das reiteradas decisões do CNJ, com base na Resolução n. 314, penso que, na dicção da normativa da Resolução n. 354, partes e advogados têm o

dever processual de envidar todos os esforços para sua realização, ainda que se trate de *audiência de instrução*.

Doravante, não deve mais prevalecer o posicionamento do CNJ quanto à diferenciação entre impossibilidade prática e impossibilidade técnica para comparecimento e participação na audiência telepresencial. É dizer, tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência telepresencial ou de sua não realização, *se não houver uma prova convincente que demonstre qualquer dessas impossibilidades*. Sem a realização de audiências de instrução (ou una) por esse meio, os trabalhadores ficarão tempo demais à espera da solução de sua demanda.

Pode não ser a melhor solução para o problema, mas a mudança de diretriz do CNJ bem demonstra o *quão difícil é a equalização* dos princípios e garantias fundamentais de ordem processual. Assegurar celeridade e efetividade sem comprometer o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, não é mesmo tarefa fácil. Contudo, a omissão dos atores jurídicos em razão dessa dificuldade não se justifica. A *busca de um caminho comprometido com a justiça* é sempre medida que se impõe, a todos e todas. Esse ideário deve nos iluminar como um *farol*, nesse tempo de tanta escuridão.

7. Referências

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. Reflexões sobre a produção da prova oral em meio telemático no processo do trabalho. In: MOLINA, André A.; COLNAGO, Lorena de M. R.; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Anais do 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico “Ágora Trabalhista”*: Direito e Processo do trabalho no ano de 2020. E-book. Edição do Kindle.

GASPAR, Danilo Gonçalves. *O princípio da igualdade digital e a realização de audiências telepresenciais*. Trabalho em Debate. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/colunista/detalhe/danilo-goncalves-gaspar>>. Acesso em: 4 ago. 2020.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Manual das Audiências Trabalhistas*: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial. Salvador: JusPodivm, 2021.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. O Big Brother chegou ao Judiciário? Audiências telepresenciais em tempos de pandemia. In: MOLINA, André A.; COLNAGO, Lorena de M. R.; MARANHÃO, Ney. (Coords.). *Anais do 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico “Ágora Trabalhista”*: Direito e

Processo do trabalho no ano de 2020. *E-book*. Edição do Kindle.

WAKI, Kleber de Souza; BALSANELLI, João Marcelo. *O regime extraordinário do poder judiciário, a retomada gradual de suas atividades e as teleaudiências*. Direito e outros temas. Disponível em: <<https://direitoeoutrostemas.wordpress.com/2020/06/08/o-regime-extraordinario-do-poder-judiciario-a-retomada-gradual-de-suas-atividades-e-as-teleaudiencias/#more-291>>. Acesso em: 4 ago. 2020.

A LGPD e suas Repercussões no Direito do Trabalho no Contexto do Capitalismo de Vigilância

Larissa Matos^(*)

Resumo:

- O artigo analisará a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) e seus impactos no Direito do Trabalho no contexto do capitalismo de vigilância. A ideia é abordar os principais pontos de influência da LGPD na seara trabalhista, chamando a atenção do leitor para os seguintes assuntos: 1) o cenário atual de captação intensa de dados; 2) a ampliação da noção de privacidade; 3) os momentos em que ocorrem o tratamento de dados ao longo do contrato de trabalho; e 4) as bases legais que devem ser utilizadas nesse tratamento. Para tanto, será feita pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Espera-se, dessa forma, que o leitor compreenda o tema, que é de grande importância social e prática.

Palavras-chave:

- Capitalismo de vigilância — Relação de trabalho — Proteção de dados — LGPD.

Abstract:

- The article will analyze the LGPD (General Data Protection Law) and its impacts on Labor Law in the context of surveillance capitalism. The idea is to address the main points of influence of LGPD in the labor field, drawing the attention of the reader to the following points: 1) the current scenario of intense data capture; 2) the expansion of the notion of privacy; 3) the moments when data processing occurs throughout the employment contract; and 4) the legal base that must be used in this treatment. For this purpose, the research will use bibliographic and jurisprudential. In this way, the reader is expected to understand the topic, which is of great social and practical importance.

Keywords:

- Surveillance capitalism — Work relationship — Data protection — LGPD.

(*) Advogada do Sales Matos Advocacia. Doutoranda em Direito do Trabalho pela USP. Doutorado sanduíche (Programa CAPES-PRINT) em curso na Universidad de Barcelona (UB), com pesquisa focada em proteção de dados no Direito do Trabalho. Mestre em Direito do Trabalho pela

Universidad de Palermo. Integrante do corpo docente da ABRAT. Professora de pós-graduação. Membro do Núcleo de estudos da USP "O trabalho além do direito do trabalho: dimensões da clandestinidade jurídico-laboral".

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O capitalismo de vigilância e a LGPD
- ▶ 3. A incidência da LGPD nas relações de trabalho e a noção de privacidade
- ▶ 4. Fases de tratamento de dados e bases legais de tratamento
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) está em vigor desde 2020 e vem impactando, sob diversos ângulos, as relações de trabalho.

A promulgação da referida Lei ocorre no cenário do Capitalismo de Vigilância, no qual a importância dos dados toma uma proporção disruptiva, diante do valor que as informações das pessoas têm para as empresas.

Nesse contexto em que o empregado aparece como titular de dados, é importante analisar quais são os impactos da LGPD no Direito do Trabalho, tomando como base três momentos: 1) o pré-contrato de trabalho; 2) o contrato de trabalho; 3) o encerramento do contrato de trabalho.

Além disso, é preciso averiguar quais são as bases de tratamento que o empregador pode utilizar para fazer o tratamento de dados no contexto da relação de emprego (antes, durante ou depois) e quais são os direitos dos empregados, na perspectiva da proteção de dados.

Para tanto, será utilizada a pesquisa bibliográfica, com consultas feitas a legislações, livros, artigos e obras que versam a respeito do tema, e dividir-se-á o desenvolvimento do artigo em três partes: a primeira será dedicada a abordar o palco onde tudo isso ocorre, que é o Capitalismo de Vigilância; a segunda parte trará a incidência da LGPD nas relações de trabalho e a noção de privacidade; e a terceira parte focará nas fases de tratamento de dados e bases legais de tratamento.

Com isso, pretende-se, além de fomentar o debate, trazer, de forma didática, esclarecimentos importância prática e social.

2. O capitalismo de vigilância e a LGPD

Os impactos da Lei de Proteção de Dados (LGPD) no Direito do Trabalho não podem ser analisados apartados do cenário atual do capitalismo de vigilância, termo cunhado por Shoshana Zuboff⁽¹⁾, pois esse é o palco onde se assentam as discussões em torno da proteção de dados das pessoas, entre elas, os trabalhadores.

Shoshana Zuboff explica que os capitalistas da vigilância descobriram que os dados são extremamente lucrativos quando usados para persuadir, ajustar e agrupar comportamentos — assim, são coletados de diversas formas⁽²⁾ e utilizados, muitas vezes, de modo a comandar as estruturas sociais, sem que haja uma percepção disso por parte da maioria das pessoas.

Segundo a autora, esses dados são usados em processos automatizados não apenas para reconhecer comportamentos, como também moldá-los em prol dos interesses que as empresas buscam em cada tratamento de dados. Nesse modelo, o capitalismo de vigilância reivindica, unilateralmente, a experiência humana como matéria-prima gratuita para tradução em dados comportamentais.⁽³⁾

(1) ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. 1 ed. PublicAffairs, 2019. Edição Kindle.

(2) *Idem*.

(3) *Idem*.

Por isso, surgiu a expressão *data is the new oil*, criada por Clive Humby e utilizada por Dennis Hirsch para fazer diversas comparações entre o petróleo e o *Big Data*, demonstrando bastante preocupação com a privacidade das pessoas.⁽⁴⁾

O termo *big data*, segundo Esperanza Macarena Sierra Benítez⁽⁵⁾, faz referência ao conjunto de tecnologias, algoritmos e sistemas usados para coletar dados, num processo de extração de informações valiosas, que se utiliza de sistemas analíticos avançados, que permitem o armazenamento de grandes quantidades de dados que são capturados e compartilhados.

Para Shoshana Zuboff⁽⁶⁾, os comportamentos estão subordinados aos meios de produção cada vez mais complexos, abrangente e invasivos, criando o que ela chama de poder instrumentista, que conhece e molda o comportamento humano em relação aos fins dos outros. E, assim, a vontade do indivíduo vai sendo moldada por meios automatizados.

É a era do poder do algoritmo, que gera, comanda e replica comportamentos em massa, de forma a conduzir multidões na direção esperada e fomentada pelas empresas, de modo a potencializar lucros.

Domenico De Masi⁽⁷⁾ explica que o progresso tecnológico e o desenvolvimento organizacional trazem profundas consequências

para o trabalho. Essa forma de proceder traz resultados nocivos à sociedade atual, que é permeada por precarizações e flexibilizações da legislação social.

São diversas as tecnologias disruptivas que revolucionam os modelos de negócios empresariais para intensificar a expansão da vigilância digital no ambiente laboral. Isso, segundo Stéfano Rodotà⁽⁸⁾, transforma radicalmente um dos paradigmas históricos de referência da sociedade, que é a naturalidade.

Conforme lições de Stéfano Rodotà⁽⁹⁾, a tecnologia produz seu próprio código de comando, se revelado, em alguns casos, mais forte do que a norma jurídica, pois os dispositivos eletrônicos têm uma força intrínseca de produção de regras que ele pode, na prática, remover as regras legais.

São tecnologias que, por vezes, as pessoas não percebem que estão comandadas, diante da invisibilidade do tratamento e poder de ubiquidade. E frente a essa ausência de percepção, o indivíduo vai agindo de modo a favorecer a captação de diversas informações, ofertando a outrem comportamentos que podem vulnerar a sua própria liberdade pessoal e invadir a sua privacidade.

Em razão de tudo isso, as novas tecnologias têm decidido decisivamente a vida política, econômica e o mundo do Direito, especialmente do Direito do Trabalho.

Desse modo, vêm desafiando a sociedade a repensar a noção de poder, que não está somente nas mãos do estado, mas sim cada vez mais disseminado perante o setor privado – incluindo, assim, os empregadores.

Portanto, entender esse cenário é essencial para compreender a importância da LGPD e sua incidência nas relações de trabalho.

(4) HIRSCH, Dennis. *The Glass House Effect: Big Data, the New Oil, and the Power of Analogy*. Maine Law Review, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2393792>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

(5) SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico. In: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales Y Derecho del Empleo*. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo; TIRABOSCHI, Michele (Coords.). 2018. Disponível em: <http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/558>. Acesso em: 1º abr. 2021.

(6) ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. 1 ed. PublicAffairs, 2019. Edição Kindle.

(7) DE MASI, Domenico. *Il futuro del lavoro*. Milano: Rizzoli, 1999.

(8) RODOTÁ, Stefano. *Derecho, ciencia, tecnología*. Modelos y decisiones de regulación. Revista de la Facultad de Derecho, n. 57. Lima: Fondo editorial, 2004. p. 105-121.

(9) RODOTÁ, Stefano. *Derecho, ciencia, tecnología*. Modelos y decisiones de regulación. Revista de la Facultad de Derecho, n. 57. Lima: Fondo editorial, 2004. p. 105-121

3. A incidência da LGPD nas relações de trabalho e a noção de privacidade

A LGPD (Lei n. 13.709/18), inspirada na doutrina e legislação europeia, entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020, colocando ponto final em diversas discussões sobre a sua *vacatio legis*.

É uma lei que veio para “[...] proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º, LGPD), no cenário do Capitalismo de Vigilância, em que os dados representam lucro para as empresas.

A Lei brasileira não tem um artigo específico sobre o tratamento de dados no contexto laboral, diferentemente do famoso Regulamento Europeu, conforme se extrai do art. 88 do RGPD:

1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.

2. As normas referidas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho.

3. Os Estados-Membros notificam a Comissão das disposições de direito interno que adotarem nos termos do n. 1, até 25 de maio de 2018 e, sem

demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas⁽¹⁰⁾.

Contudo, mesmo sem previsão expressa, é indiscutível a incidência da LGPD nas relações de trabalho, que passa a ter efeitos desde o recrutamento de pessoas para trabalhar (pré-contrato de trabalho), e segue tendo repercussões intensas na execução do próprio contrato de trabalho, bem como na cessação da relação de trabalho (pós-contrato de trabalho).

Álvaro A. Sánchez Bravo⁽¹¹⁾ explica que as atividades realizadas ao longo do contrato de trabalho envolvem, inevitavelmente, o processamento de dados pessoais do trabalhador. Portanto, essas atividades estão, indiscutivelmente, sujeitas às normas que tratam da proteção e dados.

Além disso, ele ensina que o campo de aplicação da lei de proteção de dados deve abranger tudo, incluindo som e imagem, independentemente da mídia usada. Além disso, deve proteger não apenas os dados pessoais gerados no curso da relação, mas também aqueles coletados durante o processo de seleção ou mantidos após o término da relação de trabalho.⁽¹²⁾

Ademais, como titular de dados, o trabalhador necessita ter a sua privacidade protegida. E essa noção de privacidade está intimamente relacionada à ideia de proteção dos dados, compreendendo algo que vai muito além da intimidade ou do direito de ser deixado só.

(10) EURO-Lex. *Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

(11) SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. *Relaciones laborales, teletrabajo y protección de datos personales: una aproximación desde el derecho europeo. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 42, p. 195-212, jan./jun. 2013.

(12) *Idem*

Segundo Raquel Poquet Catalá⁽¹³⁾ (2021), essa privacidade confere ao titular uma série de faculdades que consiste, majoritariamente, no direito de impor a terceiros comportamentos determinados na lei de proteção de dados, pois a privacidade de dados estende sua garantia não só à intimidade, mas também a todos os bens que pertencem ao âmbito da vida privada.

Dessa forma, a privacidade de dados abrange os dados relevantes ou que tenham relação com qualquer exercício de direitos da pessoa. Nesse modelo, a proteção de dados não está reduzida só à intimidade da pessoa, mas a qualquer dado pessoal cujo conhecimento ou emprego por terceiros possa afetar dados de caráter pessoal⁽¹⁴⁾.

Assim, no contexto da sociedade da informação, o direito à privacidade é também o direito de ter acesso ao tratamento dos próprios dados pessoais, o direito de restringir ou impugnar, na forma da lei, o acesso a informações pessoais, o direito de ter assegurado o consentimento informado, entre outros — isso tudo compreende o poder de exercer a autodeterminação informativa.

Nesse sentido, é importante registrar que a autodeterminação informativa — ou seja, a faculdade que o titular dos dados tem de decidir se a informação será ou não objeto de tratamento por terceiros e de controlar o acesso, retificação e cancelamento das informações — aparece no art. 2º, II, da LGPD e está bem delineada no art. 18 da LGPD, que dispõe:

Art.18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I – confirmação da existência de tratamento;

II – acesso aos dados;

III – correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV – anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V – portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

VI – eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII – informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII – informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX – revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

Observada a compatibilidade com a seara trabalhista, o trabalhador, como titular de dados, pode exigir do empregador a aplicação de normas, fundamentos e princípios expostos na LGPD, a fim de que o tratamento de dados existentes antes, perante e depois da relação laboral se paute, especialmente, pelo respeito à privacidade de dados e inviolabilidade da intimidade (art.2º, LGPD), bem como pela observância dos demais princípios (art.6º⁽¹⁵⁾) e direitos constantes (art.18) na LGPD.

(15) Art. 6º, LGPD. As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente

(13) CATALÁ, Raquel Poquet. Vigilancia de la salud, derecho a la intimidad y covid-19. *Revista Lan Harremanak*, 2020, 44, 15-38. Disponível em: <https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/21901>. Acesso em: 26 fev. 2021.

(14) *Idem*.

Feitas essas considerações gerais, é importante pontuar os direitos dos empregados, na perspectiva da proteção de dados.

4. Fases de tratamento de dados e bases legais de tratamento

A LGPD incide já no momento da seleção de emprego. Assim, nessa etapa, a empresa já deve observar as normas e princípios que tutelam os direitos daquele que está postulando a vaga de trabalho, ainda que a relação de emprego não se concretize.

Isso ocorre porque os processos de seleção envolvem diversos tratamentos de dados pessoais⁽¹⁶⁾, a exemplo das informações constantes no envio de um simples currículo (enviado em papel ou por meio eletrônico) ou mesmo no preenchimento de questionários por parte do interessado na vaga.

Nesse momento, a coleta e demais tratamentos de dados podem ter como base legal o cumprimento de obrigação legal (art. 7º, II, LGPD), bem como a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato (art. 7º, V, LGPD).

Não se reputa válido o consentimento do titular (art. 7º, I, LGPD), pois a sua manifestação tem que ser “[...] livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade

acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

(16) Dado pessoal é a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, I, LGPD)

determinada” (art. 5º, XII, LGPD) — o que é difícil de se averiguar numa relação pautada pelo desequilíbrio.

Ademais, esse consentimento pode ser revogado a “[...] qualquer momento mediante manifestação expressa do titular [...]” (art. 8º, § 5º, LGPD).

Nesse sentido, a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD, 2021), no Guia sobre a Proteção de Dados nas Relações de Emprego, deixou claro que no âmbito das relações laborais, o consentimento do titular não é válido, pois o contexto é de desequilíbrio entre as partes.

Ainda com relação ao consentimento, há que observar as demais regras previstas no art. 8º, da LGPD, que impõe o fornecimento “[...] por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular” (art. 8º, *caput*, LGPD), ressaltando que no caso de fornecimento por escrito, “[...] esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais” (art. 8º, § 1º, LGPD).

Igualmente, o referido artigo prevê que “cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido [...]” (art. 8º, § 2º, LGPD), ficando vedado “[...] o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento” (art. 8º, § 3º, LGPD).

Dessa forma, os dados coletados deverão ser utilizados para a finalidade para os quais foram coletados, ficando vedado o uso para finalidade distinta. Além disso, deverão ser guardados por tempo determinado e armazenado de acordo com o consentimento do titular, que poderá requerer informação sobre o tratamento a qualquer tempo.

Esse armazenamento deve ser feito de forma segura, a fim de evitar vazamento de dados e exposição indevida do titular. Da mesma maneira, a destruição de documentos deve respeitar os padrões de segurança necessários

(arts. 44⁽¹⁷⁾, 46⁽¹⁸⁾ e 49⁽¹⁹⁾ e 50⁽²⁰⁾, todos da LGPD) para resguardar as informações dos titulares, sob pena de o empregador responder pelos danos decorrentes da violação (art. 44, parágrafo único, LGPD).

Além disso, conforme se extrai dos princípios da necessidade (art. 6º, III, LGPD) e adequação (art. 6º, II, LGPD), que orientam a aplicação da LGPD, a lei restringe a coleta aos dados somente àqueles necessários e adequados para atingir a finalidade lícita, evitando, assim, excessos (ideia da minimização dos dados), que podem ensejar violação de privacidade.

Nesse sentido, como regra⁽²¹⁾, a empresa não pode coletar dados sensíveis, pois o acesso

(17) Art. 44, LGPD. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo pelo qual é realizado; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

(18) Art. 46, LGPD. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

(19) Art. 49, LGPD. Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares.

(20) Art. 50, LGPD. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

(21) Entende-se que as organizações de tendência, a exemplo das escolas que seguem uma determinada doutrina religiosa, podem coletar determinados dados, se houver uma justificativa legal para tanto – e isso pode ser enquadrado na base legal de exercício regular de direito (art. 7º, VI, LGPD) ou, se possível, no legítimo interesse (art. 7º, IX, LGPD).

a esse tipo de informação pode causar discriminação, por envolverem “[...] origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico [...]” – discriminação essa que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, incisos XLI e XLII, CF/88; art. 7º, incisos III, XXX e XXXI, CF/88; Convenção n. 111 da OIT, ratificada pelo Brasil; art. 1º da Lei n. 9.029/95; art. 373-A, CLT.).

Diante disso, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que não é possível exigir certidão de antecedentes criminais, com exceção de determinadas atividades, como se observa na ementa transcrita abaixo, que ainda se mantem adequada à LGPD:

INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO. TEMA N. 0001. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CANDIDATO A EMPREGO 1. Não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido. 2. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas. 3. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente alguma das justificativas supra, caracteriza dano moral in re ipsa, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido” (IRR-RR-243000-58.2013.5.13.0023, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, redator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 22.09.2017).

Passada a fase de seleção, se o contrato de trabalho é firmado, mais complicada se torna o uso da base legal do consentimento, diante da hipossuficiência do trabalhador, que impossibilita saber se o consentimento é manifestamente livre, informado e inequívoco (art. 5º, XII, LGPD).

Além disso, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo — o que é um fator complicado para a segurança jurídica daquele que utilizou essa base legal para fazer o tratamento de dados.

Portanto, nessa fase, outras bases legais também aparecem como mais apropriadas ao contexto laboral, como: 1) a base que se refere ao “[...] cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador” (art. 7º, II, LGPD); 2) a base legal que faz menção a “[...] execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados” (art. 7º, V, LGPD); 3) a base legal que trata do “[...] exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral” (art. 7º, VI, LGPD); 4) a base legal que trata do atendimento “[...] aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais” (art. 7º, IX, LGPD).

A primeira e segunda bases legais são necessárias à consecução do contrato de trabalho, que demanda trocas de informações com órgãos públicos e até mesmo com entes privados, como ocorre no caso de terceirizações ou subcontratações.

A terceira base legal permite o exercício do direito ao contraditório por parte do empregador, ao passo que a quarta base legal permite ao empregador exercer o seu poder diretivo de forma lícita para, por exemplo, prevenir fraudes ou instalar câmaras de videovigilância num estabelecimento, objetivando impedir crimes que possam colocar em risco a vida de trabalhadores e clientes.

Referente à base legal do legítimo interesse, é importante explicar que ela requer, para a sua aplicação, um sopesamento de direitos fundamentais e, assim, exige a realização do teste de proporcionalidade — que envolve a análise da adequação do tratamento, a necessidade de tratamento e a proporcionalidade em sentido estrito. Se a medida adotada cumprir todos esses requisitos, a empresa tem o legítimo interesse para implementá-la.

Sobre o tema, Jordi García Viña⁽²²⁾ explica que não se pode olvidar que a relação contratual trabalhista envolve uma série de prestações que modulam o exercício dos direitos fundamentais, de maneira que as mesmas manifestações, noutro contexto, podem ser legítimas, mas não tem que ser necessariamente legítimas no âmbito da relação laboral.

Assim, surge a proporcionalidade para exigir do empregador que averigue se a medida atende a três requisitos: 1) julgamento de idoneidade — ser capaz de obter o objetivo proposto; 2) julgamento de necessidade — ser necessário no sentido de que não há outra medida mais moderada para alcançar esse propósito com igual eficácia; 3) julgamento de proporcionalidade — seja ponderado ou balanceado, na medida em que daí derivem mais benefícios ou vantagens para o interesse geral do que prejuízo dos bens ou valores em conflito⁽²³⁾.

Nessa linha, a Agência de Proteção de Dados da Espanha (AEPD) já pontuou que diante de um objetivo definido, deve-se avaliar a proporcionalidade e eficácia, tendo sempre em mente as normas de proteção de dados⁽²⁴⁾.

(22) GARCÍA VIÑA, Jordi. *El trabajo en el futuro y la digitalización de las relaciones laborales*. Curitiba, 2017. Disponível em: <<http://www.assejurpr.com.br/wp-content/uploads/2017/12/A-digitaliza%C3%A7%C3%A3o-e-o-trabalho.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

(23) *Idem*

(24) AEPD. *El uso de las tecnologías en la lucha contra la covid19. un análisis de costes y beneficios*. Madrid, 2020. Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

Se assim não for, o emprego pode, inclusive, exercer o seu direito de resistência para se opor ao cumprimento de ordens manifestamente ilegais ou abusivas — nesse sentido, é importante lembrar que o abuso do direito é vedado no ordenamento jurídico (art. 187, CC⁽²⁵⁾).

Esses abusos podem ocorrer em diversos momentos do contrato de trabalho e independem da forma como esse trabalho é realizado, se dentro da empresa, se fora dela ou se realizado através do sistema de teletrabalho.

Especialmente sobre teletrabalho, a Agência Espanhola de Proteção de Dados emitiu uma série de diretrizes para evitar abusos. São recomendações que, apesar de não terem vigência no Brasil, merecem destaque porque podem auxiliar no direcionamento de condutas dentro do País.

Nesse sentido, a referida Agência recomendou aos responsáveis pelo tratamento, entrou outras medidas: 1) a definição de uma política de proteção de informações que leve em conta as necessidades, condições específicas e os riscos específicos introduzidos pelos recursos usados no teletrabalho; 2) a escolha de soluções confiáveis e prestadores de serviços com garantias, evitando-se usar aplicativos e soluções que possam expor os dados pessoais de todos os envolvidos; 3) restrição do acesso à informação; e 4) configuração periódica dos equipamentos e dispositivos usados no teletrabalho⁽²⁶⁾.

Além disso, ao longo do contrato de trabalho, uma questão que pode surgir é quanto à coleta de dados por biometria para controle

da jornada de trabalho — algo que decorre do poder diretivo do empregador de organizar e comandar o seu negócio (art. 2º, CLT).

Sobre o tema, entende-se que a biometria está enquadrada na hipótese prevista no art. 74, § 2º, da CLT (art. 7º, II, LGPD), que impõe o registro para os estabelecimentos com mais de vinte trabalhadores, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, cuja Portaria n. 1.510/2009 disciplina o registro eletrônico de ponto e a utilização do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto (SREP).⁽²⁷⁾

Ademais, é uma medida segura para o cumprimento da finalidade legal — o controle da jornada de trabalho —, inexistindo outro mecanismo mais adequado para averiguação do horário de entrada, saída e intervalos dos empregados, notadamente nos ambientes de trabalho com um número expressivo de trabalhadores.

Especialmente sobre o tratamento de dados sensíveis ao longo do contrato de trabalho, registre-se que ele deve ser feito de forma excepcional e deve observar o art. 11 da LGPD (norma que impõe a base de dados para tratamento de dados sensíveis).

Contudo, nem todas as bases são aplicadas às relações de trabalho, como é o caso do consentimento, diante da assimetria existente entre as partes. Entretanto, se houver o tratamento de dados para benefício do empregado, é possível, excepcionalmente, utilizar o consentimento — noção que se alinha ao princípio da proteção e a ideia de condição mais benéfica ao empregado.

Em relação ao término do contrato de trabalho, é importante frisar que não necessariamente haverá o fim do tratamento de

(25) Art. 187, CC. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(26) AEPD. *Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo*. Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-04/nota-tecnica-protoger-datos-teletrabajo.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2021

(27) BRASIL. *Portaria n. 1.510/2009*. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/rep-registro-eletronico-de-ponto>>. Acesso em: 1º abr. 2021.

dados, pois a empresa tem que se munir com alguns documentos, especialmente no período prescricional, caso necessite exercer o seu contraditório de ampla defesa.

Ainda, em caso de inspeção, os auditores fiscais do trabalho, ou mesmo o Ministério Público do Trabalho (MPT), poderão requerer informações em eventuais procedimentos — o que obriga a empresa a manter alguns dados pessoais.

Essa previsão encontra respaldo no art.16 da LGPD, que dispõe que os dados serão eliminados após o término de seu tratamento, ficando autorizada a conservação no caso de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; de estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; transferência a terceiro na forma da lei; uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Contudo, pode ser que, finalizando o contrato de trabalho, ocorram algumas situações que podem determinar o término do tratamento de dados. Essas hipóteses estão previstas no art. 15 da LGPD e consistem: 1) na verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; 2) no fim do período de tratamento; 3) na revogação do consentimento pelo titular, caso tenha sido usado em algum momento, o que não se recomenda ao longo do contrato de trabalho; ou na 3) determinação da autoridade nacional, quando houver violação legal⁽²⁸⁾.

Independente da forma de finalização ou tempo de tratamento, é certo que os dados devem ser guardados sempre de forma segura, a fim de evitar vazamentos ou qualquer tipo de prejuízo para o titular.

(28) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021

5. Considerações finais

No cenário do Capitalismo de Vigilância, cuja privacidade se vê reduzida diante do avanço tecnológico, é preciso conhecer e valorizar a LGPD no seio das empresas, a fim de que se implemente uma cultura de proteção de dados no ambiente laboral, pois não há dúvidas quanto às diversas repercussões da lei na seara trabalhista.

Esses reflexos ocorrem em diferentes momentos, devendo a empresa resguardar a privacidade do trabalhador em todas as etapas. Além disso, deve ser sempre assegurado ao trabalhador o direito a exercer a sua autodeterminação informativa que, entre outras faculdades, impõe a aplicação correta da base legal de tratamento de dados.

Para tanto, as empresas, independentemente do tamanho, precisam conhecer a lei e aplicá-la corretamente, para, assim, poderem implementar um programa de conformidade que permita a comunicação e transparência das ações, de forma a evitar incidentes de dados dos trabalhadores e passivos trabalhistas.

6. Referências

AEPD. *El uso de las tecnologías en la lucha contra el Covid-19*. Un análisis de costes y beneficios. Madrid, 2020. Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

AEPD. *Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo*. Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-04/nota-tecnica-protger-datos-teletrabajo.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

_____. *La protección de datos en las relaciones laborales*. Madrid, 2021. Disponível em: <<https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: mar. 2021.

_____. *Portaria n. 1.510/2009*. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/rep-registro-eletronico-de-ponto>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

DE MASI, Domenico. *Il futuro del lavoro*. Milano: Rizzoli, 1999.

EURO-Lex. *Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

GARCÍA VIÑA, Jordi. *El trabajo en el futuro y la digitalización de las relaciones laborales*. Curitiba, 2017. Disponível em: <<http://www.asejurpr.com.br/wp-content/uploads/2017/12/A-digitaliza%C3%A7%C3%A3o-e-o-trabalho.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

HIRSCH, Dennis. *The Glass House Effect: Big Data, the New Oil, and the Power of Analogy*. *Maine Law*

Review, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2393792>>.

RODOTÁ, Stefano. Derecho, ciencia, tecnología. Modelos y decisiones de regulación. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 57. Lima: Fondo Editorial, 2004. p. 105-121.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico. In: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales Y Derecho del Empleo*. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo; TIRABOSCHI, Michele (Coords.). 2018. Disponível em: <http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/558>. Acesso em: 01 abr. 2021.

TST. *IRR-RR-243000-58.2013.5.13.0023*. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/5d363bef6f69adf2686d26571472a5d9>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. 1. ed. PublicAffairs, 2019. Edição Kindle.

Direito Processual do Trabalho e os Influxos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na Produção da Prova em Ambiente Processual Virtual

Leonardo Tibo Barbosa Lima^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo tem como objeto a análise das provas produzidas em ambiente virtual e as regras da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, com a finalidade de apresentar uma reflexão sobre as medidas necessárias ao tratamento de dados pessoais no Processo do Trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Direito processual do trabalho — Produção de prova em ambiente virtual — Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Abstract:

- ▶ This scientific paper aims to analyze the production of judicial evidence in a context of virtual environment and the rules of the General Law on the Protection of Personal Data, in order to understand the reflections on the necessary measures for the treatment of personal data in Labor Procedural Law.

Keywords:

- ▶ Labor procedural law — Judicial evidence in virtual environment — General Law on the Protection of Personal Data.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Teoria geral da prova
- ▶ 3. O ambiente virtual
- ▶ 4. Os influxos da Lei Geral de Proteção de Dados na prova judicial

(*) Doutor em Direito Privado e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito Público pela UGF/RJ. Juiz do Trabalho substituto do TRT da 3ª Re-

gião. Conselheiro da Escola Judicial do TRT da 3ª Região. Membro da Comissão Legislativa da Anamatra. Diretor Cultural da Amatra3.

- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

A prova é um signo, um fenômeno da linguagem que indica ou expressa uma ideia (significante) sobre a realidade (significado). Ela conta a história, cria uma ponte entre o presente e o passado e anseia fazer as vezes da onisciência. A sua finalidade é, pois, indicar ou expressar a ideia de verdade sobre os fatos alegados.

É por meio da prova que o Juiz consegue percorrer todas as etapas do citado itinerário cognitivo. Se as provas existentes não forem capazes de levar o Juiz até a decisão, o fato não terá sido provado.

Com as restrições à realização das audiências presenciais (Resoluções ns. 313, 314 e 322 do CNJ) e o surgimento do Juízo 100% Digital (Resolução n. 345 do CNJ⁽¹⁾), a produção da prova em ambiente virtual passou a ser um desafio, mas vencível, como se pretende demonstrar.

O artigo inicia apresentando noções gerais sobre a teoria da prova, avança com a exposição da argumentação teórica sobre a relação entre as provas produzidas em ambiente virtual e a Lei Geral de Proteção de Dados e conclui mostrando um extrato das reflexões do autor.

Como o tema é vasto e flerta com a prática, foi adotado um estilo objetivo de texto, com apresentação de argumentação de forma esquematizada, sempre que possível, a fim de facilitar a compreensão e a localização dos pontos de maior interesse do leitor.

(1) No Juízo 100% Digital, “todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores” (art. 1º, parágrafo único). “A escolha pelo Juízo 100% Digital’ é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação.” (art. 3º). “As audiências e sessões no Juízo 100% Digital’ ocorrerão exclusivamente por videoconferência. (art. 5º).

2. Teoria geral da prova

Tecnicamente, as *provas* são meios destinados a demonstrar a verdade dos fatos. O princípio do devido processo legal tem como um dos seus corolários o direito fundamental à prova (art. 5º, LV e LVI, da CF).

Os meios de prova podem ser *diretos*, quando se referem diretamente ao fato que se pretende provar, ou *indiretos*, quando relativos a outros fatos que, indiretamente, levam ao conhecimento da verdade do fato principal.

Os meios diretos mais comuns são: a) depoimento das partes, cuja iniciativa é da parte contrária; b) interrogatório das partes, cuja iniciativa é do juiz; c) confissão judicial ou extrajudicial; d) testemunhal; e) documental; f) pericial; e g) inspeção judicial.

O Novo CPC também introduziu a *ata notarial* como meio autônomo de prova, a qual consiste no registro de fatos realizado pelo Tabelião de cartório em uma ata, a pedido do interessado (art. 384).

Sem embargo, outros meios podem ser criados, como é o caso da prova estatística,⁽²⁾ por exemplo.

Já os meios indiretos de prova podem ser de dois tipos: a) presunção; e b) indício. A primeira é a certeza da existência de um fato em função da comprovação de outro, por força da lei ou da interpretação do Juiz (art. 374, IV, do CPC). Ela é dedutiva (“*a priori*”), isto é, independe da experiência e do caso concreto, de maneira que o simples acontecimento do fato “A” já será capaz de provar a verdade relativa ao fato “B”. Dessa forma, a presunção deriva da

(2) Nessa modalidade de prova, são utilizadas estatísticas para demonstrar a ocorrência de fatos, como, por exemplo, no caso de uma empresa que, apesar de ter entre seus quadros maioria feminina, nunca promoveu uma mulher a gerente. Em casos assim, a estatística pode provar a existência de discriminação.

lógica, isto é, da ilação (nexo de causalidade) que o julgador faz de um fato provado para se vencer da ocorrência de outro fato.

A presunção pode ser *absoluta* (“*juris et de iure*”) ou *relativa* (“*juris tantum*”). A primeira não admite a produção de prova em contrário e a segunda, sim. É exemplo de presunção absoluta o fato de o Juiz ser irmão de uma das partes, gerando a presunção absoluta de parcialidade (art. 144, IV, do CPC). Já as anotações constantes da CTPS geram presunção relativa de veracidade (Súmula n. 12, do TST).

Nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal, *indício* é a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se sobre outra ou outras circunstâncias. Ele é, pois, indutivo (“*a posteriori*”), isto é, dependerá dos elementos (sinais) do caso concreto, para ser formado. Não se pode, portanto, estabelecer indícios previamente, de forma abstrata, como ocorre com a presunção.

Quaisquer fatos naturais ou humanos que provoquem efeitos no mundo jurídico podem ser considerados como fonte da prova.

Em regra, o *objeto* da prova são os fatos, uma vez que o Juiz conhece o direito (“*juria novit curia*”). Constituem exceção a essa regra o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, os quais devem ter o teor e a vigência provados pela parte, se assim determinar o Juiz (art. 375 do CPC).

No Processo do Trabalho, a mesma regra se aplica às convenções coletivas de trabalho e aos acordos coletivos de trabalho, às convenções da OIT não ratificadas e aos regulamentos de empresa.

Alguns fatos, no entanto, não precisam ser provados. É o caso dos seguintes fatos (art. 374 do CPC): a) notórios; b) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; c) admitidos, no processo, como incontroversos (como a confissão real ou a ficta); e d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Sobre o tema das provas judiciais, os princípios mais relevantes são os enumerados a seguir.

Necessidade. As provas são necessárias à elucidação dos fatos, porque o Juiz não possui o sentido da onisciência. Dessa forma, o fato não provado será tido como inexistente. De outra face, em se tratando de fato não alegado ou de fato tido como incontroverso, notório, confessado pela parte contrária ou em favor do qual milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374 do CPC), não haverá, em regra, a necessidade de produzir a prova sobre ele, razão pela qual a lei autoriza o Juiz a indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370, parágrafo único, do CPC c/c art. 765 da CLT).

Obrigatoriedade. Na classificação dos atos processuais, a prova tem natureza jurídica de ônus para a parte, pois elas têm o *direito* (e não o dever ou a faculdade) de produzi-las (art. 369 do CPC), sob a consequência de sofrerem restrições ao direito à prova, que vão desde a preclusão até a improcedência do pedido por falta de provas. Do ponto de vista do Juiz e, bem assim, do devido processo legal, a prova tem natureza de poder-dever. Se as partes alegam fatos e manifestam o interesse em produzir provas, é dever do juiz determiná-las (arts. 370 do CPC e 765 da CLT), como ocorre, por exemplo com a perícia, que depende de ordem judicial para ser realizada.

Oportunidade. Cada prova tem seu momento próprio para ser produzida, como é o caso da prova documental que é pré-constituída, pelo que deve acompanhar a petição inicial e a contestação (arts. 787 e 845 da CLT). As provas orais, por sua vez, devem ser produzidas em audiência, ao passo que as periciais, no curso da relação processual, porque dependem de ordem judicial.

Unidade. As provas formam um todo, o qual deverá ser analisado como tal, em conjunto. Em vista disso, existindo vários depoimentos de testemunhas, cabe ao Juiz considerá-los em

conjunto, podendo, no entanto, desconstituir o que se mostrar viciado, como o contraditório, por exemplo. Isso não impede, ainda, que o Juiz atribua especial valor a um dos depoimentos, em que apenas uma das testemunhas, entre outras cinco, presenciou o fato de uma distância mais próxima.

Proibição de provas ilícitas. Nos termos do art. 5º, LVI, da CF, “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*” A doutrina tradicional diz que *ilícita* é o gênero da qual são espécies as provas *ilegítimas* e as *ilegais*. A primeira está relacionada à obtenção da prova (na relação material) e, a segunda, ao momento em que ela é produzida (na relação processual).

Com efeito, uma prova ilícita pode servir de fonte para outra prova, como no caso em que o documento obtido por furto tenha sido visualizado por uma testemunha, que em juízo narra o seu conteúdo. Haveria vício por derivação? Pela teoria dos frutos podres da árvore envenenada (“*fruits of the poisonous tree*”), abrigada pelo art. 157 do CPP, o depoimento da citada testemunha seria ilegítimo, porque está calcado em prova obtida por meio ilícito.

Essa teoria tem sido aplicada pelo STF desde que de fato haja nexo entre as duas provas.⁽³⁾

(3) “[...] 1. As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro EROS GRAU, “arimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos”. 2. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que, em matéria de provas ilícitas, o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, excepciona a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada na hipótese em que os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. [...]” (STF-HC 156.157 AgR/PR, relator Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, DJe 26.11.2018).

Parte da doutrina entende que a prova ilícita é sempre inadmissível, sendo esta uma regra absoluta. Outra corrente, no entanto, entende que, desde que o conteúdo da prova seja lícito, ela poderá ser utilizada, mesmo que tenha sido obtida por meio ilícito (forma). Em outras palavras, desde que a prova ateste a verdade dos fatos, a maneira pelo qual ela foi obtida não terá relevância, como no exemplo do furto do documento.

Terceira vertente opta pela aplicação do princípio da proporcionalidade (art. 8º do CPC) ou da ponderação, segundo o qual, os interesses devem ser sopesados, a fim de que o Juiz dê a decisão mais justa para o caso concreto.

Em se tratando de direitos fundamentais, essa parece ser mesmo a melhor tese, mormente no Processo do Trabalho, que é regido pelo princípio da proteção, de maneira que deverá ser analisada caso a caso. Veja-se que no próprio Direito Penal, essa regra não é aplicada à defesa, tendo em vista a proteção que é destinada ao réu, de forma similar à que o Direito do Trabalho dispensa ao trabalhador.

Para se ter uma noção de como o tema vem sendo administrado pelo TST, vale dizer que este tribunal já considerou válida a gravação por um dos interlocutores da conversa⁽⁴⁾ e até a interceptação telefônica, esta quando não tiver sido a única prova a servir de fundamento para a decisão.⁽⁵⁾ Noutra via, o TST já decidiu

(4) “Recurso de Revista. Dano moral. Gravação ambiental de reunião. Ato ilícito não demonstrado. A gravação por um dos interlocutores de reunião, em ambiente de trabalho, não caracteriza interceptação ilícita, nem há se falar em prova ilícita, devendo ser mantida a v. decisão que, alinhada à jurisprudência, considera lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, com o fim de utilização na defesa de direito. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (TST.RR — 150181-04.2010.5.05.0000. relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. DEJT: 15.06.2012).

(5) “[...] Prova Ilícita. Interceptação telefônica. Reconhecimento de vínculo de emprego. Não é possível conhecer do recurso de revista por violação do art. 5º, incisos X, XII, LIV, LV e LVI, da Constituição Federal. O debate relacionado à apresentação de prova obtida por meio ilícito, em que o

como válida a filmagem oculta do empregado, mas feita em ambiente público, como prova de ato de improbidade para aplicação de justa causa.⁽⁶⁾

Oralidade. No Processo do Trabalho, em regra, as provas devem ser produzidas em audiência, de forma oral, na presença do Juiz (art. 848 da CLT). O fato de os depoimentos serem reduzidos a termo não altera essa forma, tendo em vista que a prova foi oral, mas apenas o seu registro foi escrito. Ficam ressalvados os meios de prova pré-constituídos (documentos) e a perícia, bem assim todos que não possam ser produzidos oralmente.

empregado buscou provar o reconhecimento do vínculo de emprego, torna-se desnecessário na medida que outros meios de prova foram suficientes e levou elementos de convicção ao julgador, a determinar o reconhecimento do vínculo de emprego da empresa com a autora. Recurso de revista não conhecido. [...]” (TST. RR — 155900-35.2005.5.02.0061. relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. DEJT: 23.04.2010).

(6) “[...] 2. Dano moral. Justa causa. Provas ilícitas. Ofensa ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Não configuração. A discussão posta nos autos encerra grande relevância e complexidade jurídica: diz respeito à lícitude da prova produzida pela empresa, à luz do art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, vinculada à gravação de imagens do Autor, realizada de forma reservada e unilateral, durante o horário de trabalho, em local público, no qual, inclusive, havia presença de terceiros. O preceito constitucional invocado encerra garantia de índole fundamental e objetiva assegurar um processo justo, despidido de armadilhas e estratégias que poderiam comprometer a própria dignidade do processo enquanto instrumento estatal de composição de disputas, envolvendo o Estado em ações censuráveis sob o prisma ético. No caso concreto, o Tribunal Regional manifestou-se no sentido de que a prova – gravação de imagens em que o trabalhador promove desvio de mercadorias da empresa – foi produzida no horário de trabalho, em local público, na presença de terceiros, sem que fosse utilizado qualquer artifício para indução ao censurável comportamento que corresponde a ato de improbidade. A conduta empresarial questionada, longe de afrontar quaisquer dos direitos iminentes à personalidade (art. 5º, X, da CF), traduziu exercício regular do direito de aferir a forma como executados os serviços confiados ao prestador, que, lamentavelmente, incorreu em tipo penal, com reflexos trabalhistas, como decidiu a Corte Regional. Precedentes do STF e desta Corte. Recurso de revista não conhecido.” (TST-RR – 735-14.2010.5.03.0086, relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 15.06.2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17.06.2016)

Aquisição. Uma vez produzida, a prova passa a pertencer ao processo e não à parte que a produziu, de maneira que o Juiz deverá apreciá-la independentemente do sujeito que a tiver promovido (art. 371 do CPC). Por isso, não é tecnicamente adequado dizer que a testemunha é *do autor* ou *do réu*, mas sim que ela é *do processo*.

Imediatidade. Não deve haver obstáculo entre o Juiz e a prova, razão pela qual é dele o dever de tomar os depoimentos das partes e testemunhas (art. 820 da CLT). O CPC de 2015, no entanto, prevê que a parte possa fazer perguntas diretamente às testemunhas (art. 459), o que, no nosso sentir, não se aplica ao Processo do Trabalho, já que a CLT possui norma específica (art. 820). No mesmo sentido é o art. 11, da IN n. 39/16, do TST. A principal decorrência prática desse princípio é o prestígio do juízo de primeiro grau na interpretação dos depoimentos das testemunhas, já que ele teve contato direto com elas, a ponto de olhar nos olhos e sentir se falavam a verdade ou não.⁽⁷⁾

Livre convencimento motivado ou persuasão racional. Ao longo da história da prova no direito processual, a fase da *valoração da prova* foi responsável por um injustificado solipsismo do juiz, que fazia a valoração da prova sozinho, sem a participação das partes. No CPC de 2015, em lugar do livre convencimento, o art. 371 estabeleceu apenas que “o juiz apreciará

(7) “Prova oral — Valoração — É privilegiada a valoração da prova testemunhal produzida pelo juízo de origem, que está em posição privilegiada para avaliar a credibilidade dos depoimentos, pelo contato direto com partes e testemunhas, permitindo ao julgador observar, através do comportamento, modo de falar, etc., qual depoimento é verdadeiro em suas alegações, correspondendo à realidade fática. Tudo isso em atenção aos princípios da imediatidade, livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), bem como o da oralidade, que assegura ao juiz uma maior participação na condução do processo e segurança na análise do complexo probatório. O contato contínuo e imediato do juiz com as partes e testemunhas permite-lhe ao inquiri-las perceber a lisura daqueles que prestam seus depoimentos.” (TRT 3ª Região. Processo: RO 00082-2010-140-03-00-3. Relator: Desembargador Paulo Roberto de Castro. 7ª Turma. DEJT: 21.07.2010).

a prova⁽⁸⁾ A liberdade, portanto, só subsiste na fundamentação dotada de racionalidade, lógica e coerência, com aptidão para alcançar o máximo grau de consenso possível.

Contraditório e ampla defesa. A parte tem o direito de produzir todas as provas que se fizerem necessárias, participar da produção da prova pela parte contrária e manifestar-se sobre todas as provas realizadas (art. 5º, LV, da CF). Em outras palavras, os princípios do contraditório e da ampla defesa garantem às partes, em relação à prova, o direito de *produzir, participar, manifestar e persuadir* o Juiz em todas as etapas do itinerário cognitivo da prova (art. 369 do CPC).

Verdade real. A prova, por mais qualidade que tenha, não é capaz de fornecer *onisciência*, sendo incapaz de expressar a *realidade* ou a *verdade* em si, senão uma *perspectiva* da verdade, ou seja, uma *ideia* da verdade. Por isso é que cabe ao juiz examinar, por exemplo, se uma testemunha relata o que de fato sabe ou o que lhe foi ensinado. No primeiro caso, a prova é legítima, mas está sujeita à valoração, pois uma testemunha pode conhecer mais os fatos que outra. No segundo caso, a falta de espontaneidade torna a prova ilegítima, estando passível de ser anulada. Esses fragmentos da verdade,

(8) "Confissão real. Valoração. Existência de prova em contrário. Princípio do livre convencimento do juiz. O princípio do livre convencimento do juiz, consubstanciado no art. 131 do CPC, que estabelece a liberdade do julgador no exame das provas produzidas no curso da instrução processual, permite concluir que a confissão real não se sobrepõe, por si só, ao conjunto das demais provas constantes dos autos, cabendo ao juiz definir seu valor, à luz das circunstâncias de cada caso. Com esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, negou-lhes provimento, mantendo decisão turmária que, na hipótese, reconheceu a possibilidade de se elidir os efeitos da confissão resultante de depoimento pessoal por meio de prova em contrário juntada aos autos e não impugnada. Vencidos os Ministros Milton de Moura França, Horácio Senna Pires, Renato de Lacerda Paiva, Aloysio Corrêa da Veiga, Augusto César de Carvalho e Delaíde Miranda Arantes." (TST. E-ED-ED-ED-RR-112300-51.2000.5.02.0024. Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa. SDI-I. DEJT: 21.6.2012, informativo número 14).

trazidos aos autos pelas provas, reconstroem os fatos de maneira *formal*. Todavia, para além da forma, existe uma verdade substancial, que é a que corresponde integralmente à realidade, chamada, pois, de verdade real. Pode parecer muita presunção dizer que o Processo do Trabalho se interessa pela verdade real, em vez da formal, porque isso gera uma sensação de utopia. Mas o princípio da verdade real não é tão audacioso, porque, em verdade, ele está mais voltado ao próprio exame da verdade formal. Explica-se. No processo, a verdade corresponde à quantidade de realidade que as provas foram capazes de fazer. Mais que isso, o Juiz só teria acesso por intuição, íntima convicção ou algum poder sobrenatural. E, estando a verdade no processo, pode-se chamá-la de *verdade processual*. Um documento assinado por alguém exprime a vontade desse alguém e, vindo o documento aos autos, a vontade é a que consta do documento. Esse é o juízo de valor sob o prisma da vontade formal, que é a vigente no Processo Civil. Veja-se que o Código Civil ainda dispõe de prova legal, como é o caso da prova plena descrita nos arts. 220 e 225, por exemplo. Desse modo, o que a verdade real impõe é o poder-dever de o Juiz do Trabalho de valorar a prova em seu conjunto, sem concepções de valor. Não há falar, pois, em "prova plena" na relação de emprego, porque até a CTPS tem presunção relativa de veracidade (Súmula n. 12 do TST). Eliminada a hierarquia entre as provas, o Juiz deve buscar, entre as que constam dos autos, aquelas que tenham maior potencial de exprimirem a realidade dos fatos. Por isso é que a prova testemunhal costuma ser capaz de desconstituir documentos, por exemplo, tal qual acontece com o cartão de ponto, que pode perder valor de prova quando testemunhas fidedignas relatam que ele contém registros fictícios e não corresponde com a real jornada de trabalho cumprida pelo empregado.

3. O ambiente virtual

O meio ambiente é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a

vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, da Lei n. 6.938/1981), nele estando compreendido do trabalho (art. 200, VIII, da CF). Tanto o Poder Público quanto a coletividade possuem o dever de defendê-lo e preservá-lo (art. 225 da CF).

Paralelamente a esse mundo concreto, a contemporaneidade tem convivido com um mundo digital:

Nos dois mundos, o indivíduo nasce, se constrói e estabelece relacionamentos. No mundo digital, no entanto, não se morre. Os dados digitais têm persistência histórica. Ao que parece, enquanto existir humanidade, eles permanecerão. Fala-se até em testamento de bens digitais para tratar da destinação jurídica de manifestações voluntárias em mídias sociais, que acumulam dados pessoais e têm valor intangível, como contas de Facebook, Instagram e Twitter. O grande volume de informações disponíveis digitalmente é o que se denomina de Big Data. Um conjunto de dados de todas as categorias e formatos que compõe um universo de múltiplos interesses.⁽⁹⁾

De posse dessas premissas, o ambiente virtual pode ser conceituado como sendo *o conjunto de dados de todas as categorias e formatos de ordem virtual, que influenciam e interagem com o mundo concreto*.

É certo que o art. 236, § 3º, do CPC permite a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

De posse dessa premissa, no nosso sentir, todos os meios de prova admitem, em alguma medida, a prática em ambiente virtual.

A *prova documental* já é amplamente produzida digitalmente desde o advento do Processo

Judicial eletrônico (Lei n.11.419/2006 e Resolução n.185 do CSJT), com o uso de assinaturas digitais, que venceram as suspeitas iniciais para se consolidarem como ferramenta segura de firma de documentos.

A ata notarial se aproveita desse regramento, porque a sua forma de produção no processo é também documental.

A *prova pericial* por meio remoto também é possível, mais frequentemente nas perícias contábeis. Mas o CFM já regulamentou os atendimentos médicos pela via virtual (Resolução n. 2.227/2018) e o CNJ já autorizou a realização de perícias médicas em ações que versem sobre concessão de benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durarem os efeitos da pandemia da Covid-19 (Resolução n. 317/2020), abrindo as portas para a sua aplicação subsidiária na Justiça do Trabalho.

Em relação às perícias de engenharia do trabalho, a sua realização não está vedada e poderia ser feita, por exemplo, com a ajuda de robôs (como um “drone” que fizesse a filmagem de determinada área) ou de auxiliar do perito, que residisse ou dispusesse de meios para comparecer ao local da perícia munido de equipamento de transmissão de som e imagem. Esse auxiliar poderia ser, sugestivamente, um dos assistentes técnicos indicados pelas partes, dispensando a presença física destas e de seus procuradores.

Realizada a perícia, os esclarecimentos do perito poderiam ser feitos também por videoconferência (art. 4º, Resolução n. 354/20 do CNJ).

Esse mesmo procedimento poderia ser adotado no caso da *inspeção judicial*. Oferta-se um exemplo: imagine-se que um depoente estivesse prestando depoimento a partir do local dos fatos. Nesse caso, o juiz poderia determinar que ele se deslocasse imediatamente e filmasse o local, a fim de se esclarecer sobre fato controvertido (art. 481 do CPC). De se destacar

(9) REIS, Émilien Vias Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data. In: *Revista Veredas do Direito*, v. 17, n. 37, Belo Horizonte, jan./abr. 2020, p. 147.

que o art. 482 do CPC expressamente autoriza o uso de auxiliar para a realização da inspeção judicial, ônus que pode recair sobre qualquer sujeito do processo e do qual não poderá se eximir, salvo motivo justificado (art. 645 da CLT).

Em relação à *prova oral* (depoimento das partes e testemunhas), trata-se mesmo do meio mais controvertido. É que essa modalidade probatória exige a participação do Juízo, que tem a prerrogativa de tomar os depoimentos de forma pessoal, imediata e intransferível (art. 820 da CLT).

Não obstante, o CPC autoriza a produção dessa espécie probatória por meio virtual, especialmente quando os depoentes residirem em outra jurisdição, ocasião em que pode ser usada a audiência por videoconferência (arts. 385, § 3º, e 453, § 1º e 2º do CPC), assim considerada quando o depoimento é prestado nas unidades judiciárias (modalidade semipresencial), bem como a audiência telepresencial, modalidade totalmente remota.⁽¹⁰⁾

Com efeito, o art. 236, § 3º, do CPC admite a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. Isso se aplica aos atos processuais destinados a produzir a prova, abrangendo naturalmente os depoimentos das partes e testemunhas, especialmente quando residirem em outra jurisdição, ocasião em que o CPC permite o uso da citada videoconferência (arts. 385, § 3º, e 453, §§ 1º e 2º do CPC).

Até mesmo a acareação de testemunhas pode ser feita por videoconferência (art. 461, § 2º, do CPC).

Muito embora o texto da CLT não faça referência expressa ao uso da videoconferência ou da audiência telepresencial, o fato é que o

art. 813, § 1º, autoriza a alteração do local das audiências, desde que haja aviso com 24h de antecedência. Por certo que esse dispositivo contém lacuna ontológica (de fato), que pode ser superada com a interpretação analógica e sistemática, a fim de obter resultado extensivo: o termo “local” também se refere a “ambiente virtual”.

Essa interpretação permite que o juízo trabalhista inclua em suas prerrogativas (art. 765 da CLT) a conversão da audiência presencial em semipresencial ou telepresencial. Veja-se que esse regramento independe da existência de situações de emergência, como é o caso da pandemia da Covid-19, podendo ser adotado de forma ordinária.

Não obstante, vale dizer que a realização de audiências e sessões telepresenciais de julgamento é atividade essencial à manutenção mínima da Justiça do Trabalho (art. 3º, III, do Ato Conjunto CSJT.GP.GVP n. 6/2020), de modo que podem e devem ser designadas durante a pandemia.

Sobre os procedimentos para a colheita da prova oral em audiência de instrução por videoconferência, vale destacar o seguinte:

- a) Observados os critérios de garantia de segurança, de privacidade e confidencialidade das informações compartilhadas (art. 3º da Resolução n. 341/2020 do CNJ), a plataforma para realização de audiências virtuais (videoconferência ou telepresencial) na Justiça do Trabalho, a partir de 2021, passou a ser o “Zoom” (Ato n. 54/2020 do CSJT), a qual é considerada oficial, com recursos de gravação e armazenamento de áudio e vídeo em formato compatível com o PJe (arts. 2º e 3º do Ato CGJT n.11/2020);
- b) O depoimento pessoal da parte ou o interrogatório pode também ser realizado de forma semipresencial (videoconferência), no foro de domicílio da parte (art. 4º, § 1º, Resolução n. 354/2020 do CNJ), caso em que deverá ser disponibilizada sala para a

(10) “Art. 2º Para fins desta Resolução, entende-se por: I – videoconferência: comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias; e II – telepresenciais: as audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias.” (Resolução n. 354/20 do CNJ).

sua realização, com adequação dos meios tecnológicos e observância das orientações dos órgãos de saúde (art. 1º da Resolução n. 341/2020 do CNJ);

c) Se houver possibilidade técnica e facilidade de comunicação, a oitiva das partes e testemunhas por meio remoto dispensa a expedição de carta precatória (art. 4º, § 2º, Resolução n. 354/2020 do CNJ), podendo o depoimento ser tomado pelo próprio juízo “deprecante” (art. 7º do Ato CGJT n. 11/20);

d) Os depoimentos prestados de forma remota equivalem à forma presencial para todos os fins legais, sem prejuízo da publicidade dos atos e das prerrogativas processuais dos advogados (art. 7º, I, Resolução n. 354/2020 do CNJ), salvo nos casos de segredo de justiça (art. 7º, V, Resolução n. 354/2020 do CNJ);

e) A regra da incomunicabilidade das testemunhas (art. 824 da CLT) deve ser preservada (art. 7º, II, Resolução n. 354/2020 do CNJ);

f) Os depoimentos serão gravados (art. 7º, IV, Resolução n. 354/2020 do CNJ), inclusive a qualificação dos depoentes (art. 4º do Ato CGJT n. 11/2020), o que não dispensa o termo de audiência escrito nos autos (art. 2º do Ato CGJT n. 11/2020), muito embora sem a necessidade da respectiva transcrição (Resolução n. 105/2010 do CNJ e decisão proferida no PP/CSJT-1001015-64.2020.5.00.0000);

g) A gravação da audiência pode ser dispensada se houver transmissão ao vivo, por exemplo, pelo YouTube (arts. 2º e 3º do Ato CGJT n. 11/2020), situação em que a transcrição dos depoimentos será essencial;

h) Será possível desfocar, desviar ou inabilitar a imagem de eventual ofensor que estiver presente na audiência, ou mesmo a deslocá-lo para o lobby, no caso de a testemunha se sentir intimidada com a sua presença (art. 7º, III, Resolução n. 354/2020 do CNJ);

i) A imagem dos juízes e desembargadores durante as audiências e sessões de julgamento telepresenciais deverá ocorrer durante todo o ato, sendo vedada sua interrupção sem justificativa plausível (art. 1º do Ato CGJT n. 4/2021);

j) Os sujeitos do processo devem se apresentar de forma condizente com a liturgia dos atos processuais presenciais, quanto à vestimenta e local da transmissão (art. 7º, VI, Resolução n. 354/2020 do CNJ), mas sem a necessidade de utilização de vestes talares (art. 1º do Ato CGJT n. 4/2021);

k) As audiências por meio telepresencial devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais (art. 15, § 2º, do Ato Conjunto CSJT.GP.GVP n. 6/2020);

l) Se houver prejuízo à participação das partes, testemunhas ou advogados, impedidos de participar da audiência por questões de ordem técnica devidamente justificadas, o juiz pode determinar a repetição dos atos (art. 7º, III, Resolução n. 354/2020 do CNJ);

m) Os atos que não puderem ser praticados na audiência, por questões técnicas, poderão ser adiados, mas o juiz pode prosseguir no interrogatório das partes (art. 5º do Ato CGJT n. 11/2020);

n) A oposição à realização de audiência telepresencial deve ser fundamentada, submetendo-se ao controle judicial (art. 3º, Resolução n. 354/2020 do CNJ).

Não se olvide de que todas as demais regras previstas no Processo do Trabalho permanecem vigentes, como é o caso do número de testemunhas (arts. 821 e 852-H, § 2º, da CLT),

podendo algumas delas sofrer adaptações para se amoldarem ao ambiente virtual, a exemplo da comunicação pessoal e reservada entre a parte e seu advogado (art. 7º, III, da Lei n.8.906/1994), o que leva à possibilidade de que participem da audiência em um mesmo ambiente físico ou, quando separados, possam conversar, por exemplo, por telefone.

Toda essa miríade normativa deve ser considerada pelo juízo quando da designação de audiência virtual, pois cabe a ele decidir sobre a efetiva viabilidade de sua realização (art. 236, § 3º, do CPC). A eventual oposição das partes deve ser examinada a partir da dialética com as inúmeras vantagens do ato virtual, que vão desde a simples economia de dinheiro e de tempo, até a facilitação do trâmite processual, podendo ser citados, de forma exemplificada: a dispensa de inscrição suplementar dos advogados de outros estados (art. 937, § 4º, do CP), a adoção do auxílio direto (art. 28 do CPC) para dispensar a prática de atos processuais por carta, a possibilidade de o juízo “ad quem” se valer do contato imediato com a prova oral e, principalmente, em tempos de pandemia, a preservação da saúde, pela inexistência de aglomeração física.

O receio “*per si*” de participar de processos com a produção de prova em ambiente virtual é, pois, “*a priori*”, injustificável, ressalvados casos extraordinários. A tendência é de que esse receio vá sendo vencido, principalmente pelos advogados.

Essa tendência se reforça pelo fato de que a sustentação oral à distância (art. 937, § 4º, do CPC) já vinha sendo amplamente acolhida e utilizada pelos causídicos, com elogios pela economia e celeridade processual, sendo certo que o depoimento das testemunhas, notadamente pela videoconferência (modalidade semipresencial), está calcado nas mesmas premissas estruturais.

Se é certo afirmar que o Direito desde sempre convive com o conflito dos estandartes da segurança jurídica e da justiça, as citadas

vantagens da prova produzida em ambiente virtual constituem um feixe raro, que consegue promover progresso em ambos os citados pilares, o que justifica o entusiasmo de sua utilização e constante aperfeiçoamento.

4. Os influxos da Lei Geral de Proteção de Dados na prova judicial

Considerando que o PJe é uma realidade em quase 100% das unidades jurisdicionais da Justiça do Trabalho brasileira e que o remanescente se refere a processos físicos que em parte estão estruturados em alguma forma de sistema eletrônico, é possível afirmar que todas as provas produzidas no Processo do Trabalho atualmente estão sujeitas ao controle da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — LGPD (Lei n. 13.709/2018), sempre que contiverem alguma referência a dados de pessoas naturais (art. 1º da Lei n. 13.709/2018).

Não obstante, a LGPD não apresenta regulação específica (senão genérica) para esse tema, o que impõe a necessidade de concretizar a proteção à privacidade de qualquer pessoa natural que seja sujeito na relação processual, levando sempre em conta os princípios processuais (especialmente os relativos à prova) e os critérios do art. 8º do CPC⁽¹¹⁾ e dos arts. 6º⁽¹²⁾

(11) “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

(12) “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização

e 23⁽¹³⁾ da LGPD.

Do ponto de vista procedimental, destacam-se como balizantes os seguintes dispositivos:

- a) art. 4º – enumera as situações jurídicas em que a LGPD não se aplica, sendo certo que a relação processual não está entre elas, o que leva à conclusão de que os dados pessoais de pessoas naturais constantes da prova judicial devem observar as suas diretrizes protetivas;
- b) art. 5º – apresenta conceitos essenciais, com destaque para o de tratamento, que muito bem se encaixa na produção da prova judicial em ambiente virtual;⁽¹⁴⁾
- c) art. 7º e art. 11 – dispensam a exigência de consentimento do titular para o tratamento de dados pessoais destinados ao “exercício regular de direitos” em processo judicial;

dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.”

(13) “Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que [...]”.

(14) Art. 5º, “X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;”

d) art. 16 – determina a eliminação dos dados pessoais após o término de seu tratamento e enumera exceções, com destaque para a situação em que a conservação se destina ao uso exclusivo do controlador;

e) art. 17 – garante a titularidade da pessoa natural sobre os seus dados pessoais, abrangendo os direitos fundamentais da liberdade, da intimidade e da privacidade;

f) art. 18 – relaciona providências a serem requeridas pelo titular em relação ao tratamento de seus dados, que vão desde o acesso até a revogação do consentimento de tratamento;

g) art. 31 – estabelece que a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar os vícios decorrentes de atos de órgãos públicos, que se assemelha a um “*writ*” administrativo;

h) art. 37 – institui o dever de o controlador manter o registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizar, situação que subsume à dos órgãos da Justiça do Trabalho, jurisdicionais e administrativos;

i) arts. 42 e 43 – impõem a responsabilidade civil objetiva dos agentes de tratamento (controlador ou operador) pelos atos que causarem danos patrimoniais e morais;

j) art. 46 – inicia a seção sobre a segurança e o sigilo de dados, determinando a adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas, que possuam aptidão para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas;

k) art. 64 – enuncia a natureza geral da LGPD, ressaltando a aplicação das leis especiais.

Considerando todo esse regramento, a nós parece salutar a adoção das seguintes práticas no Processo do Trabalho, do ponto de vista procedimental, a fim de garantir a proteção dos dados pessoais:

1) *partes e procuradores*: considerando a dispensa de consentimento (arts. 4º, VI,

e 11, II, “d”, da LGPD) e o princípio da publicidade dos atos processuais (art. 93, IX, da CF), não sendo o caso de segredo de justiça (art. 189 do CPC), os dados devem permanecer acessíveis a terceiros, mas apenas até o arquivamento dos autos (art. 16 da LGPD), quando então as informações só serão disponibilizadas por autorização judicial, mantidas a qualquer tempo as práticas já existentes contra a pesquisa em massa (art. 27 da Res. n. 185/2017 do CSJT), a fim de evitar a criação de cadastro de litigantes. Mas isso não impede que, a requerimento, o juízo determine a atribuição de sigilo a determinados documentos, como é o caso do termo de audiência que contiver dados bancários em função de acordo judicial, por exemplo;

2) *parte pessoa jurídica*: muito embora a LGPD só se aplique à pessoa natural, é certo que a empresa, no sentido trabalhista (arts. 2º, 10 e 144 da CLT), é formada pela universidade de bens, direitos e pessoas organizadas para a consecução da atividade econômica, também possui direito à proteção de sua personalidade (art. 5º, X, da CF) e de sua propriedade imaterial e industrial (Lei n. 9.279/1996). Por isso, é razoável estender a ela a proteção de seus dados, sempre que houver receio de dano a esses bens jurídicos, inclusive por meio da decretação do segredo de justiça (art. 27 da Resolução n. 185/2017 do CSJT);

3) *testemunhas e informantes*: “o serviço da Justiça do Trabalho é relevante e obrigatório, ninguém dele podendo eximir-se, salvo motivo justificado” (art. 645 da CLT). Por isso é que no caso de testemunhas e de informantes (inclusive os interrogados por peritos e oficiais de justiça, por exemplo), os dados pessoais relativos à sua qualificação (art. 828 da CLT) e sua relação pessoal com os fatos que interessam à causa (arts. 827 e 829) podem ser exigidos e devem ser fornecidos, inde-

pendentemente de consentimento. Todavia, no caso das audiências virtuais, considerando a eventual exposição da imagem, da voz e do ambiente privado desses sujeitos, é razoável exigir que o link dos depoimentos, quando gravados, conste de certidão específica (e não do termo de audiência), a qual deverá ficar em sigilo (art. 27 da Resolução n. 185/2017 do CSJT), com acesso franqueado apenas por autorização judicial, que poderá ser prévia para as partes e procuradores, inclusive com o envio do *link* para e-mail adrede informado;

4) *juiz e auxiliares da justiça*: esses sujeitos atuam no processo como profissionais que materializam os atos atribuídos ao órgão judiciário (arts. 139 e 149 do CPC), pelo que estão na condição de agentes de tratamento. Dessa formal, via de regra, atuando nesse mister, eles não informam dados pessoais, mas profissionais, decorrentes da função pública, em relação à qual prevalece o interesse público da respectiva transparência. Todavia, com o advento das audiências virtuais, alguns dados pessoais passaram a ficar vulneráveis, como é o caso da imagem dos juízes e servidores, situações em que será razoável adotar a mesma citada prática relativa às testemunhas, para evitar o uso indevido (item 3);

5) *prova emprestada*: quando a prova emprestada contiver dados pessoais de pessoas naturais que não sejam partes no processo, as respectivas informações deverão ser mantidas em sigilo, porque quanto a essas pessoas não se pode presumir que tenham aquiescido com a sua utilização fora da relação processual na qual os dados foram informados na condição do exercício regular de direito de ação (arts. 4º, VI, e 11, II, “d”, da LGPD), o que pode ser feito na forma do item 3;

6) *prova pericial*: as perícias que obtiverem dados de pessoas naturais (por exemplo, as médicas) e que possam causar risco à proteção dos direitos da personalidade

de pessoas jurídicas (mais comum nas de engenharia), também devem ser mantidas sob sigilo, salvo se versarem exclusivamente sobre fatos alegados e relativos às próprias partes, porque nesse caso estará subentendido a necessidade de seu tratamento para o exercício regular do direito de ação (arts. 4º, VI, e 11, II, “d”, da LGPD);

7) *prova documental*: quando a prova documental contiver dados das próprias partes, inclusive na fase de execução (como as decorrentes do uso de ferramentas eletrônicas de busca patrimonial) está autorizado o tratamento independentemente de consentimento, como decorrência do direito de ação (arts. 4º, VI, e 11, II, “d”, da LGPD). Todavia, em se tratando de dados sensíveis, é salutar que o juízo verifique seu eventual enquadramento nas hipóteses de segredo de justiça (art. 189 do CPC);

8) *prova ilícita*: a prova que não obedece aos requisitos de proteção da LGPD não pode ser considerada ilícita, porque o vício não é de conteúdo (obtenção), mas sim de produção, pelo que poderá ser considerada *ilegítima*. Todavia, trata-se de vício sanável (arts. 794 a 798 da CLT), de modo que podem ser preservadas e utilizadas a partir do momento em que forem devidamente saneadas, sem prejuízo da responsabilidade administrativa, civil e criminal daqueles que delas fizeram uso de forma indevida.

5. Considerações finais

Como visto, todos os meios de prova podem ser feitos de forma virtual, muito embora alguns deles necessitem de algumas adaptações.

Foi destacado que o CPC dispõe de regimento básico sobre o tema, o qual pavimenta

uma base sólida para que a prova seja produzida com segurança (jurídica e física), isonomia e com observância do devido processo legal citado no tópico anterior.

Os atos normativos judiciais, notadamente as Resoluções ns. 313, 314, 322, 329, 337, 341 e 345 do CNJ, a Resolução n. 185/2017 do CSJT e os Atos ns. 6/2020, 11/20 e 4/2021 da CGJT, por sua vez, regulamentam de forma detalhada a dinâmica das audiências virtuais, a bem de garantir o devido processo legal, mas em especial a isonomia, a acessibilidade e a segurança jurídica.

Quanto à LGPD, foi apresentada fundamentação sobre a sua aplicação ao Processo do Trabalho, sendo certo que a desnecessidade de consentimento prévio pelas partes e procuradores não dispensa a adoção de medidas protetivas em relação a situações específicas. Quanto aos demais sujeitos do processo, a proteção deve ser mais ampla, com a máxima cautela na exposição dos respectivos dados pessoais, sob pena de responsabilização dos agentes de tratamento de dados.

6. Referências

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Iniciativa probatória no segundo grau*. p. 223-240. In: SOARES, Marcelo; FERRAZ, Felipe de Ávila; SOARES FILHO, Deophanes Araújo; FERREIRA, Davidson Malaco. (Orgs.). Belo Horizonte: D’Plácito, 2018.

RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019.

REIS, Émilien Vias Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data. In: *Revista Veredas do Direito*, v. 17, n. 37, Belo Horizonte, jan./abril. 2020, p. 147.

A Utilização do Consentimento no Tratamento de Dados Pessoais nas Relações de Trabalho: Um Estudo à Luz da Interpretação Legislativa da União Europeia

Maria Gabriela Lopes de Macedo^(*) e Alisson Alessandro Possa^(**)

Resumo:

- O presente trabalho tem como objetivo analisar como a base legal do consentimento para tratamentos de dados pessoais sofre modificações nas relações de trabalho tendo em vista a especificidade da relação laboral. Adotaram-se parâmetros interpretativos elaborados através dos anos de desenvolvimento da disciplina jurídica de proteção de dados pessoais na União Europeia, que o Brasil acabou por importar por força da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Palavras-chave:

- Direito do trabalho — Hipossuficiência — Sindicatos — Proteção de dados — Consentimento — Base legal.

Abstract:

- The present work aims to analyze how the legal basis of consent for the processing of personal data undergoes changes in employment relationships taking in account the specificities of this relation. For this paper, it was studied interpretative parameters adopted through the years of development of the legal discipline for the protection of personal data in the European Union, which Brazil ended up importing under the General Law for the Protection of Personal Data.

(*) Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Unyleya. Membro da Comissão de Direito do Trabalho e Sindical da OAB/DF.

(**) Certified Informational Privacy Professional Europe (CIPP/E) pela IAPP. Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Membro da Comissão Especial de Proteção de Dados do Conselho Federal da OAB Nacional.

Keywords:

- Labor law — Unequal balance of power — Work councils — Data protection — Consent — Legal basis.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. O viés constitucional do Direito do Trabalho
- 3. Os princípios do Direito do Trabalho
- 4. O papel dos sindicatos no equilíbrio da relação laboral
- 5. A reforma trabalhista e o negociado sobre o legislado
- 6. A aplicação da LGPD na relação de trabalho
- 7. As bases legais para tratamento de dados pessoais na relação trabalhista
- 8. O consentimento
- 9. O consentimento na relação de trabalho
- 10. Hipóteses de utilização do consentimento na relação de trabalho
- 11. Considerações finais
- 12. Referências

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei n. 13.709/18, é a primeira legislação brasileira que trata sobre dados pessoais de maneira ampla e horizontal, afetando outros segmentos do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa lei foi consequência de um movimento global de adoção de legislações de proteção de dados que utilizam como modelo a *General Data Protection Regulation, Regulation 2016/679* (doravante GDPR) da União Europeia, em razão da necessidade de os mercados nacionais demonstrarem a adoção de requisitos de proteção de dados pessoais para continuar a transacionar com o mercado do Velho Continente.⁽¹⁾

Entretanto, a adoção de uma legislação que incorporou institutos europeus com décadas

de evolução interpretativa e que afeta outras áreas com desenvolvimento nacional próprio, como a área trabalhista no Brasil, cria questionamentos a respeito da harmonização da aplicação de alguns pontos específicos.

O artigo visa responder a seguinte pergunta: é possível a utilização do consentimento como base legal para tratamento de dados pessoais na relação de trabalho?

Para tanto, a abordagem da relação laboral no ordenamento brasileiro será com base na legislação, jurisprudência e doutrina brasileiras, enquanto a análise do consentimento como base legal de tratamento de dados pessoais utilizará a própria LGPD aliada à doutrina e a interpretações de instituições europeias sobre seus requisitos (relativas à GDPR).

Perpassar-se-á pela relação de hipossuficiência no Direito do Trabalho e pelo papel dos sindicatos no equilíbrio da relação, explanando as mudanças trazidas pela Lei n. 13.467/17.

Por fim, serão identificadas as premissas que permitem a aplicação do consentimento

(1) O art. 45 da GDPR só permite que transferências de dados pessoais sujeitos à legislação sejam transferidas para empresas com sede em outros países por meio de uma decisão de adequação com base em critérios mínimos definidos.

perante a legislação europeia, analisando, ainda, se o ordenamento jurídico trabalhista no Brasil possui, ou não, premissas semelhantes que possam atrair a interpretação da legislação paradigma.

2. O vés constitucional do Direito do Trabalho

A Constituição Federal de 1988 possui arquitetura principiológica humanística e social, sendo fortemente ligada ao conceito de direitos fundamentais da pessoa humana.⁽²⁾

Nesse cenário trazido pela constituição-cidadã, há uma especial proteção aos direitos trabalhistas. O capítulo II da Carta Magna é focado em artigos relativos aos direitos dos trabalhadores, consignando em seu art. 6º que **o trabalho é um direito social**⁽³⁾. O art. 7º, por sua vez, traz um rol de direitos dos trabalhadores, visando à melhoria de sua condição social.

Portanto, inequívoco que as relações de trabalho e emprego possuem proteção especial da Constituição Federal, tendo em vista a situação de desequilíbrio intrínseca à relação, uma vez que os direitos sociais dos trabalhadores são **direitos fundamentais**⁽⁴⁾. Nesse sentido, o Direito do Trabalho busca o equilíbrio da relação assimétrica por natureza entre as partes da relação de trabalho, concedendo prerrogativas e direitos aos trabalhadores, que são também constitucionais. Veja-se o entendimento de Mauricio Godinho sobre o tema⁽⁵⁾:

Mediante suas regras imperativas, o Direito do Trabalho busca democratizar a mais importante relação de poder existente no âmbito da dinâmica econômica, instituindo certo parâmetro de igualdade jurídica material nessa relação

profundamente assimétrica. Atenua o poder empregatício e eleva as condições de vida e trabalho da pessoa humana trabalhadora no âmbito de sua relação de emprego.

Veja-se, ainda, o entendimento de Vólia Bomfim⁽⁶⁾:

A diretriz básica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, uma vez que o empregado não está em igualdade jurídica com o empregador, como acontece com os contratantes no Direito Civil. A finalidade do Direito do Trabalho é garantir a igualdade substancial entre as partes e, para tanto, necessário se torna proteger a parte mais frágil desta relação: o empregado.

Assim, em uma relação trabalhista, diferentemente de uma relação civil, há assimetria entre as partes, decorrente da própria natureza da relação, uma vez que se presume hierarquia entre os envolvidos⁽⁷⁾. A igualdade que se busca nas relações de trabalho é **material** e deve considerar a condição de **hipossuficiência do trabalhador**.

3. Os princípios do Direito do Trabalho

Sob a ótica de direito social, o Direito do Trabalho possui uma série de princípios que visam, em sua maioria, a proteção ao trabalhador em sua condição de hipossuficiência. Dentre os mais importantes princípios trabalhistas, está o **princípio da proteção**, que visa dar ao empregado a proteção por meio da lei, justificando desigualdades formais em busca da igualdade material⁽⁸⁾. Veja-se o entendimento de Vólia Bomfim⁽⁹⁾:

(6) CASSAR, Vólia Bomfim. *Resumo de direito do trabalho*. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 28.

(7) A hierarquia está presente em todas as relações de trabalho, mas por óbvio que ela é mais acentuada na relação de emprego (com assinatura da Carteira de Trabalho), por presumir subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade (art. 3º da CLT).

(8) MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 133.

(9) CASSAR, 2018, p.28.

(2) DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 29.

(3) Um dos princípios da ordem econômica é a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF)

(4) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 52.

(5) DELGADO; DELGADO, 2017, p. 40.

O princípio da proteção ao trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e empregador, **o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes**. Desta forma, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais. (grifos nossos)

O princípio da proteção se desmembra em outros três: (a) *in dubio pro operario* (na interpretação normativa)⁽¹⁰⁾, (b) aplicação da norma mais favorável ao empregado (no conflito de normas)⁽¹¹⁾, (c) aplicação da condição mais benéfica ao empregado (em pactos tácitos)⁽¹²⁾.

Outro princípio trabalhista de grande relevância é o **princípio da irrenunciabilidade de direitos**, que se baseia na regra geral de que os direitos trabalhistas (por serem direitos sociais) são indisponíveis pelo trabalhador, de forma expressa ou tácita, sendo que, tal ato, caso ocorra, não terá validade e será considerado nulo:

O impedimento tem como fundamento a natureza dos direitos previstos nas normas trabalhistas, que são de ordem pública, cogentes, imperativas, logo,

irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado.⁽¹³⁾

Veja-se o entendimento de Mauricio Godinho⁽¹⁴⁾ nesse sentido:

(...) o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento.

O art. 9º da CLT declara nulo todo ato que vise fraudar a aplicação de preceitos trabalhistas, e o art. 468 da CLT considera nula qualquer alteração contratual lesiva ao trabalhador. Porém, se não causar prejuízo ao empregado ou se possuir expressa autorização constitucional, esses direitos seriam de indisponibilidade relativa e poderiam ser negociados⁽¹⁵⁾.

Veja-se, ainda, um exemplo de acórdão trabalhista nesse sentido, advindo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região⁽¹⁶⁾:

ACORDO EXTRAJUDICIAL REALIZADO ENTRE AS PARTES. RENÚNCIA A DIREITOS TRABALHISTAS. INVALIDADE. O acerto realizado entre as partes, por meio do qual a Empresa pagou R\$ 5.000,00 para se eximir da responsabilidade de indenizar, em decorrência do acidente de trabalho, é considerado como renúncia por parte do Autor, o que é expressamente vedado, em observância aos Princípios da proteção e da irrenunciabilidade dos direitos e garantias do trabalhador. Ademais, o Reclamante não contou com qualquer assistência da entidade sindical de sua categoria (poderíamos usar como analogia o artigo 477, § 1º, da CLT, que determina a presença do Sindicato para dar validade às rescisões dos trabalhadores com mais de um ano de serviço, que era o caso do Obreiro quando da assinatura do acordo). Assim, ficou desprotegido, além de submetido ao

(10) O princípio do *in dubio pro operario* determina basicamente que, “quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, por aquela que for mais favorável ao trabalhador, já que este é a parte fraca da relação” (CASSAR, 2018, p. 33).

(11) O princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, implícito no art. 7º, caput, da CF, pressupõe que, em conflito de normas aplicáveis ao trabalhador, deve-se optar pela norma mais favorável, independentemente da hierarquia formal (CASSAR, 2018, p. 31). Tal princípio foi relativizado após a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/17), com a lógica do negociado sobre o legislado, conforme se demonstrará.

(12) O princípio da aplicação da condição mais benéfica significa a aplicação da regra do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF), de modo que “tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de modo habitual, prevalece, não podendo ser suprimido” (CASSAR, 2018, p. 29). Assim, uma condição mais benéfica ao trabalhador prevalece e não pode ser suprimida posteriormente.

(13) CASSAR, 2018, p.42.

(14) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 220.

(15) MARTINS, 2019, p. 136.

(16) BELO HORIZONTE. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região (6ª Turma). Acórdão. Acordo extrajudicial realizado entre as partes. renúncia a direitos trabalhistas. invalidade. Relator: Fernando Antonio Viegas Peixoto. *DEJT/TRT3/Cad. Jud*, Belo Horizonte, 18 nov. 2014. p. 157.

poder hierárquico do empregador, motivo pelo qual não há como conferir validade, conforme requer a Reclamada.

Nesse mesmo sentido, há o **princípio da primazia da realidade**, que prevê que os fatos prevalecem sobre a forma. O que importa é o que realmente aconteceu, e não o que está escrito⁽¹⁷⁾. Assim, sempre prevalecerá a realidade dos fatos em detrimento de eventuais documentos assinados pelo empregado.

Assim, como regra, a despeito de o contrato de trabalho ser uma relação bilateral, em sendo também assimétrica, há a **relativização da autonomia de vontade do trabalhador**, uma vez que, em razão de sua hipossuficiência, este não teria condições de negociar de forma paritária com seu empregador. Nesse sentido, qualquer renúncia de direitos, bem como situação formal distinta da realidade fática, é considerada **nula** e sem validade perante o ordenamento.

4. O papel dos sindicatos no equilíbrio da relação laboral

Em meio a todo o cenário de assimetria de relações, os sindicatos exercem papel fundamental nas negociações laborais (seja entre o sindicato e a empresa ou entre sindicatos).

Justamente em razão de o trabalhador, na maioria das vezes, não estar apto a transacionar direitos de forma individual, as entidades sindicais cumprem esse papel, com a finalidade de proteger os direitos trabalhistas e atuar de forma paritária nas negociações (suprindo a autonomia de vontade). Isso porque, diferentemente do empregado, os sindicatos negociam de forma igualitária com os empregadores ou sindicatos patronais, de modo a garantir direitos fundamentais e defender os interesses da categoria.

Amauri Mascaro Nascimento define sindicato como uma “*organização social constituída para, segundo um princípio de autonomia privada coletiva, defender os interesses trabalhistas e econômicos nas relações coletivas entre grupos*”

sociais”⁽¹⁸⁾. Em suma, o objetivo dos sindicatos reside na coordenação e defesa dos interesses do grupo de seus representados⁽¹⁹⁾. A CLT, em seu art. 511, define sindicato como uma associação para coordenação de interesses econômicos ou profissionais⁽²⁰⁾.

A atuação sindical⁽²¹⁾ é resguardada pela própria Constituição Federal, sendo que seu art. 8º prevê o direito à livre associação sindical, estabelecendo também a autonomia e a unicidade sindicais. Além disso, nos incisos III e VI do art. 8º, estabelece que “*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*”, bem como que “*é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho*”⁽²²⁾.

Como leciona Sérgio Pinto Martins⁽²³⁾, “*os interesses a serem defendidos pelos sindicatos não são só individuais, mas principalmente os coletivos, de seus membros ou da categoria*”. Segundo o mesmo doutrinador⁽²⁴⁾, os sindicatos no Brasil⁽²⁵⁾ têm funções de representação (de

(18) ROCHA, Andrea Presas. *Legitimação Sindical Constitucional: uma proposta de sistematização da legitimação para agir dos entes sindicais a partir do texto constitucional*. São Paulo. 2012. p. 42. *Apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005 p. 1.041.

(19) ROCHA, 2012, p. 42.

(20) Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

(21) Existem também outras formas de representação dos empregados, como a “Comissão de Representação dos Empregados” (arts. 510-A e ss da CLT), representação intraempresarial, porém esses entes coletivos possuem menor força e são menos usuais.

(22) Há toda uma estrutura sindical regulamentada pelo ordenamento, composta por Sindicatos, Federações e Confederações, porém esse não será o enfoque trazido no presente artigo.

(23) MARTINS, 2019, p. 1081.

(24) MARTINS, 2019, p. 1125-1126.

(25) Existem sindicatos da categoria profissional e sindicatos patronais, sendo que os primeiros representam os

(17) CASSAR, 2018, p.34.

interesses individuais ou coletivos perante autoridades administrativas ou judiciárias), negociais (firmação de acordos e convenções coletivas de trabalho), assistencial (assistência judiciária — art. 514, “b”, da CLT, assistências rescisórias de empregados — art. 500 da CLT, etc.) e social (integração social do trabalhador na sociedade).

Os sindicatos, no âmbito das negociações coletivas do trabalho, celebram contratos coletivos de trabalho (art. 513, “b”, da CLT), que se dividem em: acordo coletivo de trabalho (ACT) e convenção coletiva de trabalho (CCT). As convenções coletivas são negociadas entre sindicato da categoria e sindicato patronal, tendo alcance para toda a categoria de trabalhadores⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾. Já os acordos coletivos de trabalho são celebrados entre o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas da categoria econômica, com alcance somente para os empregados de empresas negociantes.⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾

Nesse sentido, empregados e empregadores se resguardam em negociações coletivas por meio de seus sindicatos para chegar a um termo adequado para ambos, que só é possível em razão do equilíbrio de forças na atuação do sindicato profissional em nome dos trabalhadores representados.

trabalhadores e os últimos, os empregadores. Porém, no caso do sindicato patronal, este serve mais para viabilizar as negociações coletivas (além do alcance destas).

(26) Art. 611 da CLT: Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

(27) MARTINS, 2019, p. 1233.

(28) Art. 611, § 1º, da CLT: § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

(29) MARTINS, 2019, p. 1233.

Ademais, os sindicatos exercem autonomia privada coletiva, menos limitada do que a autonomia privada individual⁽³⁰⁾:

A autonomia privada individual diz respeito ao estabelecimento de regras jurídicas para as próprias partes interessadas, como ocorre no contrato. (...) Prevê o art. 444 da CLT que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Isso significa que existem limites à autonomia privada individual na contratação, isto é, os ajustes entre empregado e empregador estão limitados pela norma coletiva, pela autonomia privada coletiva.

Na autonomia privada coletiva, há a possibilidade de criação de normas jurídicas trabalhistas pelos sindicatos, que são aplicáveis às relações de trabalho. É manifestada pelos contratos, convenções e acordos coletivos, que terão incidência sobre os contratos de trabalho, como se fosse a lei das partes.

Leciona, ainda, Mauricio Godinho⁽³¹⁾: “a área de indisponibilidade absoluta, no Direito Individual, é, desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo”.

Assim, por meio da formação de “lei das partes” (efeitos normativos), é possível se adequarem normas e condições de trabalho à situação específica de um grupo, encaixe legislativo que seria impossível considerando o inevitável caráter genérico das leis⁽³²⁾.

(30) MARTINS, 2019, p. 1192.

(31) DELGADO, 2016, p. 220.

(32) Veja-se, a título de exemplo, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que valida normas coletivas que concedem condições distintas das legalmente previstas aos trabalhadores: E-RR-2150-14.2011.5.03.0113, Subseção

Portanto, é evidente o papel fundamental dos Sindicatos nas negociações coletivas, que garantem meios paritários de negociação para estabelecer direitos ou condições de trabalhos específicas aos trabalhadores da categoria por eles representados.

5. A reforma trabalhista e o negociado sobre o legislado

A Lei n. 13.467/17, a dita lei da reforma trabalhista, trouxe uma série de alterações na CLT com o objetivo de flexibilizar as normas trabalhistas. Dentre as mudanças, veio a valoração do negociado sobre o legislado, no sentido que de o negociado entre as partes em uma relação laboral prevalece em detrimento da previsão legal, por ser mais específica e, em tese, adequar-se à realidade dos envolvidos. Nesse sentido, esvaziou-se o *princípio da norma mais favorável*, prevalecendo, na verdade, a norma mais específica (negociada entre as partes).

Segundo Mauricio Godinho, com a reforma trabalhista houve a “*exacerbação dos poderes da negociação coletiva trabalhista*”⁽³³⁾. Isso porque foi estabelecido no art. 611-A da CLT um rol (exemplificativo) de assuntos que podem ser objeto de normatização pela negociação coletiva, estabelecendo-se que nesses casos as normas coletivas têm “prevalência sobre a lei”, por exemplo: jornada de trabalho, banco de horas, teletrabalho, participação nos lucros e resultados etc. Assim, a reforma trabalhista deu uma maior força às normas coletivas.

Em contrapartida, o art. 611-B da CLT traz um rol (taxativo) de direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos por norma coletiva, a exemplo de: salário-mínimo, hora noturna, FGTS, repouso semanal remunerado,

férias, 13º salário, horas extras de 50%, aviso-prévio proporcional, intangibilidade salarial, normas de saúde, higiene e segurança, direito de ação prescritível em 5 anos, liberdade de associação sindical, direito de greve, direitos das mulheres.

Portanto, atualmente as normas coletivas têm maior força ainda na instituição de normativas das relações trabalhistas, havendo rol exemplificativo de direitos negociáveis e rol taxativo de direitos indisponíveis, sendo que as disposições nela estabelecidas prevalecem sobre a lei ordinária⁽³⁴⁾. Os arts. 611-A e 611-B da CLT trazem os direitos de indisponibilidade relativa (negociáveis) e os de indisponibilidade absoluta (não negociáveis), respectivamente⁽³⁵⁾.

Nesse mesmo cenário, ficou estabelecido, ainda, no art. 620 da CLT, a prevalência dos ACTs sobre os CCTs, justamente em razão de os primeiros serem mais específicos do que os últimos, criando-se uma “hierarquia das normas negociais coletivas”⁽³⁶⁾, em detrimento do *princípio da norma mais favorável*.

Para além da maior força dada às normas coletivas, a reforma trabalhista também trouxe a figura do empregado “hipersuficiente”. No parágrafo único do art. 444 da CLT, acrescentou-se a possibilidade de que o empregado portador de diploma de nível superior e com salário igual ou maior que 2 (duas) vezes o limite do RGPS⁽³⁷⁾ possa negociar individualmente com o empregador, em preponderância aos instrumentos coletivos, quanto aos temas do art. 611-A da CLT.

Nesse sentido, esse empregado “hipersuficiente”, em razão da maior remuneração e do diploma de nível superior, não estaria submetido a subordinação tão intensa, possuindo

I Especializada em Dissídios Individuais, relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 05/06/2015; E-RR-187600-55.2005.5.12.0027, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 04.04.2014.

(33) DELGADO; DELGADO, 2017, p. 253.

(34) DELGADO; DELGADO, 2017, p. 255.

(35) DELGADO; DELGADO, 2017, p. 269.

(36) DELGADO; DELGADO, 2017, p. 275

(37) Em 2021 o teto do RGPS estabelecido foi de R\$ 6.433,57.

o poder também de impor a sua vontade na relação empregatícia⁽³⁸⁾.

Evidente, portanto, que a reforma trabalhista deu ênfase às negociações entre partes no contrato laboral, instituindo o negociado sobre o legislado, sendo elas por meio de sindicatos ou diretamente com empregados “hipersuficientes”, tendo, inclusive, prevalência sobre a lei.

6. A aplicação da LGPD na relação de trabalho

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) — Lei n. 13.709/18 entrou em vigor em setembro de 2020 e é aplicada a todas as atividades de tratamento de dados pessoais realizadas por pessoas físicas e jurídicas.⁽³⁹⁾

A aplicação horizontal da lei atinge todas as relações especializadas no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser interpretada e aplicada conforme as legislações que regulamentam essas relações, tal como a de consumo e a de trabalho.

A relação de trabalho é baseada principalmente no tratamento de dados pessoais devido à conceituação de empregado pela CLT⁽⁴⁰⁾. Assim, no ordenamento trabalhista, existem tratamentos de dados pessoais desde o processo pré-contratual (processos de seleção, coleta de históricos para candidatos, etc.) até depois do encerramento do vínculo contratual (comprovação de cumprimento de obrigações fiscais e previdenciárias etc.).

Não só a aplicação da LGPD na área trabalhista já é considerada de fácil exercício interpretativo como já existem notícias sobre

processos na justiça trabalhista tratando sobre o tema. Segundo levantamento feito pela empresa de jurimetria *Data Lawyer Insights*, em janeiro de 2021 já existiam 139 processos trabalhistas com menção à LGPD, com a soma total dos pedidos das causas ultrapassando 15 milhões de reais⁽⁴¹⁾.

7. As bases legais para tratamento de dados pessoais na relação trabalhista

Estabelecida a aplicação da LGPD no âmbito trabalhista, é necessária a análise dos requisitos para tratamento de dados pessoais nessa relação especializada. A despeito de a LGPD não trazer normativas específicas para relações laborais, sua aplicabilidade se dá pelos próprios conceitos gerais da lei.

Segundo o art. 7º da Lei n. 13.709/18⁽⁴²⁾, todo processo de tratamento de dados pessoais deve estar fundado em uma base legal,

(41) Lei Geral de Proteção de Dados foi citada em 139 ações trabalhistas. *Conjur*, São Paulo, 20 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-20/lei-geral-protecao-dados-foi-citada-139-acoes-trabalhistas>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

(42) I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII – para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

(38) DELGADO; DELGADO, 2017, p. 159.

(39) Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

(40) Art. 3º – Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

que são as justificativas para os tratamentos desses dados.

No caso de tratamento de dados pessoais sensíveis, o art. 11 explicita que o tratamento deve ser, preferencialmente, baseado no consentimento ou na indispensabilidade, quando o dado pessoal for indispensável para as hipóteses das alíneas do referido artigo (que são basicamente as mesmas previstas nos incisos do art. 7º da Lei).

Os tratamentos de dados pessoais especificamente nas relações de trabalho são exemplificados no art. 88 (1) da GDPR⁽⁴³⁾, que inspirou a LGPD, e podem ser divididos pelos seguintes critérios: tratamentos obrigatórios por lei; tratamentos resultantes da execução do trabalho; tratamentos relativos à segurança do ambiente de trabalho e da prestação de serviços; e tratamentos voltados para aprimoramento da cultura e integração dos trabalhadores.

Os tratamentos que são obrigatórios por lei estão sujeitos à base legal específica e dizem respeito à coleta de dados para finalidades estabelecidas em legislações.

Tratamentos resultantes da execução de trabalho (exemplo de folha de ponto, coleta de dados para cadastros em sistemas, monitoramento da qualidade da prestação do serviço, etc.) são aqueles que são necessários para a empresa executar a atividade empresarial. Para tais tratamentos de dados pessoais, dependendo do caso concreto, as bases legais da *execução contratual* ou do *legítimo interesse*

podem ser aplicadas conforme orientações da antiga *Article 29 Working Party*⁽⁴⁴⁾.

Tratamentos relativos à segurança do ambiente do trabalho podem ser tratamentos relativos a dados pessoais sensíveis (como da saúde do trabalhador ou de sua imagem para finalidade de identificação) ou tratamentos de monitoramento constante do ambiente de trabalho (monitoramento de e-mails, acessos a websites em dispositivos móveis pela rede da empresa, entre outros exemplos semelhantes). Tais situações, segundo a *Article 29 Working Party*, podem ser amparadas na base legal do *legítimo interesse*⁽⁴⁵⁾.

Outras bases legais previstas na LGPD podem ser aplicadas dependendo da finalidade do tratamento dos dados pessoais, tal como para *proteção da vida*, em casos de acidentes de trabalho, *exercício regular de direito em processo judicial* – seja em defesa do empregador seja para representantes dos trabalhadores em sede judicial –, ou até mesmo para *realização de pesquisas* sobre o mercado de trabalho brasileiro.

A única base legal que apresenta dificuldades e amplo debate sobre sua possibilidade de aplicação é a do **consentimento**, prevista no inciso I do art. 7º da LGPD, que é orientada para os tratamentos considerados opcionais decorrentes da relação de trabalho, considerando as dificuldades da utilização da base legal, pelos motivos que serão explorados a seguir.

8. O consentimento

O consentimento é a base legal pela qual o fundamento da autodeterminação informativa⁽⁴⁶⁾ se expressa na legislação, que, por

(43) Member States may, by law or by collective agreements, provide for more specific rules to ensure the protection of the rights and freedoms in respect of the processing of employees' personal data in the employment context, in particular for the purposes of the recruitment, the performance of the contract of employment, including discharge of obligations laid down by law or by collective agreements, management, planning and organisation of work, equality and diversity in the workplace, health and safety at work, protection of employer's or customer's property and for the purposes of the exercise and enjoyment, on an individual or collective basis, of rights and benefits related to employment, and for the purpose of the termination of the employment relationship.

(44) ARTICLE 29 – data protection working party. *Opinion 2/2017 on data processing at work*. Brussels. 2017. p. 7. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631>. Acesso em: 07 abr. 2021.

(45) A *Opinion 02/2017* na seção destinada a cenários específicos que resultam de atividades de monitoramento aborda a utilização do legítimo interesse como base legal possível de ser utilizada mediante medidas de mitigação de risco a serem adotadas pelo empregador.

(46) Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

II – a autodeterminação informativa;

sua vez, é a expressão de direito fundamental da proteção de dados pessoais. A proteção de dados pessoais tem o consentimento como o instrumento por meio do qual o titular possui controle sobre a utilização de seus dados e o nível de exposição da sua privacidade, o que se caracteriza como uma expressão de direito fundamental.

A proteção de dados pessoais, tendo a concepção de controle/autodeterminação de seus dados como direito fundamental, foi reconhecida no Brasil por ocasião do julgamento das ADIs ns. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 que questionavam a Medida Provisória n. 954/2020⁽⁴⁷⁾.

O elemento de controle do titular sobre seus dados pessoais como direito fundamental foi explorado pelo Ministro Gilmar Mendes, no referendo da decisão monocrática⁽⁴⁸⁾ que suspendeu os efeitos da referida Medida Provisória, citando a decisão do Tribunal Constitucional Alemão:

“O Tribunal Constitucional reconheceu a existência de um direito constitucional de personalidade que teria como objeto de proteção o poder do indivíduo de ‘decidir sobre a divulgação e o uso dos seus dados pessoais’ (*‘selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen’*), de ‘decidir sobre quando e dentro de quais limites os fatos da sua vida pessoal podem ser revelados’ (*‘zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden’*) e ainda ‘de ter conhecimento sobre quem sabe e o que sabe sobre si, quando e em que ocasião’ (*‘wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß’*). (FRANZIUS, *op. cit.*, p. 259)”

(47) “Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal (...) durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19)”

(48) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387*. Distrito Federal. Brasília, DF, 07 maio 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

Assim, o consentimento é a base legal justificante de tratamentos de dados pessoais que garante ao titular o pleno exercício da autodeterminação informativa como um direito fundamental, e, para tanto, devem-se observar critérios que foram elencados pela LGPD ao conceituar o consentimento.

A conceituação do consentimento está prevista no art. 5º, inciso XII, da LGPD e estruturado em 4 (quarto) eixos (ou requisitos), devendo ser uma manifestação: **livre, informada, inequívoca e com finalidades determinadas**.

O conceito de consentimento na LGPD segue claramente a estrutura do consentimento na GDPR, prevista no art. 4 (11)⁽⁴⁹⁾. Considerando que o Brasil importou a estrutura normativa em proteção de dados da legislação europeia e que o estudo da disciplina no Velho Continente remonta às primeiras legislações de proteção de dados na década de 1950, cabe uma análise das interpretações de instituições europeias sobre os requisitos do consentimento na GDPR, que podem ser utilizadas como paradigma para a interpretação da LGPD.

A *European Data Protection Board*, em maio de 2020, adotou o documento “Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679” como guia interpretativo dos elementos do conceito de consentimento. Os requisitos para o consentimento são cumulativos, e a autoridade europeia elenca os seguintes: manifestação livre, específica, informada e não ambígua (inequívoca).

Conforme o entendimento da instituição europeia, o primeiro requisito, a “manifestação livre”, envolve a escolha real e o controle dela por parte dos titulares de dados pessoais, devendo haver um equilíbrio de poderes entre o titular dos dados pessoais e o controlador

(49) ‘Consent’ of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject’s wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her;

que apresenta o requerimento de consentimento⁽⁵⁰⁾. A **manifestação livre** também é um requisito para consentimento na LGPD.

A estruturação de manifestação livre é dividida em 4 (quatro) elementos: equilíbrio de poder, condicionamento, granularidade e detrimento⁽⁵¹⁾. O principal elemento que impacta o consentimento na relação de trabalho é justamente o equilíbrio de poder.

O elemento do *equilíbrio de poder* está ligado à ideia de que controlador e titular de dados pessoais devem estar no mesmo patamar de poderes, sendo vedado ao controlador impor a manifestação do consentimento por meio de intimidação, coerção ou consequências negativas para o titular⁽⁵²⁾, por estar em uma posição de privilégio com controle do tratamento dos dados.

A relação de trabalho é justamente um exemplo de ausência de equilíbrio de poderes entre as partes, o que foi explorado em ponto específico.

O segundo requisito do consentimento é que ele deve ser “específico”, ou seja, ligado a **finalidades determinadas**, conceito trazido também pela LGPD. Para garantir a autodeterminação informativa é necessário que o titular seja informado de todas as finalidades específicas dos tratamentos para o qual os dados pessoais serão utilizados. Não pode o controlador informar finalidades genéricas e amplas que não permitam ao titular o conhecimento exato e preciso do nível de intrusão à privacidade que está autorizando.

O terceiro requisito, o da “informação”, corresponde aos princípios do livre acesso e

da transparência⁽⁵³⁾. E, de acordo com o referido órgão europeu, é cumprido mediante a observância de: conteúdo que é informado ao titular, momento em que ocorre a informação e maneira como essa informação é levada ao seu conhecimento. A **manifestação informada** também é requisito para o consentimento segundo a LGPD.

O consentimento demanda que o titular possua informações suficientes para tomar a decisão sobre consentir ou não, sendo vedado ao controlador omitir informações que possam induzir o titular em erro, conforme previsão do art. 8º, § 3º, da LGPD⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾. O conteúdo a ser divulgado ao titular deve ser, no mínimo, aquele que consta nos incisos de I a VII do *caput* do art. 9º da LGPD⁽⁵⁶⁾, cujo rol é exemplificativo.

Como quarto e último requisito do consentimento, a manifestação deve apresentar exatamente a vontade do titular sem deixar dúvidas sobre a sua intenção, evitando-se ambiguidades na interpretação da sua vontade. Isso acaba por eliminar a possibilidade de utilização de espaços pré-selecionados ou maneiras que condicionem o titular a ceder

(53) Art. 6º: IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

(54) § 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas **previamente** com transparência, de forma clara e inequívoca (grifo nosso).

(55) Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. § 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

(56) I – finalidade específica do tratamento; II – forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III – identificação do controlador; IV – informações de contato do controlador; V – informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI – responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII – direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

(50) GUIDELINES 05/2020 on consent under Regulation 2016/679. European Data Protection Board. 2020. p. 7. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_en>. Acesso em: 28 mar. 2021.

(51) O detalhamento dos elementos consta em: GUIDELINES 05/2020 on consent under Regulation 2016/679. European Data Protection Board. 2020. p. 8-13.

(52) GUIDELINES, 2020, p. 9.

seu consentimento por engano. Equipara-se ao requisito da **manifestação inequívoca**, trazido pela LGPD.

9. O consentimento na relação de trabalho

A exposição dos requisitos do consentimento teve como finalidade demonstrar que o consentimento é uma base legal que possui vários condicionantes para ser considerado válido e, consequentemente, é complexo de ser utilizado em situações específicas.

A relação de trabalho é relação jurídica prevista constitucionalmente e regulada por legislação especializada que trata sobre vínculo específico que é característico de países capitalistas, marcado pela diferença de poderes entre as partes, conforme já demonstrado no item III do presente estudo.

Como registrado na apresentação dos requisitos para a validade do consentimento, não devem existir diferenças de poderes entre o controlador e o titular de dados de maneira que o titular seja condicionado, implicitamente ou explicitamente, por receio de consequências negativas, a ceder seu “consentimento”.

Tal consentimento não seria livre como manda a legislação, tendo em vista, inclusive, como já explanado, que, nas relações de trabalho, há a relativização da autonomia de vontade do trabalhador. Esse acaba sendo o impeditivo da utilização do consentimento como base para a maior parte dos tratamentos de dados pessoais realizados no contexto da relação laboral.

A questão é pacífica na União Europeia há décadas. Em 2001 a *Article 29 Working Party* (atual *European Data Protection Board*) emitiu a “*Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context*” tratando sobre o tema com base na antiga *Data Protection Directive* (*Directive 95/46*):

The Article 29 Working Party takes the view that where consent is required from a worker, and there is a real or potential relevant prejudice that

arises from not consenting, the consent is not valid in terms of satisfying either Article 7 or Article 8 as it is not freely given. If it is not possible for the worker to refuse it is not consent. Consent must at all times be freely given. Thus a worker must be able to withdraw consent without prejudice. An area of difficulty is where the giving of consent is a condition of employment. The worker is in theory able to refuse consent but the consequence may be the loss of a job opportunity. In such circumstances consent is not freely given and is therefore not valid.⁽⁵⁷⁾

Em 2017, a *Opinion 8/2017* também aborda a questão dos tratamentos de dados pessoais na relação de trabalho, mas apenas em relação à GDPR. Ela versa especificamente sobre a impossibilidade de o consentimento ser cedido livremente pelo titular, pois a diferença de poderes entre empregador/empregado, traduzidos em controlador/titular, impede o preenchimento do requisito do equilíbrio de poder:

WP29 has previously outlined in *Opinion 8/2001* that where an employer has to process personal data of his/her employees it is misleading to start with the supposition that the processing can be legitimised through the employees’ consent. In cases where an employer says they require consent and there is a real or potential relevant prejudice that arises from the employee not consenting (which can be highly probable in the employment context, especially when it concerns the employer tracking the behaviour of the employee over time), then the consent is not valid since it is not and cannot be freely given.⁽⁵⁸⁾

Em 2020, a *European Data Protection Board* (antiga *Article 29 Working Party*), na já citada *Guideline* sobre consentimento na GDPR, orienta para que os controladores evitem a

(57) ARTICLE 29 – data protection working party. *Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context*. Brussels. 2001. p. 23. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_en.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.

(58) ARTICLE 29 – data protection working party. *Opinion 2/2017 on data processing at work*. Brussels. 2017. p. 23. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631>. Acesso em: 07 abr. 2021.

utilização da referida base legal na relação de trabalho:

Given the dependency that results from the employer/employee relationship, it is unlikely that the data subject is able to deny his/her employer consent to data processing without experiencing the fear or real risk of detrimental effects as a result of a refusal. It is unlikely that an employee would be able to respond freely to a request for consent from his/her employer to, for example, activate monitoring systems such as camera observation in a workplace, or to fill out assessment forms, without feeling any pressure to consent. Therefore, the EDPB deems it problematic for employers to process personal data of current or future employees on the basis of consent as it is unlikely to be freely given. For the majority of such data processing at work, the lawful basis cannot and should not be the consent of the employees (Article 6(1) (a)) due to the nature of the relationship between employer and employee.⁽⁵⁹⁾

Conforme verificado, o entendimento europeu é pela impossibilidade de utilização do consentimento como base legal, baseando-se em requisito de validade do consentimento da manifestação livre, que envolve equilíbrio de poder, o qual se mostra impossível dada a natureza da relação de trabalho.

No Brasil, conforme demonstrado, a mesma disparidade de poderes entre as partes na relação de trabalho é reconhecida pela legislação, doutrina e jurisprudência, de modo que se buscam mecanismos de garantir o equilíbrio da relação.

A interpretação europeia fundamenta a impossibilidade de utilização do consentimento como base legal, uma vez que existem diferenças de poder na relação laboral e um dos requisitos para validade do consentimento é a

manifestação livre. Esse entendimento é consagrado no Brasil por Mendes⁽⁶⁰⁾, sobre da proteção estatal ao consentimento do indivíduo:

Esse dever de proteção adquire ainda mais relevância em contextos de desequilíbrio de poder entre as partes, nos quais a livre autodeterminação é ainda mais improvável, como ocorre nas relações trabalhistas ou de consumo.

Conforme exposto, a legislação brasileira também apresenta as mesmas premissas que impedem a utilização do consentimento como base legal na grande maioria dos tratamentos de dados pessoais realizados na relação de trabalho, de modo que devem ser utilizadas, nessas situações, bases legais diversas.

10. Hipóteses de utilização do consentimento na relação de trabalho

já tendo sido estabelecido que a maior parte dos tratamentos de dados pessoais nas relações laborais não pode utilizar o consentimento como base legal, é imperioso destacar que até mesmo na União Europeia existem exceções.

A primeira é apontada por HODERN (2019)⁽⁶¹⁾

The data protection authorities (DPAs) have stipulated that reliance on consent should be confined to those circumstances where a worker has a genuine free choice and is able to withdraw their consent without suffering any detriment.

Ou seja, o consentimento só pode ser considerado base legal nas hipóteses em que o trabalhador pode retirá-lo sem sofrer prejuízos ou consequências.

(60) MENDES, Laura Schertel. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda*. Belo Horizonte. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018, p. 209.

(61) USTARAN, Eduardo (ed.). *European data protection: law and practice*. 2. ed. International Association of Privacy Professionals (IAPP). 2019. Disponível em: <<https://iapp.org/resources/article/european-data-protection/>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

(59) GUIDELINES, 2020, p. 9.

Existem alguns tratamentos que podem ser considerados opcionais e justificar a adoção do consentimento, principalmente nas práticas que visem estimular a integração entre os colegas de trabalho ou aperfeiçoamento de habilidades. Essas práticas que demandarem tratamento de dados, e que são verdadeiras opções para aqueles que desejarem fazer parte, podem ter como base legal o consentimento, pois, na sua natureza opcional, não trazem prejuízos aos trabalhadores.

Outra possibilidade de utilização do consentimento como base legal é a existência de um fator que garanta maior paridade de poderes entre o trabalhador e o empregador, sendo mencionado pela antiga *Article 29 Working Party*⁽⁶²⁾:

The Working Party is aware that several Member States' laws have conferred on the local workers' representatives the role of contributing to the protection of workers' rights in the field of data protection. E.g., in some Member States companies must have the agreement of work councils before introducing controls at the workplace.

Essa hipótese prevê que alguns países membros da União Europeia reconheçam e garantam poderes aos **sindicatos**, através de legislações nacionais, para representarem os trabalhadores em questões que podem afetar a privacidade e proteção de dados pessoais no ambiente de trabalho. Como exemplo de países onde os sindicatos possuem mais poderes são citados França, Alemanha e Itália.⁽⁶³⁾

Segundo HODERN (2019)⁽⁶⁴⁾, os empregadores acabam por ter que transacionar com os sindicatos em pelo menos uma destas três maneiras:

- Empregadores são obrigados a notificar os sindicatos das mudanças realizadas no ambiente de trabalho que afetem a privacidade dos titulares;

- Empregadores são obrigados a consultar os sindicatos, para que esses emitam opiniões sobre tratamentos de dados pessoais que utilizem dados pessoais dos trabalhadores;

- Empregadores precisam da aprovação dos sindicatos sobre tratamentos de dados pessoais que afetem a privacidade dos trabalhadores.

Como demonstrado em tópico anterior, no Brasil a figura sindical é altamente valorizada, tendo previsão até mesmo constitucional, além de possuir poderes de negociação em nome do trabalhador, com o papel de auxiliar os trabalhadores em razão da relativização da autonomia de vontade.

A capacidade de transacionar direitos dos trabalhadores em nível coletivo *a priori* indica que no Brasil estamos na situação em que os empregadores deveriam buscar a aprovação dos sindicatos na adoção de medidas que resultem em alto risco à privacidade dos trabalhadores de determinados segmentos econômicos.

Assim, teríamos um cenário em que determinadas atividades de monitoramento demandassem o consentimento do sindicato ou, então, que o sindicato permitisse situações em que o empregador pudesse obter o consentimento direto do trabalhador.

A atuação do sindicato poderia ocorrer também por meio de norma coletiva (ACT ou CCT), estabelecendo-se os dados específicos a serem coletados ou prevendo hipóteses em que fosse válida a assinatura individual do trabalhador como consentimento para o tratamento de um dado específico.

Outra alternativa seria a homologação do termo de consentimento perante o sindicato da categoria, como era feito anteriormente com os termos de rescisão (TRCTs), como forma de obter o aval do ente coletivo a respeito do consentimento que está sendo dado pelo trabalhador.

(62) ARTICLE 29 – data protection working party. *Opinion 2/2017 on data processing at work*. Brussels. 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631>. Acesso em: 07 abr. 2021.

(63) USTARAN, 2019, p. 258.

(64) USTARAN, 2019, p. 251.

Em meio a diversas possibilidades, o fundamental é que haja a atuação dos sindicatos quando do tratamento de dados pessoais pela base legal do consentimento, com a finalidade de validar a autonomia de vontade do trabalhador e resguardar até mesmo os empregadores, evitando-se, assim, ações judiciais.

Ainda, há que se destacar a hipótese dos empregados “hipersuficientes” prevista no art. 444, parágrafo único, da CLT, como trazido anteriormente. Nesse caso, como a própria CLT dá a eles autonomia diferenciada e equiparável às normas coletivas, pode-se interpretar que esses empregados poderiam fornecer seu livre consentimento para tratamento de dados pessoais sem a necessidade de atuação sindical. Destacando-se que, em caso de verificação de fraude, nos termos do art. 9º da CLT, o pacto seria nulo e, portanto, inválido.

11. Considerações finais

Foi identificado que um dos requisitos para utilização do consentimento como base legal de tratamento de dados é o equilíbrio de poder entre as partes, para caracterizar a manifestação do titular como livre, algo que inexistente na relação trabalhista pela hipossuficiência característica da relação laboral. Viu-se também que a hipossuficiência, para as instituições da União Europeia, é premissa que impede a utilização do consentimento na relação jurídica em estudo.

Concluiu-se que o Brasil, ao adotar o modelo regulatório de proteção de dados europeu, e possuir a mesma caracterização de hipossuficiência entre as partes na relação trabalhista, também acaba por restringir a utilização do consentimento como base legal dos tratamentos de dados pessoais na relação laboral, por meio do mesmo raciocínio desenvolvido pelos europeus. Caso contrário, estariam descharacterizados os elementos do instituto do consentimento trazidos pela própria LGPD.

Por fim, foram verificadas possibilidades para a utilização do consentimento como base

legal de tratamentos de dados pessoais na relação trabalhista, também em comparativo entre a regulação laboral brasileira e a europeia, quais sejam: quando existente a representação sindical, quando for caso de empregado hipersuficiente e quando houver tratamento de dados pessoais marcados pela opção do trabalhador, para finalidades acessórias à relação de trabalho (como, por exemplo, para melhoraria do ambiente de trabalho).

Porém, a definição de meios e hipóteses de atuação sindical no consentimento laboral virá por meio da construção jurisprudencial nacional, assim como ocorreu por anos na Europa.

12. Referências

ARTICLE 29 — data protection working party. *Opinion 2/2017 on data processing at work*. Brussels. 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context*. Brussels. 2001. p. 23. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article29/documentation/opinionrecommendation/files/2001/wp48_en.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.

BELO HORIZONTE. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região (6. Turma). Acórdão. Acordo extrajudicial realizado entre as partes. renúncia a direitos trabalhistas. invalidade. Relator: Fernando Antonio Viegas Peixoto. *DEJT/TRT3/Cad.Jud*, Belo Horizonte, 18 nov. 2014. p. 157.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Decreto-Lei n. 5.542, de 09 de agosto de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal. Brasília, DF, 07 maio, 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&text=.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Resumo de direito do trabalho*. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 15.ed. São Paulo: LTr, 2016.

GUIDELINES 05/2020 on consent under Regulation 2016/679. *European Data Protection Board*.

2020. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_en>. Acesso em: 28 mar. 2021.

LEI geral de proteção de dados foi citada em 139 ações trabalhistas. *Conjur*, São Paulo, 20 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-20/lei-geral-protecao-dados-foi-citada-139-aco-es-trabalhistas>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Laura Schertel. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda*. Belo Horizonte. *Direitos Fundamentais e Justiça*. ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

ROCHA, Andrea Presas. *Legitimação Sindical Constitucional: uma proposta de sistematização da legitimação para agir dos entes sindicais a partir do texto constitucional*. São Paulo. 2012. p. 42.

USTARAN, Eduardo (ed.). *European data protection: law and practice*. 2. ed. International Association of Privacy Professionals (IAPP). 2019. Disponível em: <<https://iapp.org/resources/article/european-data-protection/>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

A Responsabilidade Civil do Empregador pela não Observância da Proteção dos Dados do Empregado

Otávio Bruno da Silva Ferreira^(*), Valena Jacob^(**) e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury^(***)

Resumo:

► O avanço tecnológico produz o aumento da transmissão de informações pessoais e multiplica os riscos de sua obtenção, sem o consentimento do titular de dados, com comprometimento de sua privacidade. Dentro do âmbito da responsabilidade contratual, este estudo tem o objetivo de responder à seguinte indagação: qual é o tipo de responsabilidade atribuível ao empregador que não protege adequadamente os dados pessoais de seus empregados? O objetivo é investigar os parâmetros legais na área de responsabilidade a fim de compreender, dentro de uma interpretação adequada, qual modalidade de responsabilidade deve estar presente para a imputação do dever de indenizar. Para tanto, busca-se analisar a relação entre a privacidade, a proteção de dados e o contrato de trabalho, compreender os aspectos legais do regime jurídico de proteção de dados e analisar a temática de responsabilidade, com a definição da modalidade apropriada. Metodologicamente, o estudo é de abordagem qualitativa e, quanto aos objetivos, exploratório, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico. Conclui-se que o fato de se prescindir da prova da culpa, com a inversão do ônus probatório, pela consagração de uma presunção, não afasta a incidência da responsabilidade subjetiva, pois a culpa continua a ser um elemento determinante da responsabilidade.

Palavras-chave:

► Contrato de Trabalho — LGPD — Proteção de dados — Empregador — Responsabilidade civil subjetiva.

Abstract:

► Technological advancement increases the personal information transmission and multiplies the risks of obtaining it, without the consent of the data subject, compromising

(*) Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

(**) Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – UFPA. Advogada.

(***) Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

rights to privacy. Within the scope of civil liability, this study aims to answer the following question: what is the kind of civil responsibility attributable to the employer that does not adequately protect the personal data of its employees? The objective is to investigate the legal parameters in the area of civil responsibility in order to understand, within an appropriate interpretation, which kind of responsibility must be present to impose the duty to repair damages. With that goal in mind, we aim to analyze the relationship between privacy, data protection and the employment contract, understand the legal aspects of the legal data protection regime and analyze the issue of responsibility, with the definition of its more appropriate modality. Methodologically, the study has a qualitative approach and, in terms of objectives, exploratory, using the bibliographic survey as a procedure. It is concluded that regardless of any proof of fault, with the reversal of the burden of proof, does not exclude the incidence of subjective responsibility, since guilt remains a key element for the responsibility.

Keywords:

- Employment contract — LGPD — Data protection — Employer — Subjective civil responsibility.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Privacidade, proteção de dados e o contrato de trabalho
- 3. O regime jurídico de proteção de dados no Brasil
- 4. A responsabilidade civil no sistema de proteção de dados
 - 4.1. Aspectos legais sobre a responsabilidade nos normativos de proteção de dados
 - 4.2. Da modalidade de responsabilidade civil
- 5. Conclusão
- 6. Referências

1. Introdução

O avanço tecnológico tem provocado mudanças significativas no tecido social, alterando a dinâmica e a relação entre tempo e espaço. Os algoritmos permitem uma captação de dados infinitamente superior à capacidade humana, com a construção de perfis a partir de dados isolados.⁽¹⁾

(1) Cf. LÓPEZ BALAGUER, Mercedes; RAMOS MORAGUES, Francisco. Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2020, p. 506-540, en efecto, este tipo

Nesse cenário, a informação desponta como bem de valor para o desenvolvimento das relações, superando obstáculos físicos e ocupando um espaço de centralidade na reorganização e nas formas de reprodução social.

de tecnologías -Big Data- permiten a través de algoritmos la obtención de una enorme cantidad de datos personales, de información sobre nosotros mismos que se registra como una suerte de “huella” que vamos dejando al realizar actividades en la Red. A priori se trata de datos aislados, desconectados, que no guardan relación unos con otros; no obstante, su tratamiento por medio estas tecnologías posibilita ofrecer un perfil de las personas y obtener un conocimiento sobre nuestros gustos, hábitos, intereses, etc.

A troca de informações e dados pessoais,⁽²⁾ em tempo consideravelmente exíguo, é característica da atualidade, pautada pela era da informação. Ao lado das vantagens advindas da utilização dos avanços tecnológicos, a transmissão de informação, com a existência de múltiplas ferramentas, aumenta os riscos de obtenção de dados sem o consentimento do respectivo titular e de sua utilização indevida, com o comprometimento dos direitos da personalidade, dentre os quais a privacidade, o que exige a criação de normativos protetivos efetivos.

Com a aquisição de um número exponencial de informações e dados, é indispensável a existência de controle e a verificação da adequação de seu uso. Isto porque a dinâmica, como conhecemos ou como fora conhecida por nossos antepassados, construída a partir da separação entre o público e o privado, entre a família e o trabalho, bem como os direitos individuais, especialmente relacionados à intimidade e à privacidade do indivíduo, está sendo colocada em debate diante do novo panorama, com a possibilidade de se exercer poder sobre o indivíduo.

O mundo do trabalho não está fora da conflituosidade gerada pela utilização desenfreada de dados pessoais. López Balaguer e Ramos Moragues afirmam que, nas relações de trabalho, a troca de informações é uma constante, e que o desenvolvimento das ferramentas tecnológicas se projeta sobre a privacidade dos trabalhadores em três perspectivas: i) permite às empresas um maior acesso, tanto qualitativa

quanto quantitativamente, a informações pessoais dos trabalhadores; ii) viabiliza a eliminação das fronteiras entre a vida laboral e a vida privada e iii) oportuniza o exercício de controle mais incisivo do cumprimento das obrigações laborais em decorrência dos novos sistemas tecnológicos.⁽³⁾

Nesta espécie contratual, o parâmetro para o acesso do empregador aos dados do empregado é resolvido pela necessidade do empreendimento. Assim, o tratamento dos dados, especialmente os dados sensíveis, somente é autorizado quando o empregado estiver encarregado da execução de tarefas específicas que façam exigir o conhecimento daquelas informações.

Considerando esse cenário, o regramento sobre a proteção de dados surge com o intuito de proteger os direitos fundamentais de privacidade e de liberdade, dentre outros⁽⁴⁾, a partir de uma tutela efetiva das informações, que consiga protegê-los do acesso de terceiros e que obriguem o seu tratamento adequado por aqueles que as possuem.

O direito à proteção de dados como direito autônomo decorre da observação de novas situações que ensejam proteção legal, seja por simples tratamento de dados pessoais, seja pela possibilidade de adoção de atitudes discriminatórias, como perfil racial, exames pré-admissionais, lista de trabalhadores que já tenham feito reclamação em face do ex-empregador, dentre outros, com violação aos direitos e garantias fundamentais, diretamente

(2) Cf. BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. *Revista dos Tribunais*, v. 1010, ano 108, p. 209-229, São Paulo, RT, dez. 2019, os dados pessoais são direitos de personalidade que decorrem do princípio geral da dignidade da pessoa humana e podem ser utilizados para fins contrários ao Direito e à moral, como forma de perseguição política ou opressão econômica e ainda os dados coletados podem ser incorretos e representar erroneamente uma pessoa.

Acrescenta-se que a Lei Geral de Proteção de Dados define dados pessoais como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I, LGPD)

(3) LÓPEZ BALAGUER, Mercedes; RAMOS MORAGUES, Francisco. Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2020, p. 509.

(4) BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. *Revista dos Tribunais*, v. 1010, ano 108, p. 209-229, São Paulo, RT, dezembro 2019. Afirma que “A proteção de dados pessoais não se reduz somente à proteção da vida privada, com a qual está intimamente ligada, mas, também, com a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

relacionados ao aspecto da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Brasil, por meio da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018,⁽⁵⁾ conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, doravante designada como LGPD, regulou a proteção dos dados, visando a conferir aos indivíduos uma série de instrumentos que lhes permitam proteger-se contra o uso abusivo dos dados pessoais.

Em virtude de todos os riscos expostos, a responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais pelo empregador é matéria de suma importância. Se não há como isolar-se, se os contratos laborais são confeccionados, em regra, com a tomada de uma infinidade de dados do trabalhador, há de ser observada a segurança necessária para o tratamento de tais informações. Por certo, havendo falha ou vazamento de informações, voluntárias ou promovidas por terceiros, com a ocorrência de danos ao trabalhador, deve-se imputar responsabilidade a quem a lei aponta como causador.

A responsabilidade pela guarda e pelo tratamento de dados é atribuída ao controlador, com possibilidade de imputação solidária ao operador. A despeito disso, não há informação expressa quanto à modalidade de responsabilidade para a apuração da imputação, se objetivo ou subjetivo ou, até mesmo, superando essa dualidade, um outro método mais adequado e consentâneo com as finalidades daquele diploma normativo.

Por isso, o presente estudo tem o propósito de responder o seguinte problema: qual é o tipo de responsabilidade atribuível ao empregador que não protege adequadamente os dados pessoais de seus empregados?

(5) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020. Vigência no dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54 e; 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos.

Para tanto, aponta-se como objetivo geral investigar os parâmetros legais da responsabilidade civil a fim de compreender, dentro de uma interpretação adequada, qual a modalidade de responsabilidade a ser provada para a imputação do dever de indenizar.

Assim, são objetivos específicos do presente estudo: i) analisar a relação entre a privacidade, a proteção de dados e o contrato de trabalho; ii) compreender os aspectos legais do regime jurídico de proteção de dados e iii) analisar a temática de responsabilidade, como a definição do sistema apropriada.

A partir do problema de pesquisa, as análises deste estudo, metodologicamente, são de abordagem qualitativa e, quanto aos objetivos, exploratórias. Como procedimentos, tem-se o levantamento bibliográfico, especialmente artigos doutrinários sobre a temática.

Além da introdução e das considerações finais, o texto está estruturado em mais três seções. Na primeira delas, far-se-á uma abordagem sobre a privacidade e o direito à proteção de dados como direito fundamental e sobre o impacto decorrente da tecnologia nos contratos de trabalho. Na segunda, discorrer-se-á sobre os principais pontos do diploma normativo de proteção de dados. Por fim, na última seção, analisar-se-ão as modalidades de responsabilidade civil discutidas na doutrina e se procederá ao apontamento de qual delas é aplicável ao caso.

Busca-se que o presente estudo apresente-se como contribuição para a discussão sobre os rumos hermenêuticos adotados para o deslinde da controvérsia, com a crítica necessária e o apontamento da necessidade de fixar um sistema de responsabilidade que consiga proteger, de forma efetiva, os titulares do direito aos quais as normativas asseguram proteção.

2. Privacidade, proteção de dados e o contrato de trabalho

Para a compreensão do tema a ser tratado é fundamental ter como premissa que o

direito à intimidade e o direito à proteção de dados apresentam substantividade que os distingue, inexistindo coincidência absoluta entre eles, embora, por vezes, sejam tratados como sinônimos. Assim, a violação de um não representa, por si só, a do outro.

Em linhas gerais, os dados pessoais são aqueles que servem para identificar uma pessoa e que, geralmente, estão relacionados à sua privacidade e que, por isso, encontram-se vinculados com a sua intimidade⁽⁶⁾. Por outro lado, o conceito de intimidade é mais restrito, não abrangendo todos os dados considerados pessoais de um ser humano. Por essa razão, fala-se que a intimidade protege a esfera mais reservada das pessoas enquanto que a privacidade protege as variáveis da personalidade que, isoladamente consideradas, podem carecer de significação intrínseca, mas que, analisadas conjuntamente, projetam um retrato da personalidade do indivíduo que ele tem direito a manter reservado.⁽⁷⁾

Por outro lado, a substantividade do direito à proteção de dados é reconhecida a partir do seu desprendimento de outros direitos de personalidade, que deve ser visto de forma autônoma, com tratamento e conteúdo diferenciado, sendo necessário, portanto, uma tutela que considere essa particularidade.

A despeito de ambos os direitos objetivarem a proteção da vida privada da pessoa, o direito à intimidade estende a sua garantia à intimidade em sua dimensão constitucionalmente

protegida, ou seja, sobre os dados íntimos da pessoa, enquanto que o direito à proteção de dados abarca a proteção aos dados que sejam relevantes ou tenham incidência no exercício de qualquer direitos da pessoa, sejam ou não direitos previstos no texto constitucional e sejam ou não relativo à sua honra, ideologia, intimidade ou qualquer outro bem. Assim, este último direito protege os dados pessoais em face do conhecimento ou emprego por terceiros, independente de estar ou não previsto em algum texto constitucional.

Interessa anotar a distinção entre os direitos citados quanto à esfera de imposição a terceiros. Se, por um lado, o direito à intimidade confere o poder jurídico de impor a terceiros o dever de abstenção de toda e qualquer forma de intromissão na esfera íntima da pessoa e a proibição de fazer uso daquilo que é conhecido, o direito à proteção de dados representa um poder de disposição e de controle sobre os dados pessoais e faculta à pessoa decidir sobre quais dados pode ceder a terceiros, quais dados o terceiro pode coletar e garantir, além de garantir ao titular dos dados a ciência sobre quem possui acesso ou a guarda de seus dados pessoais e para qual motivo ou finalidade, assegurado o direito de oposição ao seu uso.

A garantia de proteção ao direito de personalidade visa preservar o desenvolvimento do indivíduo, protegendo-o em face de violações contra sua identidade intelectual, física e moral. Por certo, a vida privada, consistente naquilo que é particular ao indivíduo, faz com que a privacidade figure como gênero do qual a intimidade atua como espécie.⁽⁸⁾

Por isso, pode-se dizer que o direito à privacidade serve à proteção do próprio direito da personalidade⁽⁹⁾. Nesse sentido, Mota Pinto

(6) LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. RAMOS MORAGUES, Francisco. Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 10(2), 506-540, traçam que, em definitiva, “[...] los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.

(7) MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales, Ed. Francis Lefebvre. *Claves Prácticas*, Madrid, 2019, p. 23.

(8) FINKELSTEIN, Maria Eugênia; FINKELSTEIN, Cláudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301, maio/ago. 2019.

(9) SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmáti-

discorre que o fundamento constitucional direito mais próximo de um direito fundamental à proteção de dados talvez seja mesmo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, radicado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, o qual também assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana, que, de acordo com tradição jurídica já consolidada no direito constitucional estrangeiro e no direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, inclui o (mas não se limita ao!) direito à livre disposição sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação informativa⁽¹⁰⁾.

A história da privacidade sofreu um profundo impacto com a evolução da tecnologia, que permitiu tornar a vida cotidiana em palco, cujos espectadores são, por vezes, indetermináveis. Nesse cenário, assistiu-se a invasão da vida íntima por meio de monitoramentos facilitados pela tecnologia, que mostrou quão frágil era a tutela até então existente⁽¹¹⁾.

Interessante observar que a definição de privacidade como o direito de ser deixado só

ca constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 188, enfatiza que, a despeito da citada relação, o conteúdo de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, embora fortemente articulado com o princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e alguns direitos especiais de personalidade, como é o caso, entre outros, do direito à privacidade e do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não se confunde com o do objeto da proteção de tais direitos.

(10) PINTO, Paulo Mota. *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*. Coimbra: Gestlegal, 2018. p. 642 e ss.

(11) FINKELSTEIN, Maria Eugênia; FINKELSTEIN, Cláudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301, mai./ago. 2019, enfatizam que: "os dados coletados neste monitoramento cibernético são permanentes e, portanto, investigáveis por qualquer pessoa que tenha interesse em ter acesso a essas informações. Assim, podemos ver que neste caso específico, o aumento do que é monitorado implica o aumento do que é investigável." p. 287

não está atualizada com a sociedade da informação. Atualmente, a garantia de privacidade abarca dimensões relativas à coleta e ao tratamento de dados pessoais, exigindo do Direito o disciplinamento necessário para atender às novas necessidades, especialmente aos riscos decorrentes do uso indevido das informações e dos dados captados por meio da inteligência artificial e do armazenamento de dados.

Para a compreensão do direito autônomo à proteção de dados pessoais, é necessário o diálogo com outros direitos, especialmente, o direito à privacidade e o direito à autodeterminação informativa a fim de assimilar as distinções entre eles.

Ingo Sarlet identifica o direito à autodeterminação informativa como um direito fundamental que consiste na prerrogativa de cada indivíduo de decidir, em princípio e substancialmente, sobre a divulgação e a utilização de seus dados pessoais, que, por certo, não assegura a cada cidadão um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dada a inserção e responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações do direito quando em prol do interesse geral⁽¹²⁾.

A despeito da confluência e da zona limítrofe que gera a distinção entre os direitos, não há uma sobreposição entre eles, seja entre a autodeterminação informativa e a proteção de dados, seja entre a privacidade e os outros direitos de personalidade. A justificativa é que o direito à autodeterminação informativa apresenta uma dupla dimensão, individual e coletiva, no sentido de que garantida constitucionalmente não é apenas (embora possa ser, como direito subjetivo individual, o mais importante) a possibilidade de cada um decidir sobre acesso, uso e difusão dos seus dados pes-

(12) SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 189.

soais, mas também — e aqui a dimensão metaindividual (coletiva) — se trata de destacar que a autodeterminação informativa constitui precondição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito a estar só (*right to be alone*).⁽¹³⁾

Por isso, há sentido na afirmativa de Ruaro e Rodriguez para quem a proteção de dados pessoais e, da mesma forma, a autodeterminação informativa, vai além da privacidade e de sua proteção, ao menos no sentido tradicional do termo, caracterizado por uma lógica de “recolhimento” e “exposição”⁽¹⁴⁾. Isto significa que o objeto abrangido pela proteção de dados é mais amplo, abarcando todos os dados que dizem respeito a determinada pessoa natural, sendo irrelevante à qual esfera da vida pessoal se referem, seja íntima, privada, familiar ou social, sendo descabida qualquer tentativa de delimitação temática⁽¹⁵⁾.

Por isso, conclui-se que o direito à proteção de dados é distinto, autônomo e mais abrangente que o direito à privacidade, vinculado diretamente à proteção da personalidade humana. Especificamente sobre este direito, Ingo Sarlet observa que ele também, assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, possui uma dimensão dupla. Em sua dimensão subjetiva, se apresenta como um conjunto heterogêneo de posições subjetivas de natureza defensiva (negativa). Por outro lado, na sua dimensão objetiva, assume a condição de direito a prestações, cujo objeto consiste em uma atuação do Estado mediante

a disponibilização de prestações de natureza fática ou normativa⁽¹⁶⁾.

Ao lado dele, identifica-se a constitucionalização do direito, incluindo o direito privado, produzindo eficácia horizontal em relação a terceiros. Por fim, identifica-se a existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, competindo-lhe proteger os direitos fundamentais contra os poderes públicos e contra agressões particulares, na esfera repressiva e, especialmente, na preventiva.

Entende-se que, mesmo dentro da atuação privada, não há como permitir a livre disposição dos direitos fundamentais, especialmente no tocante à proteção de dados, mormente quando o consentimento do titular não é dado de forma substancialmente livre, haja vista a imensa quantidade de contratos de adesão no mundo atual, a exigir rigoroso controle das restrições a direitos fundamentais nas relações privadas.

Fixadas as premissas iniciais distintivas do direito à proteção de dados e do direito à intimidade, faz-se oportuno o exame de sua interseccionalidade com o contrato laboral.

O contrato de trabalho é marcado por relações que perpassam pelos direitos da personalidade. Como dito acima, a irradiação dos direitos fundamentais sobre as relações privadas compõe, em certa medida, uma limitação aos poderes das partes contratantes. Por um lado, se ao empregador assiste o poder diretivo sobre o seu empreendimento, tal poder encontra limites nos direitos fundamentais do empregado, impedindo, em um primeiro momento, a inclusão de cláusulas contratuais que sejam contrárias àqueles direitos e, por segundo, impondo a observância, ao longo e após o pacto laboral, dos ditames necessários à preservação da dignidade do trabalhador, por meio de uma adequada ponderação valorativa

(13) Cf. HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The populational census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, issue 1, 2009. p. 85-86

(14) RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. *Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan./jun. 2010. p. 189

(15) Cf. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 95.

(16) Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 288.

do direito fundamental e das obrigações que podem ser exigidas sem que possa falar em violação.

A situação é bastante delicada em decorrência da ausência de uma liberdade substancial para discutir as cláusulas contratuais na relação laboral. Em regra, trata-se de um contrato de adesão, no qual a vontade do empregado é bastante limitada quando comparada com o conteúdo regulamentar disposto a favor do empregador, responsável pela oferta do trabalho⁽¹⁷⁾. Assim, até o consentimento do trabalhador deve ser visto com cautela, considerando a sua situação de vulnerabilidade.

Por certo, a celebração de um contrato de trabalho não implica, pelo trabalhador, em renúncia de qualquer direito assegurado nos textos fundamentais. Da mesma forma, a despeito da organização empresarial e dos poderes que lhe são assegurados, o empregador não está desacoplado da sociedade e das regulações, não havendo espaço para falar que possam impor limitações aos direitos fundamentais dos seus empregados. Assim, assegura-se um determinado nível de proteção ao trabalhador, impondo ao empregador a obrigação de tratamento de dados pessoais não só ao longo da relação de trabalho, mas também nas fases pré e pós-contratual.

No tocante aos dados coletados durante a relação laboral, identifica-se que a colheita ocorre antes mesmo da celebração formal do vínculo,⁽¹⁸⁾ por meio de dados disponíveis em

(17) Neste ponto, interessa anotar que, quanto aos dados pessoais, ainda mais em se tratando do mundo digital, a exigência do consentimento do titular dos dados e usuário das tecnologias de informação (aplicativos de toda ordem, mídias sociais, compras pela internet etc.), embora cogente do ponto de vista constitucional e legal, esbarra de modo substancial – ainda que diferenciada – nas limitações à autonomia privada. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 209.

(18) AGUIAR, Antônio Carlos. A proteção de dados no contrato de trabalho. *Revista LTr*, vol. 82, n. 06, jun. 2018,

redes sociais e de perguntas feitas durante a entrevista que, por vezes, vão bem além daquilo que é necessário ao empregador ter acesso para a prestação de um serviço que poderá (ou não), no futuro, ser-lhe fornecido.

Por outro lado, a legislação impõe uma obrigação direta ou indireta sobre o empregador de manter um conjunto de informação ou registo sobre os seus trabalhadores, cujo conteúdo é essencial para a manutenção do contrato de trabalho ou simplesmente para garantir a tutela do controle do cumprimento das regras laborais por parte das autoridades de inspeção.

Além dos dados coletados por obrigatoriedade legal, o empregador terá acesso a outros dados do empregado em decorrência da atividade desenvolvida. Neste campo, ingressam os dados decorrentes de imagens de câmeras de circuito interno, localização do trabalhador quando estiver portando aparelho de geolocalização (GPS) e acesso ao conteúdo de e-mail corporativo, dentre outros. A concentração de uma infinidade de dados tratados pelo empregador representa risco à privacidade e à intimidade do trabalhador, sem falar em possível violação do direito à proteção de dados pessoais, por meio de uma intrusão excessiva e não justificada na manutenção e no manuseio dos citados dados.

Acrescenta-se, ainda, que, mesmo após o fim do contrato, persistirá a obrigatoriedade legal de manutenção de certos dados. Sousa e Gonçalves pontuam que, com a cessação do contrato de trabalho, não se extingue a obrigação do empregador de manter o tratamento de dados pessoais do seu trabalhador, não lhe sendo garantido o direito de apagar os dados pessoais que detenha de um trabalhador à data da cessação do contrato⁽¹⁹⁾.

apresenta uma análise sobre a coleta de dados e a sua proteção na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual do pacto laboral.

(19) SOUSA, Duarte Abrunhosa; GONÇALVES, Rui Coimbra. Da necessidade de conservação de dados pessoais dos trabalhadores no período pós-contratual. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, São Paulo, vol. 212.

A referida guarda de dados está em consonância, não apenas com os princípios da licitude, da limitação da finalidade, da minimização, da exatidão, da limitação da conservação, da integridade e da confidencialidade e responsabilização, mas principalmente é uma decorrência do cumprimento de obrigações legais, da execução de contrato e do legítimo interesse.

Por assim dizer, as balizas normativas para a licitude do tratamento de dados pessoais no contexto de um contrato laboral informam a necessidade de observância de, pelo menos, uma das seguintes hipóteses: i) tratamento necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; ii) tratamento necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou; iii) tratamento necessário para efeito dos interesses legítimos perseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros.

A partir deste ponto, surgem questionamentos que gravitam sobre o destino dos dados coletados dos empregados, o grau de compromisso do responsável pela colheita e/ou pelo controle dos dados, a garantia do empregado de que seus dados não serão divulgados ou conhecidos por terceiros e, especialmente, qual a proteção jurídica desses dados pessoais e a responsabilidade do empregador. As demais seções deste trabalho destinam-se a responder essas indagações.

3. O regime jurídico de proteção de dados no Brasil

No Brasil, a Lei n. 13.708/2018⁽²⁰⁾, conhecida como LGPD, define dado pessoal como

ano 46, jul./ago. 2020, p. 131. A autorização para guarda de dados após o término do contrato está relacionada aos seguintes fatores: i) Conservação para fins probatórios; (ii) Conservação para garantia do controle da legalidade por entidades inspetivas e; iii) Conservação para cumprimento de prazos legais.

(20) BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Brasília: DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

“informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I)⁽²¹⁾. Segundo Menezes Cordeiro, a definição pode ser decomposta em quatro elementos distintivos e autonomizáveis: i) qualquer informação; ii) relativa a; iii) pessoa singular; e iv) identificada ou identificável⁽²²⁾.

Em relação ao primeiro elemento, destaca que toda informação é relevante, para efeitos de aplicação do Direito à Proteção de Dados, não se limitando à informação relativa à privacidade, abrangendo todos os aspectos relacionados à pessoa, quer familiares ou sociais, públicos ou privados, físicos ou mentais, independente do formato em que a informação foi recolhida e do suporte em que se encontra armazenada⁽²³⁾.

Do segundo elemento, destaca que, para ser pessoal, a informação tem que ser relativa a uma pessoa, com exclusão de realidades jurídicas não subjetiváveis, ou seja, de objetos, salvo quando conjugada com informação de uma pessoa ou quando seja possível identificar o titular do dado dentro de uma coletividade⁽²⁴⁾.

(21) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

(22) CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n. 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 107-122.

(23) No mesmo sentido, advertem, a propósito, Gustavo Tepedino e Chiara Spadaccini de Tefé: “Na lei brasileira de proteção de dados, parte-se da ideia de que não existe dado pessoal insignificante. Por essa razão se adotou conceito amplo de dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identifica ou identificável. Dados que pareçam não relevantes em determinado momento ou que não façam referência a alguém diretamente, uma vez transferidos, cruzados e/ou organizados, podem resultar em dados bastantes específicos sobre determinada pessoa, trazendo informações inclusive de caráter sensível sobre ela” (TEPEDINO, Gustavo; TEFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 294).

(24) CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n. 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 107-122.

Como pessoa singular, entende que a aplicação é restrita às pessoas singulares, independentemente de sua nacionalidade ou local de residência, afastando as pessoas coletivas e as realidades jurídicas não subjetiváveis, como as coisas e os animais⁽²⁵⁾.

Por fim, pela expressão identificada, revela que a doutrina a tem caracterizado pela locução diretamente, ou seja, quando a informação é suficiente para identificá-la de forma inequívoca. Por outro lado, entende como identificável quando a informação é relativa a pessoa determinável, havendo uma probabilidade razoável de o responsável pelo tratamento ou de terceiros conseguirem identificar, por meio da conjugação de informação adicional à que já detêm ou não, a identidade do titular dos dados, ou seja, tornando a identificação possível, à luz de um juízo de razoabilidade.

Além disso, a LGPD conceitua por “dado pessoal sensível” aquele “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II)⁽²⁶⁾.

Por fim, a LGPD considera não identificável, ou “anonimizado”, o dado relativo “a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (art. 5º, III)⁽²⁷⁾.

Outro conceito importante para a compreensão da temática é o de tratamento, consistente em “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso,

reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (art. 5º, X)⁽²⁸⁾. Nota-se que o diploma não define as operações, razão pela qual a compreensão de seu conteúdo deve ser feita a partir da interpretação de seu conceito usual no mundo jurídico⁽²⁹⁾. Por outro lado, a locução “como as que” permite dizer que a lista é meramente exemplificativa, permitindo a inclusão de qualquer operação que colha dados pessoais constitui uma espécie de tratamento e portanto estará sujeita à disciplina da proteção de dados.

Quanto aos participantes do tratamento de dados, destacam-se o titular, o controlador, o operador (agentes de tratamento) e o encarregado. Segundo a LGPD, o “titular” é a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”, ou seja, a pessoa física identificada ou identificável⁽³⁰⁾ (art. 5º, V).

Ao titular dos dados estão assegurados, segundo a LGPD⁽³¹⁾, os seguintes direitos: a obtenção do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e, mediante requisição, a confirmação da existência de tratamento; o acesso aos dados; a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; a anonimização, o bloqueio ou a eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; a portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto,

(28) *Idem*.

(29) Para detalhes e definições sobre as atividades mencionadas, conferir CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n. 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 145-148.

(30) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

(31) Art. 18 da LGPD. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

(25) CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n. 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 107-122.

(26) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

(27) *Idem*.

mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; a eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; a informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; a informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa e a revogação do consentimento.

Por outro lado, o controlador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”⁽³²⁾. Corresponde à pessoa que toma a iniciativa e controla os meios técnicos e humanos necessário à implementação do tratamento⁽³³⁾. Interessa observar que, como regra geral, o controlador deverá, primeiramente, ser considerado como a sociedade e não a pessoa que age em seu nome. A pessoa física será considerada controladora quando agir em nome próprio.

Outra situação que merece cuidado é sobre a contratação, pelo controlador, de prestadores de serviços (denominados pela lei como operadores), os quais serão solidariamente responsáveis pelos danos causados quando descumprirem a LGPD ou quando não tiverem seguido as instruções lícitas do “controlador” (nesses casos o “operador” se equipara ao “controlador”).

Por outro lado, o “operador” é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”⁽³⁴⁾ (art. 5º, VII). Assim,

(32) Art. 5º, VI, da LGPD. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

(33) RUARO, Regina Linden. Algumas reflexões em torno do RGPD, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, jan./jun/2020.

(34) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

a qualificação de “operador” exige da pessoa em causa o preenchimento de duas condições fundamentais: i) que seja uma entidade jurídica distinta do “controlador” e, portanto, dotada de personalidade jurídica própria e ii) que aja “em nome do controlador”.

Essa segunda noção guarda alguma similitude com o contrato de mandato e significa que o operador deverá rigorosamente respeitar a LGPD e se limitar a obedecer às instruções lícitas do “controlador”, sob pena de responsabilidade solidária (art. 42, § 1º, I). É sobre as características desta responsabilidade que se passa a tratar.

4. A responsabilidade civil no sistema de proteção de dados

O estudo da responsabilidade civil vem sendo alargado por uma rede complexa composta por pessoas, máquinas, algoritmos, em um contexto mundial caracterizado pelo aumento de riscos de origens diversas. Agora, a responsabilidade ocupa-se, além da reparação de eventuais prejuízos suportados pelos vitimados, com a inibição de atos ilícitos, revelando-se uma função preventiva essencial nesta era da informação e da tecnologia.

Nesse sentido, a tutela dos interesses fundada em valores constitucionais não se limita a uma tutela de tipo negativo clássico, destinada a reprimir sua lesão, mas abrange também uma tutela negativa preventiva ou inibitória, no sentido de evitar situações potencialmente lesivas a tais interesses, bem como uma tutela positiva, comprometida em promover a sua máxima realização.⁽³⁵⁾

Nestes termos, reconhecido que o tratamento de dados é potencialmente lesivo, torna-se necessária a sua operação com segurança, a fim de prevenir prejuízos à pessoa humana.

Fixadas tais premissas, passa-se ao exame dos aspectos legais da responsabilidade no campo da proteção de dados.

(35) SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 229

4.1. Aspectos legais sobre a responsabilidade nos normativos de proteção de dados

No plano normativo, a LGPD destaca que “o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”⁽³⁶⁾ (art. 42).

Como o fim de redobrar a proteção do titular de dados, por meio de efetiva indenização, estabelece que “o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei⁽³⁷⁾” (art. 42, § 1º, I). Com o mesmo objetivo, destaca que “os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei⁽³⁸⁾” (art. 42, § 1º, II). Por outro lado, a LGPD estabelece excludentes de responsabilidade.⁽³⁹⁾

Esclarece, outrossim, que “o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: i) o modo pelo qual é realizado;

(36) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 08 dez. 2020.

(37) *Idem*.

(38) *Idem*.

(39) Diz o texto: “os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I) que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II) que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro” (art. 43)

ii) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; iii) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado”⁽⁴⁰⁾ (art. 44).

Da mesma forma, considerando o dever imposto aos agentes de tratamento consistente na adoção de “medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”⁽⁴¹⁾ (art. 46), responderá “pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança” previstas “der causa ao dano”⁽⁴²⁾ (art. 44, parágrafo único).

A par disso, “cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei⁽⁴³⁾” (art. 8º, § 2º), informar o titular sobre eventuais mudanças de finalidade⁽⁴⁴⁾ (art. 9º, § 2º), adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse⁽⁴⁵⁾ (art. 10, § 2º), prestar informações ao titular, a qualquer momento, mediante requisição, sobre a confirmação da existência de tratamento, o acesso aos dados, a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei, a portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial, a eliminação dos dados

(40) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 08 dez. 2020.

(41) *Idem*.

(42) *Idem*.

(43) *Idem*.

(44) *Idem*.

(45) *Idem*.

pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei, a informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados, informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa e a revogação do consentimento⁽⁴⁶⁾ (art. 18). Compete, ainda, ao controlador, “fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial”⁽⁴⁷⁾ (art. 20, § 1º).

Para identificar o critério de imputação adequado é necessário fixar que os elementos para a caracterização da responsabilidade civil do controlador e dos demais agentes são: i) a realização do tratamento; ii) a violação à legislação de proteção de dados pessoais; iii) a existência de nexo de causalidade e iv) o dano a outrem. Identifica-se, ainda, um dever geral de segurança aos agentes de tratamento, atraindo a sua responsabilização em caso de violação de tal dever e de danos ao titular de dados.

Por essa razão, entende-se que a violação à normativa de proteção de dados pessoais pode ocorrer em duas dimensões: i) pela violação aos deveres expressos na lei de regência, caracterizando ilícitos específicos e devidamente nominados e ii) pela violação da cláusula geral de segurança, caracterizando ilícito geral. O ilícito geral pode ser compreendido a partir da ruptura das legítimas expectativas quanto à segurança no processo de tratamento de dados⁽⁴⁸⁾, caracterizando um

tratamento irregular dos dados, com aproximação da falta de dever de cuidado, característica da culpa em sentido estrito.

A respeito do nexo de causalidade, Menezes Cordeiro ensina que “A responsabilidade civil por violação do RGPD apenas poderá ocorrer se entre esta violação e os danos produzidos na esfera jurídica do lesado existir um nexo de causalidade⁽⁴⁹⁾”.

Por isso, conclui-se que, no âmbito dos normativos de proteção de dados, a responsabilidade civil existirá quando houver tratamento de dados pessoais, de forma ilícita, tanto sob o aspecto de ilícito específico, quanto de ilícito geral, e houver dano a outrem.

A questão que se apresenta é se é necessário aferir a existência de culpa do controlador para fins de imputação de responsabilidade. Em outras palavras, busca-se, neste momento, responder a seguinte indagação: a tutela do direito à proteção de dados permite a adoção da modalidade de responsabilidade objetiva ou subjetiva⁽⁵⁰⁾?

4.2. Da modalidade de responsabilidade civil

Buscando responder a pergunta acima, Fernando Tasso pontua que, a despeito da LGPD não prever o elemento culpa, não o exclui expressamente, enfatizando que a obrigação de

(46) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 08 dez. 2020.

(47) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em 08 dez. 2020.

(48) De acordo com o art. 44 da LGPD, *in verbis*: Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo pelo qual é realizado;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam

III – as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 08 dez. 2020.

(49) CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. Da responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson Rosenvald; MUNIZ, Francisco. *Desafios da Nova Responsabilidade Civil*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 49-63.

(50) BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Dos agentes de tratamento de dados pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 323, afirma que a Lei Geral de Proteção de Dados não é exatamente clara quanto à aplicabilidade da responsabilidade subjetiva ou da responsabilidade objetiva.

reparar tem como pressuposto a circunstância de ter sido a operação de tratamento lesiva realizada em violação à legislação de proteção de dados.⁽⁵¹⁾

Destaca que a lei é ampla na imposição de uma série de deveres de ação e de abstenção aos agentes de tratamento e que tais regras não consistem em meras recomendações tendentes a evitar incidentes de segurança, sendo o tratamento regular de dados uma obrigação de resultado e não de meio. Por isso, entende que, caso o sistema de responsabilidade civil da LGPD fosse o da modalidade objetiva, a prescrição exaustiva e detalhada dos deveres seria algo absolutamente inócuo, sobretudo porque redundaria na conclusão de que de nada adiantaria o cumprimento dos deveres se, qualquer que fosse o incidente, a responsabilidade pela reparação estivesse configurada, o que é um contrassenso. Em acréscimo argumentativo, pontua que, quando o legislador excepcionou a regra da responsabilidade subjetiva no direito privado, o fez de modo expresso e inequívoco, o que não se verifica no texto da LGPD.⁽⁵²⁾

Por outro lado, Danilo Doneda e Laura Mendes consideram que a atividade de tratamento de dados encerra um risco intrínseco, na medida em que há uma potencialidade danosa considerável em caso de violação desses direitos. Sustentam que a lei adota, como princípio, a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento”⁽⁵³⁾. Por isso, concluem que o legislador optou por um regime de responsabilidade objetiva, vinculando o exercício da atividade de tratamento de dados

personais a um risco inerente, potencialmente causador de danos a seus titulares.⁽⁵⁴⁾

Por outro lado, para Maria Celina Bodin de Moraes, o legislador instituiu um novo regime de responsabilização dito proativo, com exigência de atitudes conscientes, diligentes e proativas por parte das empresas em relação à utilização dos dados pessoais⁽⁵⁵⁾. Segundo seu entendimento, qualquer empresa que processe dados pessoais não apenas terá que cumprir a lei, mas também deverá provar que está em conformidade com ela, cabendo-lhe, ainda, a responsabilidade de identificar os próprios riscos e escolher e aplicar as medidas apropriadas para mitigá-los. Conclui, com isso, que o legislador, embora tenha flertado com o regime subjetivo, elaborou um novo sistema, de prevenção, que se baseia justamente no risco da atividade. Tampouco optou pelo regime da responsabilidade objetiva, que seria talvez mais adequado à matéria dos dados pessoais, porque buscou ir além na prevenção, ao aventurar-se em um sistema que tenta, acima de tudo, evitar que danos sejam causados.⁽⁵⁶⁾

Da leitura da lei de regência, extrai-se que, a despeito do reconhecimento da existência de risco na atividade, não há a adoção do risco como critério de imputação de responsabilidade. Neste primeiro ponto, alude-se ao fato de que não é suficiente o desenvolvimento da atividade de tratamento causadora de um dano para se configurar a responsabilidade civil dos agentes de tratamento, sendo exigido, da mesma forma, que o tratamento seja considerado violador da legislação de proteção aos dados pessoais, ou seja, que seja ilícito.

Acrescenta-se que a imputação por meio da responsabilidade objetiva não atende ao

(51) TASSO, Fernando Antônio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, jan.-mar. 2020, p. 97.

(52) *Ibidem*, p. 105-106.

(53) DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov.-dez. 2018, p. 469-483.

(54) Neste sentido, ver DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov.-dez. 2018, p. 469-483.

(55) MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 3, 2019. p. 6.

(56) *Idem*.

aspecto finalístico da proteção de dados. Em outras palavras, se é esperado dos agentes de tratamento um comportamento preventivo, a responsabilidade objetiva coloca todos os agentes de tratamento no mesmo nível, sem distinção entre aquele que adota providências para a garantia da proteção de dados e o que nada faz a respeito.

É por isso que a imputação por risco não oferece distinção adequada ao comportamento do sujeito, acabando por desincentivar comportamentos cooperativos e proativos, com incentivo a comportamentos que analisem, sob o aspecto da eficiência operacional, se vale a pena ou não ocupar-se com a proteção de dados.

Além disso, o modelo dito proativo não responde adequadamente qual modalidade deve ser empregada para o exame da responsabilidade civil. Trata-se, em verdade, mais do cumprimento de um dever, de prevenção, de cooperação e de precaução, que, não obstante, não explica de que forma será apurada a responsabilidade.

5. Considerações finais

A proteção dos dados do trabalhador constitui direito fundamental e autônomo, originando deveres de conduta e de cuidado, especialmente, o desenvolvimento de parâmetros efetivos de proteção.

É inequívoca a consagração da regra de solidariedade obrigacional entre os corresponsáveis, ao mesmo tempo em que é promovida a inversão do ônus da prova, a partir do momento em que se constata a violação, com o entendimento de que, a partir do momento em que um determinado sujeito lida com os dados alheios, assume a esfera de risco/responsabilidade, devendo adotar certas medidas de cuidado.

Entende-se que, o fato de se prescindir da prova da culpa, com a inversão do ônus probatório, pela consagração de uma presunção, não nos afasta da responsabilidade subjetiva,

pois a culpa continua a ser um elemento determinante da responsabilidade, sem a qual não haverá o dever de indenizar.

Tal entendimento, ao mesmo em que afasta a necessidade do titular de dados provar o preenchimento de todos os requisitos da responsabilidade civil, em consonância com a proteção que lhe é assegurada, permite o tratamento adequado de acordo com a conduta adotada pelo operador/controlador, com a devida distinção entre aqueles que cumprem ou não o dispositivo legal.

Assim, em resposta ao problema de pesquisa que norteou este estudo, entende-se que a conduta do empregador que não protege adequadamente os dados pessoais de seus empregados deverá ser apreciada sob o viés da modalidade subjetiva, com presunção de culpa, por meio da inversão do ônus probatório.

Por fim, a presente resposta não está isenta de críticas e não pretende ser opinião inquestionável. Ao contrário, está mais para o lado dos estudos que visam fomentar o debate sobre este tema recente que tem amplo alcance jurídico-social.

6. Referências

AGUIAR, Antônio Carlos. A proteção de dados no contrato de trabalho. *Revista LTr*, vol. 82, n. 06, Junho de 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília: DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Dos agentes de tratamento de dados pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. *Revista dos Tribunais*, vol. 1010, ano 108. p. 209-229. São Paulo, RT, dez. 2019.

CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n. 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020.

_____. Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson Rosenvald; MUNIZ, Francisco. *Desafios da Nova Responsabilidade Civil*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 49-63.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov.-dez. 2018

FINKELSTEIN, Maria Eugênia; FINKELSTEIN, Cláudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Florianópolis: *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, p. 284-301, maio/ago. 2019.

HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The populational census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, issue 1, 2009.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes; RAMOS MORA-GUES, Francisco. Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 2020, p. 506-540

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales. Ed. Francis Lefebvre. *Claves Prácticas*, Madrid, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 3, 2019.

PINTO, Paulo Mota. *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*. Coimbra: Gestlegal, 2018.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. *Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan./jun. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. Belo Horizonte: *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 288.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUSA, Duarte Abrunhosa; GONÇALVES, Rui Coimbra. Da necessidade de conservação de dados pessoais dos trabalhadores no período pós-contratual. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, vol. 212. ano 46. p. 119-145. São Paulo, RT, jul./ago. 2020.

TASSO, Fernando Antônio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, jan.-mar. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Tratamento de Dados Pessoais e Relação Laboral: Contribuições do RGPD e do Direito do Trabalho Francês

Rosane Gauriau^(*)

Resumo:

- O presente artigo visa examinar o tratamento de dados pessoais na fase pré-contratual, durante o contrato de trabalho e ao fim da relação laboral, à luz da LGPD e do RGPD, à partir da contribuição do direito do trabalho francês. Não se tem por objetivo comparar a LGPD e o RGPD, tampouco o direito do trabalho francês e brasileiro. Pretende-se examinar, tão somente, a experiência francesa de aplicação do RGPD e a partir dela cogitar sobre suas possíveis contribuições (ou não) ao direito do trabalho brasileiro. Enfim, sem a pretensão de esgotar o assunto, serão analisadas algumas noções fundamentais e regras específicas para o tratamento de dados pessoais no contexto das relações laborais, no RGPD e na LGPD.

Palavras-chave:

- LGPD — RGPD — França — Brasil — Relação laboral — Proteção de dados.

Abstract:

- This paper aims to address a short study about data protection during in the employment relationship based on GDPR, LGPD and French labor law. We will not compare LGPD and GDPR, nor even French and Brazilian labor law, but only, the GDPR's French experience and its possible contribution to Brazilian labor law. Finally, to understand the issue, we will examine some definitions and specific rules linked to data protection in the labor law context.

Keywords:

- LGPD — GDPR — France — Brazil — Employment relationship — Data protection.

(*) Pesquisadora. Doutora em Direito (*summa cum laude*) pela *Université Paris 1- Sorbonne*. Mestre em *Droit des Entreprises*, *Université d'Angers*. Membre associée do *Centre Jean Bodin*, recherche juridique et politique, CJB, EA n. 4337, Université d'Angers, SFR Confluences. Membro do *Institut*

de Psychodynamique du travail, Paris. Membro do *Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne*, Paris. Membro do Grupo de Pesquisas Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq) e do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social (GETRAB-USP/CNPq).

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Considerações iniciais
- 3. Tratamento de dados na relação empregatícia
- 4. Considerações finais
- 5. Referências

1. Introdução

Os recentes (mega)vazamentos de dados pessoais no Brasil e no mundo ilustram a “fragilidade dos procedimentos de segurança da informação e a ineficiência das normas jurídicas que têm por objeto a tutela de dados pessoais”⁽¹⁾. O *Big data*⁽²⁾ é um mercado estratégico e lucrativo.

Dados pessoais estão presentes e acessíveis em todo tempo e lugar: smartphones, tablets e computadores coletam, classificam e comercializam contatos, localização, som, imagem, hábitos e perfil. Uma mina de ouro para muitas empresas que os utilizam para analisar, orientar, otimizar o *marketing*, a publicidade e influenciar preferências políticas, sindicais ou de consumo.⁽³⁾

Este tipo de “mercantilização” dos dados pessoais invade o direito à intimidade e à vida privada das pessoas, razão pela qual, em diversos países, uma legislação específica foi elaborada para proteger os dados pessoais.

(1) BURITI, C. R. *A ineficiência do Direito na prevenção de vazamentos de dados pessoais*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/vazamentos-dados-pessoais-05032021>>. Acesso em: 6 mar. 2021.

(2) CAPRIOLI, E. L'enjeu de la protection des données à caractère personnel en matière de publicité ciblée. *Comm. com. Élec.*, n. 6, jun. 2009, comm. 60. DUBOIS, L. GAULLIER, F. Publicité ciblée en ligne, protection des données à caractère personnel et ePrivacy: un ménage à trois délicats. *Légicom* 2017. p. 69.

(3) *How Companies Learn Your Secrets*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?_r=1&hp=&pagewanted=all>. Acesso em: 14 fev. 2021. *The Great DMP Debate*. Disponível em: <<https://www.adexchanger.com/data-exchanges/the-great-dmp-debate/>>. Acesso em: 14 fev. 2021. *What is a Data Management Platform, or DMP?* Disponível em: <<https://digiday.com/media/what-is-a-dmp-data-management-platform/>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

A implementação do RGPD (*Règlement Général sur la Protection des Données*)⁽⁴⁾ no âmbito da União Europeia (UE) e do LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) no Brasil insere-se nesse contexto, pois visam regular o tratamento dos dados das pessoas físicas garantindo-lhes seus direitos e liberdades fundamentais.

2. Considerações iniciais

LGPD e RGPD. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)⁽⁵⁾, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, em vigor desde 18 de setembro de 2020⁽⁶⁾, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Inspirada na legislação europeia⁽⁷⁾, a LGPD define as hipóteses de uso legítimo de dados pessoais por terceiros e estabelece os mecanismos de sua proteção. Seu objetivo é proteger os direitos fundamentais, como o direito à intimidade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁽⁸⁾, bem como o direito de acesso igualitário ao ambiente virtual⁽⁹⁾.

(4) Regulamento Geral de Proteção de Dados, em inglês GDPR, *General Data Protection Regulation*.

(5) V. : art.5, X da CF e Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). E ainda, Decisão 15/20 do Conselho do Mercado Comum (CMC), MERCOSUL.

(6) Exceto no que se refere às sanções administrativas que entrarão em vigor em 1º de agosto de 2021.

(7) No particular da Diretiva 95/46/CE da União Europeia vigente à época da apresentação do projeto de lei (PL n. 4.060/2012, Dep. Milton Monti – PR/SP).

(8) LGPD: arts. 1 e 17.

(9) PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. *Direito Unifacs: debate virtual*, Salvador, n. 239, p. 4, maio 2020.

No âmbito da União Europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁽¹⁰⁾, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, em vigor desde 25 de maio de 2018, é o texto de referência na matéria. Sendo um regulamento europeu, o RGPD é obrigatório e diretamente aplicável a todos os 27 Estados-Membros da UE. Na França, a Lei n. 2018-493 de 20 de junho de 2018⁽¹¹⁾ adaptou a *Loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*⁽¹²⁾ ao RGPD.

O RGPD cria um conjunto harmonizado de regras aplicáveis a qualquer tratamento de dados da pessoa física que ocorra na União Europeia. O objetivo é o de contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça, para o progresso econômico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas⁽¹³⁾. Aplicável, particularmente, às questões civis e comerciais, o RGPD estipula regras relativas à privacidade dos titulares dos dados e à livre circulação desses dados: protege as liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos e, em particular, o direito à proteção de dados pessoais⁽¹⁴⁾, intimidade e vida privada.⁽¹⁵⁾

Segundo o RGPD, “dados pessoais” são quaisquer informações relativas a uma pessoa

singular identificada ou identificável⁽¹⁶⁾ (“titular dos dados”). “Tratamento”⁽¹⁷⁾ é uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, etc. Os princípios da proteção de dados protegem também os “dados sensíveis”⁽¹⁸⁾ e pseudoanonimizados⁽¹⁹⁾, mas não se aplicam às informações anônimas⁽²⁰⁾. Ressalte-se que, a proteção das pessoas físicas relativamente ao tratamento de seus dados pessoais é um direito fundamental reconhecido em diversos textos⁽²¹⁾, dentre eles, o art. 8º, n. 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o art. 16, n. 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

De modo similar, a LGPD considera que “dado pessoal” é toda a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável⁽²²⁾. “Tratamento de dados” é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação,

(10) Revogou a Diretiva 95/46/CE.

(11) V. também: *Décret d'application n. 2018-687 du 1^{er} août 2018*; *l'ordonnance n. 2018-1125 du 12 décembre 2018*; *Décret n. 2019-536, 29 mai 2019*. *Décret n. 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique, aux fichiers et aux libertés*. *Ordonnance n. 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n. 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*.

(12) Que já tratava, à época, de questões relativas ao digital e tratamento de dados.

(13) RGPD : Considerando (Consid.) ns. 1 e 2.

(14) RGPD: Consid. n. 14.

(15) RGPD, art. 1º.

(16) RGPD : Consid. 26, 30 e art. 4º, § 1. Identificável é pessoa singular que possa ser determinada, direta ou indiretamente por meio, e.g., de seu nome, dados de localização, ou outros elementos específicos de sua identidade física, genética, mental, econômica, cultural ou social.

(17) RGPD : Art. 4º, § 2.

(18) RGPD : Consid. n. 10, 51 e arts. 4º, § 14, 9º, §§ 1º e 4º, 11, §§ 1º, 2º, “b” e art. 8º da *Loi du 6 janvier 1978*.

(19) RGPD: Consid. n. 26, 28, 29, 75, 78 e arts. 4º, § 5º, 25, 32 e 40.

(20) RGPD: Consid. n. 26.

(21) P. ex. Diretiva (UE) 2012/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (12.7.2012), modificada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento e do Conselho (25/11/2009), Convenção STE108 (28.1.1981) e seu protocolo adicional.

(22) LGPD: art. 5º, I.

avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.⁽²³⁾

Campo de aplicação. Em regra geral, a LGPD⁽²⁴⁾ aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: 1/a operação de tratamento seja realizada no território nacional; 2/a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou 3/ os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. Aplica-se também às empresas com sede no exterior, desde que a operação de tratamento de dados seja realizada no território nacional. Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta. Logo, “é irrelevante o país sede da empresa, o meio de tratamento de dados, a localização dos dados (...) a nacionalidade de seu titular, bastando que (...) os dados se encontrem em território brasileiro no momento da coleta”⁽²⁵⁾.

A LGPD não se aplica, dentre outros, ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins particulares e não econômicos. Ou ainda, o tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais⁽²⁶⁾.

O RGPD aplica-se a toda organização, pública ou privada, de qualquer porte (empresa, Ministério, comunidade, associação, etc.) que processa dados pessoais de pessoa física em seu nome ou não, e estabelecido da União

Europeia, ou que, se não estiver estabelecido em seu território, vise diretamente os residentes europeus⁽²⁷⁾.

Sanção e fiscalização. O cumprimento e fiscalização da RGPD e do LGPD, na França e no Brasil faz-se, principalmente, por meio de órgãos administrativos: a CNIL e a ANPD, respectivamente.

Na França, a Comissão Nacional de Informática e Liberdades (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - CNIL*) foi criada pela *Loi n. 78-17 du 6 janvier 1978* e tem por missão garantir a proteção dos dados pessoais em suporte físico ou digital, de natureza pública ou privada. Trata-se de uma autoridade administrativa independente que atua em nome do Estado, sem a ele estar subordinado. A CNIL tem a função de alertar, aconselhar e informar tanto o Poder Público, quanto os indivíduos em geral. Por fim, tem poder de controle e sanção⁽²⁸⁾. As deliberações da CNIL são muito importantes, regularmente citadas e observadas pelos atores sociais, Governo, órgãos públicos e Juízes em suas decisões.

No Brasil, a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) é o órgão da Administração Pública Federal, vinculada à Presidência da República, responsável por zelar pela proteção de dados pessoais e por implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD⁽²⁹⁾. A ANPD tem natureza jurídica transitória⁽³⁰⁾. Logo, não tem a mesma autonomia e liberdade da CNIL. A ANPD se articula com outras entidades e órgãos públicos no exercício das suas competências⁽³¹⁾. Tanto a LGPD quanto a

(23) LGPD: art. 5º, X.

(24) LGPD: arts. 3º e 4º.

(25) PAMPLONA FILHO, *op.cit.*, p.11.

(26) LGPD: art. 4º.

(27) Por exemplo, um site irlandês que oferece um serviço de entrega na França com pagamento em euros.

(28) Disponível em: <<https://www.cnil.fr/>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

(29) Art. 55-A e seg. da LGPD, Lei n. 13.853, de 14.8.2019 e Decreto n. 10.474, 26.8.2020.

(30) LGPD: art. 55-A.

(31) LGPD: art. 55-K, parágrafo único.

RGPD preveem sanções administrativas, civis e penais por seu descumprimento⁽³²⁾.

Tratamento de dados e relações de emprego⁽³³⁾. Os dados pessoais gerados no ambiente laboral necessitam, como todo dado pessoal, de proteção e tratamento.

O Código do Trabalho francês já cuidava, antes do advento do RGPD, sobre o tratamento dos dados pessoais dos empregados em diversos dispositivos, como, por exemplo, no artigo L. 1221-9 do Código do Trabalho, que especifica que nenhuma informação pessoal relativa a um candidato a um emprego pode ser recolhida por um dispositivo que não tenha sido previamente levado ao seu conhecimento. Ou ainda, o art. L. 1221-6 do mesmo Código, que prevê que as informações recolhidas por ocasião do recrutamento apenas podem ser utilizadas para avaliar a capacidade ou as aptidões profissionais do candidato.

O RGPD em seu art. 88 reforça esse direito dos trabalhadores. O dispositivo cuida do tratamento de dados no contexto das relações de trabalho: os Estados-Membros podem estabelecer no seu ordenamento jurídico, por lei ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades, relativamente ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores, no contexto laboral, principalmente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho⁽³⁴⁾ e cessação da relação de trabalho. Tais regras devem incluir medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular

dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais em um grupo empresarial ou em um grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controle no local de trabalho⁽³⁵⁾.

A LGPD contrariamente ao RGPD não cuidou expressamente do tratamento de dados nas relações de trabalho, mas não há dúvidas de que a lei se aplica às relações de emprego, por haver coleta de dados pessoais no ambiente laboral.

Dentre os princípios e fundamentos, direitos e obrigações que consagra a LGPD⁽³⁶⁾ e que podem ser aplicados às relações de trabalho, vale destacar: o princípio da dignidade, não discriminação, autodeterminação informativa⁽³⁷⁾, boa-fé, lealdade; a liberdade de expressão, de informação, de opinião; o direito à intimidade e à vida privada, à inviolabilidade da honra e da imagem. E, ainda, o livre acesso, exatidão, clareza, qualidade, atualização, integridade, confidencialidade, conservação, transparência, adequação, proporcionalidade e limitação das finalidades no tratamento dos dados pessoais. E, enfim, o interesse público, segurança, proteção, prevenção, responsabilização e prestação de contas, sempre observado o devido processo legal.

(...) a espinha dorsal da proteção de dados pessoais, é, basicamente, formada por cinco princípios, a saber: a) princípio da publicidade: a existência

(32) Cf. Capítulo VIII da LGPD e Capítulo VIII da RGPD.

(33) Aqui entendidas as relações laborais que tratem de dados pessoais do empregado.

(34) RGPD: art. 88, § 1º: "(...) incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planejamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego".

(35) RGPD: Art. 88, § 2º.

(36) LGPD: Arts. 2º e 6º.

(37) "Segundo J. J. Gomes Canotilho a autodeterminação informativa se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais. Trata-se de um direito fundamental, visto que diretamente ligado à privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CF/88)". PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. *A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho*. 1ª out. 2020. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 10 fev. 2021

de banco de dados deve ser de conhecimento do público; b) princípio da exatidão: as informações devem ser fiéis à realidade e deve haver a possibilidade de atualizá-las periodicamente; c) princípio da finalidade: utilizar os dados para fins determinados — o qual deve ser comunicado ao titular antes da coleta; d) princípio do livre Acesso em: o interessado deve poder ter acesso aos ficheiros que contêm seus dados, além de poder controlá-los — de acordo com o princípio da exatidão; e) princípio da segurança física e lógica: os dados devem ser protegidos contra extravios, destruições, modificações, transmissões ou acessos não autorizados.⁽³⁸⁾

Ambos, o RGPD e a LGPD, tratam, ainda que nem sempre sob o mesmo enfoque⁽³⁹⁾, por exemplo, do princípio da *accountability* ou princípio da responsabilização e da prestação de contas⁽⁴⁰⁾, da nomeação e papel do encarregado de dados (*Data Protection Officer*⁽⁴¹⁾) ou ainda, da avaliação de impacto em matéria de proteção de dados⁽⁴²⁾ (*Data Protection Impact Assessment*).

Consentimento. Segundo o RGPD⁽⁴³⁾, o consentimento é a manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita pela qual

(38) PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 8.

(39) Sobre as principais diferenças entre a LGPD e o RGPD, verificar quadro comparativo de: RUARO, Regina Linden Algumas reflexões em torno do RGPD, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Belo Horizonte: *Fórum*, ano 14, n. 42, p. 244-247, jan./jun. 2020.

(40) RGPD: art. 5º. LGPD: art. 6º, § 10.

(41) RGPD: arts. 37 a 39. LGPD: arts. 5º, VIII e 41.

(42) “Relativamente ao relatório de impacto a LGPD não deixou claro em quais situações o controlador será obrigado a realizar um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, delegando a uma regulamentação posterior o tratamento desta matéria. O RGPD prevê um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento resultar em um elevado risco para o direito e a liberdade das pessoas, em determinadas hipóteses”. V. RUARO, *op cit.*

(43) RGPD: Consid. ns. 32, 33, 42, 43 e arts. 4º, 11, §§ 6º e 7º.

o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento. No mesmo sentido, a LGPD afirma que o consentimento é a manifestação de vontade livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada⁽⁴⁴⁾. Como consequência, os contratos (compreendido o contrato de trabalho) deverão evitar:

(...) termos técnicos e textos demasiadamente longos. [Logo, as] informações [devem ser] claras, objetivas, inteligíveis, de fácil acesso, expressas acerca dos tipos de dados que estão sendo coletados naquela operação, os quais serão armazenados e os que serão descartados, por quanto tempo permanecerão arquivados, de que forma serão mantidos e, sobretudo para quais finalidades serão utilizados após a coleta e durante o tempo que estiverem em seu poder.⁽⁴⁵⁾

Assim, tanto no RGPD⁽⁴⁶⁾ quanto na LGPD, as cláusulas que versarem sobre a política de tratamento de dados da empresa devem ser destacadas no documento apresentado ao titular dos dados, de forma a garantir a observância dos princípios da finalidade, transparência e segurança. São excluídas todas as formas de consentimento passivo ou genérico, sob pena de nulidade do ato.

(...) deve ser assegurado ao titular dos dados a indicação pontual e específica de quais dados ele deseja consentir e para qual finalidade específica, em detrimento da prática de mercado materializada pelo ‘*all or nothing*’. A granularidade, portanto, é a possibilidade de indicação específica e pontual e é um mecanismo

(44) LGPD: art. 5º, VII.

(45) PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p.13.

(46) RGPD: Art. 8º, § 4º.

revelador da liberdade do consentimento exigida pelo art. 5º, XII, da LGPD.⁽⁴⁷⁾

O consentimento, segundo a LGPD, pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular⁽⁴⁸⁾. De preferência, o consentimento deverá ser fornecido por escrito e constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, como por exemplo, por meio de um termo de consentimento para que o empregado⁽⁴⁹⁾ concorde expressamente com o conteúdo da política de tratamento de dados do empregador (normalmente, no contexto laboral, o controlador é o empregador).⁽⁵⁰⁾

Em caso de alteração de informação, o controlador deverá informar o titular destacando as alterações feitas. O titular poderá, nos casos em que o seu consentimento for exigido, concordar, discordar da alteração ou revogar seu consentimento. Se o titular dispõe do direito à informação de seus dados pessoais, há hipóteses em que seu consentimento é dispensado⁽⁵¹⁾, por exemplo, para o cumprimento de uma obrigação legal ou em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.⁽⁵²⁾

Isso ocorre, por exemplo, quando há determinações emanadas da lei para a empresa fornecer os dados do empregado

(titular dos dados) para cadastro no e-social, ou até mesmo quando decorrer de uma decisão judicial determinando o fornecimento de dados para pagamento de uma pensão alimentícia, ou até mesmo uma determinação do Ministério Público em uma fiscalização. Nessas hipóteses, obviamente, dispensa-se a obtenção do consentimento do titular, eis que o tratamento decorre de uma obrigação legal. Entretanto, por cautela caberá à empresa informar expressamente por escrito no formulário de contratação essas possibilidades de fornecimento de dados decorrentes da lei, primando pelo princípio da informação preconizado pela LGPD.⁽⁵³⁾

Ressalte-se, enfim, que tanto na França quanto no Brasil⁽⁵⁴⁾, a liberdade do consentimento no contexto laboral é vista com reservas. Isso porque, é sabido que o empregado raramente pode dar, recusar ou revogar livremente o seu consentimento. *Primo*, em razão da dependência financeira do empregado *vis-à-vis* do empregador. *Secundo*, em razão da relação de subordinação que preside o contrato de trabalho e cria, indiscutível, desequilíbrio entre as partes.

[O] consentimento (...) no âmbito das relações de trabalho é cercado de preocupações. Isso porque o art. 5º, XII, proclama que o consentimento deve ser entendido como a ‘manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada’. A expressão ‘livre’ pressupõe verdadeira opção do titular dos dados, pressuposto que despertará dúvida sobre sua ocorrência no âmbito de

(47) PINHEIRO, *op. cit.*

(48) LGPD: art. 18, § 6º.

(49) Trabalhador e empregado são empregados como sinônimos.

(50) Cabe ainda ao empregador os deveres de prevenção e não discriminação, impedindo a utilização dos dados para fins ilícitos e discriminatórios (...), incluindo ainda a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais, sob pena de sua responsabilização. PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 26

(51) RGPD: arts. 6º a 9º e 18. LGPD: art. 7º, §§ 4º a 7º, 11, 18 e 27.

(52) P. ex.: Exame toxicológico para o motorista profissional (art. 168, § 6º, da CLT), atestado de antecedentes criminais para o vigilante (arts. 12 e 16, VI, da Lei n. 7.102/1983 c/c art. 4º, I da Lei n. 10.826/2003). Cf., ainda: IRR 24300-58.2013.5.13.0023. SBDI-1 Plena J. 20.04.2017, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho.

(53) PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p.14.

(54) Posição adotada pelo *Article 29 Data Protection Working Party*, WP 249, *Opinion 2/2017 on data processing at work* (§ 6.2.). 8 de junho de 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610169>. Acesso em: 6 fev. 2021.

uma relação como a trabalhista, marcada pelo desequilíbrio de poder e, em regra, pela dependência econômica. Não serão raras as alegações de que o empregado não teve legítima escolha, a ele tendo sido imputado o consentimento como fator condicionante de manutenção do vínculo de emprego.

(...) caso o empregador pretenda obter o consentimento, é necessário observar o art. 8º, *caput* e § 1º, da LGPD, que estipula que o consentimento deve ser fornecido ‘por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular’ e que, caso seja fornecido por escrito, deve ‘constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais’. Logo, sempre deverá ser expresso o consentimento (...). Algumas empresas têm inserido cláusula específica e destacada nos contratos formais de trabalho, mas, considerando a natureza de contrato de adesão do contrato de trabalho e que é delas o ônus de comprovar a validade do consentimento (art. 8º, § 2º) seria ainda mais prudente a celebração de um documento em apartado.⁽⁵⁵⁾

Feitas essas considerações iniciais, iremos examinar o tratamento de dados na relação individual de trabalho⁽⁵⁶⁾, à luz da LGPD e do RGPD, à partir da interpretação que lhe confere o Direito do Trabalho francês. *In casu*, o interesse pelo direito comparado não é o de importar o sistema estrangeiro, mas de observar quais lições podem ser aproveitadas a fim de construir um sistema próprio à realidade brasileira⁽⁵⁷⁾. Assim, serão analisados,

(55) PINHEIRO, *op. cit.*

(56) A LGPD contrariamente ao RGPD não faz menção ao tratamento de dados pelas convenções coletivas de trabalho e participação de instituições representativas do pessoal. Consid. n. 155, arts. 9º e 88.

(57) V. p.ex: Kelsen (Teoria Pura do Direito) e R. Alexy (*El concepto y la validez del derecho y otros ensayos, Teoría del discurso y derechos humanos* ou *Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*).

primeiramente, o tratamento de dados laborais na fase que antecede o contrato de trabalho, fase pré-contratual (I). Em seguida, durante o contrato de trabalho, fase contratual (II) e, enfim, após a ruptura do contrato de trabalho, fase pós-contratual (III):

3. Tratamento de dados e relação empregatícia

I/ TRATAMENTO DE DADOS: FASE PRÉ-CONTRATUAL

Recrutamento e Seleção. Segundo o Código do Trabalho francês⁽⁵⁸⁾, as informações relativas aos candidatos não podem ser coletadas por um dispositivo que não lhes tenha sido informado previamente. As informações apenas podem ser utilizadas para avaliar a capacidade ou aptidões profissionais para o cargo proposto. Os métodos e técnicas empregados por ocasião do recrutamento devem ser adequados, proporcionais e em relação com a finalidade a ser alcançada. Os resultados coletados são confidenciais⁽⁵⁹⁾. Nas empresas com mais de 50 empregados, essas informações serão fornecidas preservando o anonimato e conforme os moldes fixados por Decreto do *Conseil d’Etat*.⁽⁶⁰⁾

Esses dispositivos, interpretados à luz do RGPD, demandam do empregador uma proteção reforçada dos dados pessoais do candidato (titular dos dados) durante o recrutamento: ou seja, são excluídas todas as informações sobre a vida privada do candidato, a menos que a informação tenha vínculo direto e necessário com o cargo em questão. A seleção de candidatos que envolva uma avaliação do comportamento humano, que forneça uma definição do perfil ou personalidade do candidato, com base por exemplo, em sua situação econômica, localização, estado de saúde ou civil, opinião

(58) Arts. L.1221-6 a L.1221-9; L.1211-1; L.1222-3 e L.1222-4.

(59) Arts. 9º do Código Civil francês e 226-1 e ss. do Código Penal francês.

(60) Mais alta Corte Administrativa da Jurisdição Administrativa francesa.

política, religião ou convicções, filiação sindical ou orientação sexual só deverá ser permitida em condições específicas e mediante consentimento do candidato. Recorde-se que o consentimento do candidato, nesta fase, bem como em todas as fases da relação laboral deve ser livre, expresso e inequívoco. O candidato deve fornecer as informações, sempre, de boa-fé.⁽⁶¹⁾

Acrescente-se ainda que, segundo o RGPD, o responsável pelo tratamento de dados deverá fornecer ao candidato, dentre outras, todas as informações necessárias para assegurar um tratamento equitativo e transparente de seus dados, tendo em vista as circunstâncias e o contexto específicos em que eles serão tratados. Sempre que os dados pessoais forem suscetíveis de ser legitimamente comunicados a outro destinatário ou utilizados para outro fim que não aquele para o qual tenham sido recolhidos, o responsável pelo tratamento deverá fornecer ao candidato informações sobre a finalidade da coleta, bem como todas as informações necessárias à compreensão do tratamento de dados. O candidato tem o direito de acessar os dados coletados sobre a sua saúde, e.g., resultados de seus exames ou avaliações médicas.⁽⁶²⁾

Como consequência do exposto, os questionários apresentados ao candidato devem observar o princípio da minimização de dados e as questões devem estar diretamente relacionadas a oferta de emprego. Deve ser-lhe informada a finalidade da coleta dos dados, forma e duração do tratamento, a identificação e informações de contato do controlador, se haverá compartilhamento de dados e para qual finalidade, além das responsabilidades dos agentes de tratamentos e os direitos do titular dos dados (direito de acesso, retificação e oposição).

Durante essa fase, o recrutador deve respeitar a vida privada do candidato, bem como observar os princípios de lealdade, minimização,

transparência, equidade, proporcionalidade e adequação no tratamento de dados.

Em caso de desfecho negativo da candidatura, o recrutador deve informar ao candidato se pretende manter o seu currículo e arquivos (contendo dados pessoais), bem como, dar-lhe a possibilidade de autorizar ou solicitar a sua destruição. O recrutador, se for o caso, deverá justificar por que certas informações necessitam conservação.

A experiência francesa pode inspirar o Direito do Trabalho brasileiro⁽⁶³⁾. Assim, por exemplo, os dados pessoais coletados por ocasião de um recrutamento e seleção no Brasil (p.ex. identificação pessoal) ou dados sensíveis (p.ex. filiação sindical ou dados relativos à saúde) devem ser tratados com cautela, a fim de evitar discriminação ou afronta à vida privada do candidato. Os princípios supra-mencionados, bem como o consentimento do titular, devem ser respeitados e observados. Findo o processo seletivo, o recrutador deverá informar claramente aos candidatos não selecionados a política de utilização dos dados fornecidos e, principalmente, o que será feito com seus dados, documentos, currículos e eventual conservação.⁽⁶⁴⁾

Algoritmos, recrutamento e seleção. *Quid* da seleção por algoritmo? Segundo o RGPD, o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar⁽⁶⁵⁾. Não se trata, portanto, de proibir o uso de algoritmos, mas de limitar e enquadrar sua utilização.

Alinhada ao RGPD, a LGPD afirma que o titular dos dados tem direito de solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas

(61) RGPD: art. 5º, § 1º, “c”.

(62) Consid. 39, 58, 60, 71, 78 e arts. 5º, § 1º, “a”; 12; 13, § 2º e 26, § 1º.

(63) Arts. 17 a 20 da LGPD.

(64) PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p.25.

(65) RGPD: art. 22.

as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial⁽⁶⁶⁾. Em razão do princípio da transparência, recomenda-se a elaboração de relatório de impacto sobre a proteção de dados pessoais, a fim de evitar eventual contencioso de discriminação.

II/ TRATAMENTO DE DADOS: FASE CONTRATUAL

Execução do contrato de trabalho. É na fase contratual que o empregado terá conhecimento da política de tratamento de dados da empresa e dará (ou não) o seu consentimento expresso. Consequentemente, as cláusulas contratuais devem ser redigidas de modo a comprovar a transmissão de informações acerca do tratamento de dados do empregado.

O Código do Trabalho francês⁽⁶⁷⁾ afirma que nenhuma informação sobre um empregado pode ser coletada por um dispositivo que não lhe tenha sido previamente informado. A exigência de boa-fé e lealdade nas relações de trabalho proíbe o uso de meios clandestinos de controle do empregado. Assim, o controle por geolocalização, biometria ou vídeo/áudio-vigilância **não pode ser** utilizado se não estiver em conformidade com o RGPD. A coleta ilegal desses dados pelo empregador pode implicar violação da obrigação de lealdade⁽⁶⁸⁾, da vida privada e intimidade do empregado, culminando em sanções administrativas ou penais.

Tanto o RGPD quanto a LGPD aplicam-se aos documentos que contenham dados pessoais e dados sensíveis, a exemplo dos dados bancários para pagamento de salários, dados relativos à remuneração para fins de pensão

alimentícia, dados relativos à saúde, como exames ocupacionais e atestados médicos, ficha de registro do empregado, filiação sindical etc. Recomenda-se, pois, que os formulários, questionários e os contratos de trabalho sejam adequados às exigências da LGPD, “sob pena de burla à necessária adequação dos dados coletados à teleologia justificada, de modo a permitir o livre acesso de modo gratuito e com qualidade, exatidão, clareza, transparência e segurança, cabendo às empresas a obrigação de prestação de contas (*accountability*)”⁽⁶⁹⁾.

Rememore-se que é direito do empregado, na qualidade de titular dos dados pessoais, o acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados que devem ser disponibilizados de forma clara, adequada e ostensiva pelo empregador. Dentre outros, devem ser-lhe informados seus direitos na qualidade de titular dos dados e a finalidade específica do tratamento; forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; identificação e informações de contato do controlador; informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento, etc. O empregado pode, a qualquer momento, durante a execução do contrato e mediante requisição, acessar, confirmar, corrigir seu dados incompletos, inexatos ou desatualizados, bem como solicitar o bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o LGPD ou revogar seu consentimento⁽⁷⁰⁾. Ele tem o direito de se opor a uma medida de definição de perfil, direito à portabilidade dos seus dados, direito à limitação do tratamento, e, enfim, direito de acesso, retificação, bloqueio⁽⁷¹⁾ ou eliminação⁽⁷²⁾.

(69) PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 26.

(70) LGPD: art. 18.

(71) LGPD: arts. 7º a 12, 15 a 22. RGPD: Consid. ns. 32, 42, 43 e art. 4º, § 11.

(72) Quanto ao direito ao esquecimento digital, o RGPD faz a ele expressamente menção, dentre outros, nos Considerandos ns. 65 e 66 e no art. 17. Sobre o tema, o STF, afirmou

(66) LGPD: art. 20 e § 1º.

(67) artigo L. 1222-4 do Código do Trabalho.

(68) Artigo L.1222-1 do Código do Trabalho.

Dentre os diversas questões relativas ao tratamento de dados pessoais e sensíveis durante a execução do contrato de trabalho, destacamos a vigilância e o monitoramento dos trabalhadores (a), uso da biometria (b), do *BYOD* (c) e dos dados relativos à saúde do trabalhador (d):

a) **Vigilância e monitoramento de empregados.** Na França, à luz do RGPD, da legislação⁽⁷³⁾, das deliberações da CNIL⁽⁷⁴⁾ e da jurisprudência⁽⁷⁵⁾, em regra geral, não é permitido o monitoramento permanente dos empregados (p.ex. vigilância constante por vídeo, *webcam* ou dispositivos de áudio), salvo em circunstâncias especiais e devidamente justificadas. Tal como acontece com qualquer tratamento de dados pessoais, um sistema de monitoramento do tempo de trabalho ou das atividades realizadas pelos empregados, à distância ou *in loco*, deve ter uma finalidade clara, definida, além de ser proporcional e adequado aos fins a que se destina. Os empregados e o *Comité social et économique* (CSE)⁽⁷⁶⁾ devem ser informados acerca de toda forma de monitoramento e vigilância. Isso porque, os empregados também têm direito ao respeito da vida privada no local de trabalho. Assim sendo, um sistema de vigilância permanente é excessivo e desproporcional, principalmente

ser incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso. RE-1010606-RJ, Plenário, j. 11.02.2021, rel. Min. Dias Toffoli.

(73) P.ex.: arts. 5º, § 1º, "c", 9º, § 4º e 11,1, § 2º, "b" do RGPD. Arts. 8º, II, § 9º de la *Loi du 6 janvier 1978*. Arts. L.1121-1, L. 1221-6 a L. 1221-9; L. 1121-1; L. 1222-3, L. 1222-4 e L. 2323-47 do Código do Trabalho. Art. 9º do Código Civil. Arts. 226-1 e ss. do Código Penal.

(74) Disponível em: <<https://www.cnil.fr/>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

(75) *Cour de cassation. Chambre sociale, 19 déc. 2018, arrêt n. 17-14.631, Publié au bulletin. Conseil d'État, 10^{me} – 9^{ème} chambres réunies, 15 déc. 2017, 403776, Publié au recueil Lebon.*

(76) Instância representativa do pessoal. Art. L. 2312-38 do Código do Trabalho.

porque existem meios alternativos e menos intrusivos para alcançar tal fim. Igualmente excessivo e desproporcional é o comparatilhamento permanente da tela e/ou uso de *keyloggers*⁽⁷⁷⁾, ou ainda, a obrigação do empregado de realizar ações, regularmente, para demonstrar sua presença atrás de sua tela, como clicar a cada X minutos em um aplicativo, ou tirar fotos em intervalos regulares e enviá-las ao empregador⁽⁷⁸⁾.

Câmeras podem ser instaladas nas entradas e saídas de edifícios, saídas de emergência e vias de circulação. Elas também podem filmar áreas onde mercadorias ou bens valiosos são armazenados. Mas não devem filmar os trabalhadores (o rosto) em seu local de trabalho, exceto em circunstâncias especiais (p. ex., é permitida a filmagem do caixa bancário em atividade, mas não o seu rosto). As câmeras também não devem filmar as áreas de descanso ou banheiros. Se as imagens puderem ser acessadas remotamente, pela Internet ou pelo celular, por exemplo, esse acesso deve ser protegido. Por fim, a gravação de som é reservada a situações específicas, limitadas e justificada pela finalidade (p. ex., uma agressão do trabalhador no local de trabalho)⁽⁷⁹⁾.

A CNIL aconselha⁽⁸⁰⁾, pois, que antes da implantação de qualquer ferramenta de monitoramento ou controle, seja realizado um teste de adequação e proporcionalidade para determinar se todos os dados são realmente necessários, a fim de garantir que as eventuais violações do direito à privacidade sejam reduzidas ao mínimo necessário à consecução da atividade profissional. Informações claras

(77) *Keyloggers*: software que permite registrar todas as teclas digitadas por uma pessoa em um computador.

(78) Esses processos, segundo a CNIL, são particularmente invasivos e equivalem a um monitoramento permanente e desproporcional das atividades dos empregados. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/la-videosurveillance-videoprotection-au-travail>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

(79) Disponível em: <<https://www.cnil.fr/la-videosurveillance-videoprotection-au-travail>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

(80) *Idem*.

e específicas devem ser fornecidas aos empregados sobre qualquer monitoramento ou controle realizado no ambiente de trabalho, bem como as finalidades, objetivos e as circunstâncias de tal monitoramento ou controle, uma vez que essas atividades podem afrontar a privacidade dos empregados.

A LGPD, como o RGPD, não proíbe o monitoramento por câmeras de vídeo interno e externo do ambiente da empresa. Da leitura da LGPD pode-se concluir que o tratamento dos dados coletados pelo monitoramento deve ser necessário, justificado, proporcional, transparente e adequado aos fins a que se destina. Tal como ocorre no RGPD, o empregado deve ser informado do monitoramento, de preferência por escrito, sobretudo porque o uso de dados coletados por meio de um sistema de vídeo-vigilância ou o uso de dados de um sistema de geolocalização que monitore (de modo sistemático ou pontual) o empregado pode violar sua intimidade e vida privada no ambiente de trabalho. Uma avaliação de impacto pode ser realizada. A questão será, certamente, objeto de pronunciamento seja pelo Poder Judiciário, seja pela ANPD.

b) Biometria. Dado pessoal sensível a biometria merece tratamento particular pelo empregador. À luz do RGPD⁽⁸¹⁾, o controle da jornada por meio de registro de ponto eletrônico pelo uso de biometria deverá ser previamente autorizado pelo empregado e seu uso restrito ao fim a que se destina, vedada a utilização para outra finalidade, sem o consentimento expresso do trabalhador. Na França, a CNIL interpretando o RGPD, a legislação⁽⁸²⁾ e a jurisprudência⁽⁸³⁾ estabelece

os procedimentos a serem adotados para a utilização de dados biométricos impostos pelo empregador (de direito público ou privado) ao seu pessoal (em sentido *lato*: empregados, estagiários, trabalhadores temporários, voluntários, etc.), a fim de controlar o acesso ao local de trabalho. Como todo tratamento de dados sensíveis, o uso da biometria deve ser justificado, proporcional e adequado aos fins a que se destina. O responsável pelo tratamento dos dados deve tomar as medidas adequadas (de segurança e conservação) para fornecer ao empregado todas as informações necessárias sobre os dados coletados. Uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados deve ser efetuada pelo responsável do tratamento antes da implementação da biometria. Enfim, o uso de dados biométricos só será permitido para controlar o acesso ao local de trabalho⁽⁸⁴⁾.

A LGPD⁽⁸⁵⁾, no mesmo sentido, afirma que os dados biométricos são dados pessoais sensíveis, e tal como previsto no RGPD, seu uso deve ser enquadrado aos fins a que se destina (p.ex., o controle do ponto eletrônico⁽⁸⁶⁾) e mediante informação/consentimento do trabalhador. Nesse tema, também, recomenda-se uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados sensíveis.

c) BYOD. Em razão da atual pandemia de Covid-19 e da generalização do teletrabalho, muitos trabalhadores passaram a utilizar o próprio equipamento tecnológico para teletrabalhar⁽⁸⁷⁾ (comumente denominado

(81) RGPD: Consid. ns. 51, 53, 91 e arts. 4º, § 14; 9º, § 1º e § 4º.

(82) V. arts. 5º, § 1º, «c», 9º, § 4º e 11, §§ 1º, 2º, «b» do RGPD. Art. 8º, § 2º e 9º de *la loi du 6 janvier 1978 modifiée*. Art. L. 1121-1 do Código do Trabalho. *Règlement type relatif à la mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail*. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation-2019-001-10-01-2019-reglement-type-contrôle-daccés-biometrique.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

(83) Ver nota de rodapé n. 76.

(84) Disponível em: <<https://www.cnil.fr/fr/laces-aux-locaux-et-le-contrôle-des-horaires-sur-le-lieu-de-travail>>. Acesso em: 15 fev. 2021. Sobre o reconhecimento facial, disponível em: <<https://rm.coe.int/lignes-directrices-sur-la-reconnaissance-faciale/1680a134f4>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

(85) LGPD: art. 5º, II.

(86) V. art. 74 da CLT e Portaria n. 1.510, de 21 de agosto de 2009, do Ministério do Trabalho e Emprego.

(87) GOUTTENoire, Abel. *Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée. À propos des questions/réponses de la CNIL sur le télétravail du 12 novembre 2020*. RDT 2021, 88.

“BYOD – Bring Your Own Device”⁽⁸⁸⁾, o que suscita questionamentos acerca do tratamento de dados e da vida privada, à luz do RGPD e LGPD.

A utilização de equipamentos de informática de uso pessoal em contexto profissional apresenta inconvenientes para empregados e empregador. Para empregados, tendo em vista a dificuldade em estabelecer limites claros entre os dados pessoais (vida privada) e dados profissionais. Para o empregador, em razão do risco de divulgação de informações sigilosas que possam transitar nos dispositivos pessoais de seus empregados ou seu possível uso inadequado por terceiros (amigos, familiares, etc.) e, ainda, “a (im)possibilidade de monitorar os dispositivos pessoais do empregado, dada a eventual violação de sua privacidade e intimidade”⁽⁸⁹⁾. Se o empregador é, em princípio, livre para acessar os dados contidos no equipamento profissional confiado ao empregado, porque presume-se de natureza profissional, esse não é o caso quando se tratar de dados constantes do equipamento pessoal do empregado. Ressalte-se que, o empregador é responsável pela segurança dos dados pessoais de sua empresa e os dados de seus empregados, inclusive quando estão armazenados em dispositivos (BYOD) sobre os quais não possui controle físico ou jurídico, mas que autorizou o uso (por seus empregados). Enfim, o uso de BYOD não isenta o empregador de

sua obrigação de fornecer a seus empregados os equipamentos e infraestrutura necessários para o desempenho de atividades, pois ferramentas pessoais só devem ser usadas excepcionalmente no contexto profissional.

Ressalte-se que, à luz do RGPD e da LGPD, o BYOD não é uma forma de “tratamento de dados pessoais”, mas ele pode gerar dados pessoais. Consequentemente, o recurso ao BYOD não altera as obrigações dos responsáveis pelo controle dos dados coletados, tampouco os princípios que regem esse tratamento (principalmente, os da transparência, adequação, minimização, proporcionalidade e finalidade). Evidentemente, deve haver o consentimento expresso do empregado quanto ao tratamento e eventual compartilhamento de seus dados pessoais coletados.

Recorrer ao BYOD é, portanto, uma decisão que exige ponderação das vantagens e desvantagens apresentadas por esse uso que confunde os limites entre a vida pessoal e profissional e põe em risco a segurança de dados pessoais dos trabalhadores, empresa, clientes e terceiros. Recomenda-se, pois, a elaboração de relatório de impacto sobre a proteção de dados pessoais.

d) **Saúde.** Nos termos dos artigos L. 4121-1 e L. 4122-1 do Código do Trabalho francês, o empregador tem a obrigação de proteger a saúde e a segurança de seus empregados devendo implementar todos os meios necessários para tornar efetivo esse direito. No Brasil, igualmente, o empregador deve tomar as medidas necessárias para a redução de riscos inerentes ao trabalho por meio das normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), proteção do meio ambiente do trabalho (arts. 200, VIII e 225, *caput*), além das normas de proteção e segurança previstas nos arts. 154 a 201 da CLT e das Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho, sem olvidar as garantias previstas na Constituição Federal, principalmente, a proteção dos direitos fundamentais contidos no arts. 5º e 6º (e.g.

(88) FINCATO, Denise; FRANK, Marina Silveira. *Bring Your Own Device (BYOD) e suas implicações na relação de emprego: reflexões práticas. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 9, n. 89, p. 66-82, jun. 2020. GOULART, Guilherme Damasio. Limites do BYOD: entre o poder do empregador e a proteção dos direitos da personalidade do empregado. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, SP, v. 40, n. 159, p. 71-86, set./out., 2014. LE MOINE, L., *Intimité et vie privée du travailleur connecté: 'BYOD', capteurs, sécurité des données dans l'entreprise numérique*. La lettre innovation et prospective de la CNIL, n. 7, juin 2014. DESBARATS, Isabelle. *Les objets connectés au travail: quelles régulations pour quels enjeux?* Dr. Soc. 2021, 139. PELLEGRINI, François. *Sécurité et hygiène numérique des professionnels*. Dalloz IP/IT 2019, 233.

(89) FINCATO, *op. cit.*, p. 69 e 71.

direito à vida, segurança, saúde, integridade, repouso, vida privada, etc.) .

A regra geral, segundo o RGPD⁽⁹⁰⁾, é a proibição do tratamento de dados relativos à saúde, salvo, por exemplo, se o tratamento for necessário para proteger os interesses vitais do titular dos dados⁽⁹¹⁾, ou por motivos de interesse público⁽⁹²⁾ no domínio da saúde pública⁽⁹³⁾, ou se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou de medicina do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, diagnóstico médico, tratamentos de saúde⁽⁹⁴⁾, sempre com fundamento na legislação da UE ou na legislação do Estado-Membro, observada a proporcionalidade e a salvaguarda dos direitos fundamentais do titular dos dados.

Essas regras do RGPD devem ser conciliadas com a obrigação legal acima mencionada, sobretudo em tempos de pandemia da Covid-19. Assim, exceções legais podem ser invocadas pelo empregador para o tratamento de dados pessoais relativos à saúde, no âmbito do combate à Covid-19, garantida a sua utilização apenas para tais fins específicos⁽⁹⁵⁾.

Esclareça-se que, no tema, as autoridades francesas⁽⁹⁶⁾ parecem posicionar-se no sentido de que os empregadores não devem estabelecer um tratamento sistemático e generalizado dos dados de saúde de seus empregados, além daquele que for solicitado pelas autoridades de saúde pública, a fim de preservar o direito à vida privada e evitar discriminação. A

CNIL⁽⁹⁷⁾, à luz do RGPD⁽⁹⁸⁾, recorda a obrigação do empregador de estar particularmente vigilante quanto à utilização, em princípio proibida, mas autorizada excepcionalmente, dos dados sensíveis como os dados de saúde, em matéria de saúde ocupacional. Isso porque, esses dados só podem ser processados para fins específicos (p.ex. gestão do serviço de saúde ocupacional, acidentes de trabalho, doenças profissionais ou medidas de segurança específicas).

De modo similar, extrai-se da LGPD que o tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser realizado para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária e com o consentimento do empregado, salvo hipóteses legais⁽⁹⁹⁾. É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis relativos à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde ou de assistência farmacêutica⁽¹⁰⁰⁾.

Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas, mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme as práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas⁽¹⁰¹⁾. O acesso aos dados em questão será objeto de regulamentação por parte da autoridade nacional e das autoridades

(90) RGPD: art. 9.

(91) RGPD: art. 9º, § 2º, "c".

(92) RGPD: art. 9º, § 2º, "g".

(93) RGPD: art. 9º, § 2º, "i".

(94) RGPD: art. 9º, § 2º, "h".

(95) A corroborar, cite-se o Preâmbulo do RGPD e Considerando n. 46. Derrogações à proibição do art. 9º estão previstas nos Considerandos ns. 52 e 54 do RGPD.

(96) A CNIL, em particular.

(97) Disponível em: <<https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/referentiel-grh.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

(98) RGPD: arts. 9, § 2º e 88.

(99) LGPD: art. 7º e § 5º.

(100) LGPD: art. 11.

(101) LGPD: art. 13.

da área de saúde e sanitárias, no âmbito de suas competências.

Do exposto, tem-se que a experiência francesa pode ser útil ao jurista brasileiro, pois os princípios de minimização, adequação, proporcionalidade e transparência no tratamento de dados, que informam o RGPD (e também a LGPD) podem ser aplicados durante a execução do contrato de trabalho, a fim de conciliar o direito do empregado de proteger seus dados pessoais (sobretudo os dados sensíveis, caracterizados por seu elevado potencial discriminatório) e o direito do empregador de conservar esses dados, por razões legais ou interesse público.

III/ TRATAMENTO DE DADOS: FASE PÓS CONTRATUAL

A ruptura do contrato de trabalho, por qualquer motivo, requer a observância dos preceitos da LGPD e do RGPD.

O empregado tem, portanto, o direito de solicitar a eliminação de seus dados pessoais quando da rescisão contratual. Todavia, da leitura dos arts. 15 e 16 da LGPD conclui-se que pode ser autorizada a sua conservação, mesmo sem a autorização do empregado, por exemplo, para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador/empregador⁽¹⁰²⁾. Nesse caso, o arquivamento da documentação do ex-empregado pode ser admitido, observado o prazo prescricional de 2 anos ou prazo superior para alguns documentos, em razão de fiscalização e auditoria do trabalho⁽¹⁰³⁾,

(102) P. ex.: “guarda de informações fiscais, tributárias, trabalhistas, previdenciárias, observado os respectivos prazos prescricionais. PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 15.

(103) “(...) alguns desses dados devem ser armazenados por prazo indeterminado, pois poderão ser requeridos em eventuais fiscalizações das condições de trabalho pelos Auditores-Fiscais do Trabalho ou no âmbito de reclamações trabalhistas, inclusive a pedido do Ministério Público do Trabalho (...) Os dados que envolvam atas da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), o registro de empregados e o livro de Inspeção do Trabalho devem ser armazenados por prazo indeterminado. Por sua vez, dados envolvendo a relação de emprego como acordos de compensação, recibos de férias, de pagamento de salário,

como por exemplo os dados de depósito do FGTS.

No mesmo sentido, o RGPD afirma que o responsável pelo tratamento de dados deve justificar quem a eles pode ter direito e por quais motivos, pois esses mesmos dados podem ser utilizados após a rescisão do contrato de trabalho, de modo desleal ou abusivo. Deverá, igualmente, estar atento às medidas de privacidade e aos procedimentos técnicos adequados de forma a garantir que o tratamento de dados esteja em conformidade com o RGPD. Enfim, com vistas a prevenir contencioso, o responsável pelo tratamento deverá ser capaz de demonstrar que tomou todas as medidas necessárias para proteger a coleta de dados do ex-empregado (inclusive dos clientes ou terceiros com quem ele trabalhou) e evitar, assim, possível responsabilização civil ou administrativa. Recomenda-se, por exemplo, que por ocasião da rescisão contratual conste cláusula de confidencialidade, lealdade e menção especial sobre o sigilo dos dados de clientes e terceiros⁽¹⁰⁴⁾.

Essa interpretação do RGPD à *la française*, parece-nos, poder inspirar o jurista brasileiro quando da elaboração dos documentos relativos à rescisão contratual.

4. Considerações finais

O “mundo digital” modificou nossas interações com a sociedade, família e amigos. A atual pandemia acelerou esse quadro: o *homo numericus*⁽¹⁰⁵⁾ em evolução antes da pandemia consolidou sua presença na *net*. Enaltecido pelas redes sociais, ele descortina sua vida

dentre outros, devem ser armazenados pelo período de 5 anos, prazo correspondente à prescrição trabalhista.” Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/25/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-e-o-direito-trabalho/>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

(104) RGPD: arts. 12 a 21.

(105) COMPIÈGNE, Isabelle. «Chapitre V. Qui est l’homo numericus?», In: *La société numérique en question(s)*. (dir.) de Compiègne Isabelle. Éditions Sciences Humaines, 2010. p. 59-70.

privada no “mundo virtual” como jamais o “mundo físico” conheceu, indicando ao “mundo jurídico” que essa noção evoluiu. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que descortina sua vida privada, o *homo numericus* requer o controle desses dados. *Maître et Seigneur dans son Royaume*, ele aceita fazer concessões de divulgação e acesso a suas informações, aceita a invasão da sua *privacy*, mas a condição que não haja mercantilização dessas informações pessoais⁽¹⁰⁶⁾.

Nessa arena do *Big Data*, tanto a LGPD quanto o RGPD tem por finalidade a proteção de direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, principalmente o direito à intimidade e à vida privada. Eles permitem que o *homo numericus* se reaproprie de seus dados pessoais, controle os métodos de compartilhamento e de acesso de suas informações, limitando, assim, o confisco de seus dados pessoais pelas grandes plataformas digitais⁽¹⁰⁷⁾. Ambos, exigem das relações empregatícias adaptações: lealdade, transparência e proporcionalidade no tratamento de dados.

A experiência francesa nos convida a refletir sobre os caminhos a seguir, a fim de garantir a efetividade desses direitos, fazer evoluir o direito pátrio alinhando-o às exigências internacionais de proteção e segurança jurídica de dados pessoais.

5. Referências

AGUIAR, Antônio Carlos. A proteção de dados no contrato de trabalho. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 6, p. 655-661, jun., 2018.

ALVES, Amauri Cesar; ESTRELA, Catarina Galvão. Consentimento do trabalhador para o tratamento de seus dados pelo empregador: análise da subordinação jurídica, da higidez da manifestação de

vontade e da vulnerabilidade do trabalhador no contexto da LGPD. *Síntese*, v. 31, n. 375, p. 25-39, 2020.

BENSOUSSAN, Alain. *Informatiques et Libertés*. 3. ed. Éditions Francis Lefebvre, 2019, 700p.

CALEGARI, Luiz Fernando. A influência da LGPD nas Relações de Trabalho: a necessidade de as empresas se adequarem à nova legislação. *Síntese*, v. 31, n. 375, p. 21-24, 2020.

DERBLI, Ludimila Santos. O transplante jurídico do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (“GDPR”) para o Direito brasileiro. *Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação da Câmara dos Deputados*, Brasília, v. 12, n. 30, p. 181-193, set./dez. 2019.

DERIEUX, Emmanuel. Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité. *RLDI/100*, n. 3.334, p. 77-89, jan. 2014.

_____; GRANCHET, Agnès. Vie privée et droit à l'image. *Droit des médias*. Droit français, européen et international. LGDJ, Lextenso, 6. ed., p. 597-62, 2010.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 9, n. 23, p. 284-301, maio/ago. 2019.

GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehlke. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade : os limites da intervenção do Estado. *Relações Internacionais no mundo atual*, Curitiba, v. 2, n. 27, p. 1-17, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. *Direito Unifacs: debate virtual*, Salvador, n. 239, p. 1-42, maio, 2020.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. *A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho*. 01.10.2020. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em : 10 fev. 2021

RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de proteção de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n.2, p. 127-146, jul. 2019.

(106) A. Casilli. *Quelle protection de la vie privée face aux attaques contre nos libertés numériques?* 2015. Disponível em: <<https://www.casilli.fr/2015/02/07/7013>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

(107) A. Casilli. *Le RGPD, Un premier pas dans la bonne direction*. (Libération, 2018). Disponível em: <<http://www.casilli.fr/tag/donnees-personnelles/>> Acesso em: 16 fev. 2021.

REIS, Beatriz de Felipe. A cultura de *compliance* em matéria de proteção de dados e sua adoção no âmbito laboral. *The culture of compliance in relation to data protection and its adoption in the context of labor*. *Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, SP, v. 46, n. 214, p. 323-340, nov./dez. 2020

RUARO, Regina Linden. Algumas reflexões em torno do RGPD, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, Belo Horizonte, Fórum, ano 14, n. 42, p. 219-249, jan./jun. 2020.

_____; GLITZ, Gabriela Pandolfo Coelho. Panorama geral da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

no Brasil e a inspiração no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu. *Revista de Estudos e Pesquisas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 340-356, jul./dez. 2019.

SOUSA, Duarte Abrunhosa e; GONÇALVES, Rui Coimbra. Da necessidade de conservação de dados pessoais dos trabalhadores no período pós-contratual. *The need to retain workers' personal data in the post-contractual period*. *Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, SP, v. 46, n. 212, p. 119-145, jul./ago. 2020.

TEYSSIÉ, B. (Dir.). *La communication numérique, un droit, des droits*. Éditions Panthéon-Assas, 2013, 630p.

Lei Geral de Proteção de Dados e Relação de Emprego: Controvérsias

Silvia Isabelle Teixeira do Vale^(*) e Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda^(**)

Resumo:

- ▶ O presente artigo objetiva discutir as controvérsias decorrentes da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) nas relações de emprego, estabelecendo as suas principais controvérsias, sempre sob a égide dos preceitos constitucionais.

Palavras-chave:

- ▶ Lei Geral de Proteção de Dados — Intimidade — Vida privada — Relação de emprego.

Abstract:

- ▶ This article aims to discuss the controversies arising from the application of the General Data Protection Law (Law n. 13.709/2018) in employment relationships, establishing its main controversies, always under the aegis of constitutional precepts.

Keywords:

- ▶ General Data Protection Law — Privacy — Employment relationship.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a relação de emprego
 - ▶ 2.1. Histórico e normas internacionais
 - ▶ 2.2. Princípios, abrangência e conceitos legais
- ▶ 3. Aplicação da Lei n. 13.709/2018 nas diferentes fases da relação de trabalho
 - ▶ 3.1. Fase pré-contratual

(*) Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestra em Direito pela UFBA. Doutora pela PUC/SP. Pós-Doutora pela Universidade de Salamanca. Professora convidada do curso de pós-graduação *lato sensu* da Faculdade Baiana de Direito, EMATRAS, CERS, CEJAS, UCSAL e da Escola Judicial do TRT da 5ª, 6ª, 10ª e 16ª Regiões. Diretora da EMATRAS, biênio 2019/2021. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. e do Conselho acadêmico da ENAMATRA, órgão de docência da ANAMATRA. Autora de livros e artigos jurídicos. Ex-professora substituta da UFRN.

(**) Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 5ª Região. Professora Adjunta da Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo. Professora convidada do curso de pós-graduação *lato sensu* da Faculdade Baiana de Direito, CERS, UCSAL, UNIFACS e da Escola Judicial do TRT da 5ª, 6ª e 16ª Regiões.

- ▶ 3.2. Fase contratual
- ▶ 3.3 Fase pós-contratual
- ▶ 4. Controvérsias sobre a interpretação da Lei n. 13.709/2018 na relação de emprego
 - ▶ 4.1. Sobre a aplicabilidade da LGPD nas relações de trabalho doméstico
 - ▶ 4.2. Sobre a necessidade de consentimento do titular quando o acesso à empresa ocorrer mediante utilização de dados biométricos
 - ▶ 4.3. Sobre a fiscalização do cumprimento da LGPD nas relações laborais
 - ▶ 4.4. Sobre a aplicabilidade da LGPD nos casos de elaboração de “listas sujas” por empregadores
 - ▶ 4.5. Sobre a necessidade de elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais
 - ▶ 4.6. Sobre a forma do consentimento do titular
 - ▶ 4.7. Sobre o rol taxativo ou exemplificativo de dados sensíveis
 - ▶ 4.8. Sobre a possibilidade de disciplina da proteção de dados do empregado em normas coletivas
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências

1. Introdução

O presente artigo discute a aplicação da lei geral de proteção de dados, Lei n. 13.709/2018, na relação de emprego, objetivando examinar as principais controvérsias decorrentes de sua aplicação, considerando o fato de que não se trata de uma norma trabalhista, mas de um disciplinamento que atinge toda e qualquer relação jurídica em que ocorra o tratamento de dados pessoais.

O tema é atual e relevantíssimo para a seara jurídica e para toda a sociedade, na medida em que a nova legislação disciplina algumas obrigações a serem cumpridas pelo empregador, no cuidado com a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração de dados pessoais sensíveis ou não sensíveis dos empregados ou candidatos a emprego.

No primeiro item, discorre-se sobre a origem normativa e seu histórico, perpassando pela regulamentação da proteção de dados no âmbito internacional, que influenciou a elaboração e redação dos dispositivos no ordenamento jurídico pátrio. São ainda estabelecidos os princípios que informam a hermenêutica e aplicação da norma, sua abrangência e conceitos legais indispensáveis à sua compreensão, em especial os de tratamento, dados pessoais sensíveis e não sensíveis e controlador destas informações.

No item seguinte, são tecidas considerações acerca da aplicação da norma nas diferentes fases da relação de emprego — pré-contratual, contratual e pós-contratual — com o escopo de fixar as regras para cada etapa na evolução da relação empregatícia, porquanto as exceções legais à regra geral de consentimento quanto ao tratamento dos dados pessoais são distintas a depender da existência do liame obrigacional válido e eficaz.

Por derradeiro, o texto avança na discussão sobre as principais controvérsias oriundas

da novel legislação, perpassando pela aplicabilidade da LGPD nas relações de trabalho doméstico, pela necessidade de consentimento do titular quando o acesso à empresa ocorrer mediante utilização de dados biométricos, pela fiscalização do cumprimento da LGPD nas relações laborais, sobre a sua incidência nos casos de elaboração de “listas sujas” por empregadores, pela necessidade de elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais pelos empregadores do setor privado da economia, sobre as celeumas da forma do consentimento do titular, pela cizânia sobre o rol taxativo ou exemplificativo de dados sensíveis e pela possibilidade de disciplina da proteção de dados do empregado em normas coletivas.

A metodologia utilizada, precipuamente, foi a pesquisa bibliográfica, que envolveu a busca de livros, artigos publicados em revistas especializadas, jornais e revistas.

2. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a relação de emprego

Com a vigência quase integral da Lei n. 13.709/2018, já alterada pela Lei n. 13.853/2019, a partir de 18 de setembro de 2020 (somente os arts. 52, 53 e 54 terão vigência a partir de 1º de agosto de 2021, como determinado no art. 20 da Lei n. 14.010/2020), torna-se imperiosa uma digressão acerca do tratamento de dados pessoais no âmbito das relações de trabalho, que são atingidas pelo referido diploma normativo.

A lei é um marco no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que densifica os direitos constitucionais à intimidade e vida privada dos titulares de dados, fornecendo-lhes proteção jurídica inédita, inclusive quanto à possibilidade de retificação, correção e eliminação de dados armazenados. A LGPD, indubitavelmente, consiste em uma limitação ao poder diretivo do empregador, porquanto impõe inúmeras obrigações de cuidado ao controlador dos dados, para preservação de direitos fundamentais.

A finalidade normativa, por conseguinte, é a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, como insculpido em seu art. 1º⁽¹⁾. A respeito da importância do tema, não é demasiado asseverar que o direito à proteção de dados pessoais é o poder de controle sobre quem pode armazenar os dados e para qual desíderato pode deles dispor⁽²⁾. Na dicção de Laura Mendes, a proteção de dados pessoais se insere na sociedade da informação como uma possibilidade de tutela do indivíduo em face dos riscos potenciais que o tratamento de dados pode causar à sua personalidade — o objetivo, por conseguinte, não é de proteção dos dados em si, mas de seu titular.⁽³⁾

A lei geral de proteção de dados, portanto, provocará mudanças na relação de emprego, especialmente na sua fase pré-contratual, em face da ausência de celebração de vínculo jurídico entre as partes que fundamente a atuação empresarial, neste momento de tratativas. É imprescindível, portanto, conhecer o histórico da norma, normas internacionais que versam sobre o tema, princípios que a norteiam, conceitos estipulados em seu texto, dentre outros aspectos preliminares para compreensão da matéria.

(1) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

(2) GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-143/o-desafio-da-protecao-aos-dados-pessoais-do-trabalhador/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

(3) MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

2.1. Histórico e normas internacionais

Até o final dos anos 1970, a grande preocupação dos juristas residia na existência de grandes bancos de dados, ou seja, na concessão de autorização para sua criação e controle por órgãos públicos. Em síntese, a ênfase era conferida para a questão do processamento de dados, não para a salvaguarda da privacidade e intimidade dos seus titulares. Esta preocupação deixou de ser relevante pela constatação de que pequenos bancos de dados proliferaram em todos os segmentos sociais, não existindo a possibilidade de concentração de informações em bancos de dados únicos e centralizadores, controlados por autoridades públicas. Esta pulverização acarretou a disseminação capilarizada de informações, tornando os indivíduos vulneráveis tanto em relação à transmissão para finalidades espúrias quanto à incorreção dos dados. Na linha de criação de normas para conglobamento de dados em bancos de armazenamento colossais, o Federal Privacy Act, de 1974⁽⁴⁾, estabeleceu um código de práticas de informação para reger a coleta, manutenção, uso e disseminação de informações particulares que foram ou são mantidas em sistemas de registros por agências federais norteamericanas.

Cumprir gizar, porque oportuno, que, em 1976, a Constituição da República Portuguesa, no seu art. 35º⁽⁵⁾, disciplinou a proteção de

dados pessoais, em caráter vanguardista para a época.

A partir dos anos 1980, a legislação esteve voltada para a concretização da autodeterminação informativa, que não se restringe ao fornecimento ou não fornecimento de dados, mas abrange ainda outras fases sucessivas do seu processo de tratamento, bem como garantias fundamentais, como o dever de informação. O direito à autodeterminação informativa, insculpido no art. 2º, inciso II, da Lei n. 13.709/2018, de maneira abrangente, significa o controle que cada um possui sobre as informações que lhe dizem respeito pessoalmente, íntimas ou não, para assim preservar em última instância a própria identidade, dignidade e liberdade⁽⁶⁾, na dicção de Pablo de la Cueva.

Somente em 1995, contudo, houve o advento do mais importante documento internacional sobre a proteção de dados, a Diretiva 95/46/CE, que pretendeu assegurar a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas físicas, especialmente o direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. O referido diploma normativo

tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei".

(6) CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. Informática y protección de datos personales. Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 43, p. 31, 1993. Tradução nossa. No original: "El control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad".

(4) ESTADOS UNIDOS. *Federal Privacy Act*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2018-title5/pdf/USCODE-2018-title5-partI-chap5-subchapII-sec552a.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020

(5) PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202008271943/127994/diploma/indice>>. Acesso em: 25 ago. 2020. "Art. 35º. Utilização da informática. 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para

foi revogado pelo Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, atualmente em vigor em todos os países da União Europeia. A Lei n. 13.709/2018, redigida em total consonância com o referido regulamento, foi uma importante conquista para que o Brasil não fosse atingido por uma série de restrições ao tráfego internacional de dados pessoais com os países europeus, ou seja, não fosse excluído destes procedimentos por não possuir um regramento da matéria em âmbito nacional.

O Regulamento n. 2016/679 dispõe que o tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir às pessoas. Em síntese, o direito à proteção de dados pessoais não é absoluto, deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Ratifica ainda que o documento respeita todos os direitos fundamentais, precipuamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística.⁽⁷⁾

O Regulamento n. 2016/679 possibilita, em seu art. 88º, que os Estados-membros desenvolvam uma legislação mais pormenorizada sobre a proteção de dados no contexto da relação laboral:

Art. 88º. Tratamento no contexto laboral.

1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato

de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.

2. As normas referidas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controle no local de trabalho.

3. Os Estados-Membros notificam a Comissão das disposições de direito interno que adotarem nos termos do n. 1, até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas.⁽⁸⁾

De acordo com a Nota Técnica n. 08, da Autoridade para as Condições do Trabalho de Portugal, é lícito o tratamento de dados que for necessário para o cumprimento de obrigações e para o exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social, na medida em que esse tratamento seja determinado pelo Código do Trabalho e legislação complementar ou outros regimes setoriais ou ainda por uma convenção coletiva que preveja garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados. Destarte, a transferência de dados pessoais de trabalhadores por parte da entidade empregadora, sempre que assim se justifique à luz das normas laborais, nomeadamente em situações de cedência, de cedência ocasional, de trabalho temporário

(7) UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Disponível em: <https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento_ue_2016-679_-_protecao_de_dados.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

(8) UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Disponível em: <https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento_ue_2016-679_-_protecao_de_dados.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

e no âmbito de prestação de serviços a outras entidades, com ou sem destacamento, deve ser proporcional, necessária e adequada para a execução da atividade a prestar pelo trabalhador em instalações ou locais de trabalho do receptor dessa prestação.⁽⁹⁾

Impende destacar que a Lei n. 13.709/2018 não estabelece expressamente a possibilidade de criação de normas mais específicas para garantir a proteção de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral através de normas coletivas, assunto que será pormenorizado quando forem tratadas as controvérsias.

2.2. Princípios, abrangência e conceitos legais

A disciplina da proteção de dados pessoais possui como pauta axiológica os vetores do respeito à privacidade; da autodeterminação informativa; da liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; do desenvolvimento econômico e tecnológico e da inovação; da livre iniciativa, da livre concorrência da defesa do consumidor; do respeito aos direitos humanos, ao livre desenvolvimento da personalidade, à dignidade e ao exercício da cidadania pelas pessoas naturais.⁽¹⁰⁾

Segundo Rodotà, os princípios a serem aplicados na proteção de dados são os seguintes: a) princípio da publicidade ou da transparência, segundo o qual a existência de um banco de dados deve ser de conhecimento público, pela exigência de autorização prévia para funcionar, pela necessidade de notificação

de alguma autoridade sobre a sua existência, ou ainda pela exigência do envio periódico de relatórios; b) princípio da exatidão, pois os dados armazenados devem corresponder à realidade, o que significa que sua coleta e tratamento devem ser feitos com cuidado, correção e atualização periódica, conforme a necessidade; c) princípio da finalidade, que significa que os dados devem ser utilizados para aquele escopo informado e autorizado pelo seu titular, jamais para desiderato diverso, sob pena de abusividade; d) princípio do livre acesso, segundo o qual o titular deve ter livre acesso às suas informações, com a possibilidade de controle de sua veracidade; além disso o titular tem o direito de corrigi-las, acrescentando-as ou reduzindo-as, se necessário; e) princípio da segurança física e lógica, segundo o qual os dados devem ser protegidos contra riscos de extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado.⁽¹¹⁾

A Organização Internacional do Trabalho afirma a existência de treze princípios:

5. Princípios gerais

5.1. Os dados pessoais devem ser processados de forma legal e justa, e apenas por razões diretamente relevantes para o emprego do trabalhador.

5.2. Os dados pessoais devem, em princípio, ser usados apenas para os fins para os quais foram originalmente recolhidos.

5.3. Se os dados pessoais forem processados para fins diferentes daqueles para os quais foram coletados, o empregador deve garantir que eles não sejam usados de maneira incompatível com o objetivo original e deve tomar as medidas necessárias para evitar interpretações errôneas causadas por uma mudança de contexto.

5.4. Os dados pessoais coletados em conexão com medidas técnicas ou organizacionais para garantir a segurança e o funcionamento adequado dos sistemas de informação automatizados não devem ser usados para controlar o comportamento dos trabalhadores.

(9) PORTUGAL. Autoridade para as Condições do Trabalho. *Nota Técnica n. 08, de janeiro de 2019*. Disponível em: <[https://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/Publicacoes/Documents/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%208%20%20-%20Impacto%20do%20Regulamento%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados%20nas%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20Laborais.pdf](https://www.act.gov.pt/(pt-PT)/Publicacoes/Documents/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%208%20%20-%20Impacto%20do%20Regulamento%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados%20nas%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20Laborais.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

(10) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

(11) RODOTÀ, Stefano. *Repertorio di fine secolo*. Bari: Editori Laterza, 1999. p. 62.

5.5. As decisões relativas a um trabalhador não devem ser baseadas apenas no processamento automatizado dos dados pessoais desse trabalhador.

5.6. Os dados pessoais coletados por monitoramento eletrônico não devem ser os únicos fatores na avaliação do desempenho do trabalhador.

5.7. Os empregadores devem avaliar regularmente suas práticas de processamento de dados: (a) para reduzir ao máximo o tipo e a quantidade de dados pessoais coletados; e (b) melhorar as formas de proteger a privacidade dos trabalhadores.

5.8. Os trabalhadores e seus representantes devem ser mantidos informados sobre qualquer processo de coleta de dados, as regras que regem esse processo e seus direitos.

5.9. As pessoas que processam dados pessoais devem ser treinadas regularmente para garantir um entendimento do processo de coleta de dados e seu papel na aplicação dos princípios deste código.

5.10. O tratamento de dados pessoais não deve ter o efeito de discriminação ilegal no emprego ou ocupação.

5.11. Empregadores, trabalhadores e seus representantes devem cooperar na proteção dos dados pessoais e no desenvolvimento de políticas sobre privacidade dos trabalhadores consistentes com os princípios deste código.

5.12. Todas as pessoas, incluindo empregadores, representantes dos trabalhadores, agências de emprego e trabalhadores, que têm acesso aos dados pessoais, devem estar sujeitas a uma regra de confidencialidade consistente com o desempenho de suas funções e os princípios deste código.

5.13. Os trabalhadores não podem renunciar a seus direitos de privacidade.⁽¹²⁾

No Brasil, estes princípios foram densificados pela lei geral de proteção de dados, que conferiu um tratamento infraconstitucional à matéria, minudenciando direitos e deveres e fincando premissas sobre o direito à vida privada e intimidade quanto às informações pessoais em diversas relações jurídicas, inclusive nas

(12) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Protection of workers' personal data: an ILO code of practice. Genebra: *International Labour Office*, 1997. p. 02. Tradução nossa.

relações de trabalho. Impende gizar, porque oportuno, que a lei é aplicável para todas as relações de trabalho, ainda que o vínculo não seja empregatício, como, por exemplo, para a contratação de autônomos, cooperados, estagiários, voluntários, dentre outros, bem como nas relações de emprego mediante terceirização. Na relação de emprego ou na relação de trabalho *lato sensu*, o titular dos direitos *sub examine* é a pessoa física contratada⁽¹³⁾. Em

(13) A Lei n. 13.709/2018 dispõe, em seu art. 18: "Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I – confirmação da existência de tratamento; II – acesso aos dados; III – correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV – anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V – portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI – eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII – informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII – informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX – revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei. § 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional. § 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei. § 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento. § 4º. Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 3º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá: I – comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou II – indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência. § 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento. § 6º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional. § 7º A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do *caput* deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados

quaisquer relações jurídicas, somente é titular da proteção a pessoa natural a quem se referem os dados, por expressa dicção do art. 5º, inciso V, da Lei n. 13.709/2018.

Quanto aos conceitos estabelecidos pelo referido diploma normativo⁽¹⁴⁾, destacam-se

pelo controlador. § 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor". Vide BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

(14) No art. 5º da Lei n. 13.709/2018 são estabelecidos 19 (dezenove) conceitos, para preventivamente dirimir controvérsias: "Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III – dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; IV – banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; V – titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; VI – controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII – operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; VIII – encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); IX – agentes de tratamento: o controlador e o operador; X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; XI – anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo; XII – consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; XIII – bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados; XIV – eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado; XV – transferência internacional de dados:

os de dados pessoais, dados pessoais sensíveis, controlador e operador. Dados pessoais são informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável; já os dados pessoais sensíveis são dados também pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, além de informações referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural. A distinção entre dados sensíveis e não sensíveis, pois ambos são pessoais, é de fulcral relevância, porque determinará a forma do seu tratamento, a compreensão dos dispositivos legais e a proteção de direitos da personalidade.

Cumprir destacar ainda os conceitos de controlador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais) e de operador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do

transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro; XVI – uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados; XVII – relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco; XVIII – órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico; e XIX – autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional. Vide BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

controlador), para estabelecer que o controlador dos dados, na fase pré-contratual, tanto pode ser o empregador quanto a agência de empregos ou o *headhunter*; na fase contratual e pós-contratual, o controlador é o empregador, sendo operador o funcionário do setor de recursos humanos encarregado do manejo dos dados, sempre em nome do empregador. Também poderão ser operadores as empresas terceirizadas de contabilidade, por exemplo, contratadas pelo empregador. No caso de terceirização, o controlador é tanto a empresa terceirizada quanto o tomador de serviços, pois ambos deterão informações sobre os trabalhadores terceirizados e procederão ao seu tratamento. Estes conceitos são fundamentais para definição da responsabilidade, em caso de violação aos ditames normativos.

O tratamento de dados consiste em toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. O consentimento, por derradeiro, é definido como a manifestação livre, informada e inequívoca, pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

3. Aplicação da Lei n. 13.709/2018 nas diferentes fases da relação de trabalho

A necessidade de guarda e manutenção de dados dos trabalhadores ou candidatos a emprego é variável a depender da fase contratual, considerando as disposições da Lei n. 13.709/2018, bem como a necessidade de consentimento do titular. De início, cumpre dizer que o tratamento de dados deve ser mais cauteloso nas fases pré-contratual e pós-contratual; entretanto, isto não representará a possibilidade de abusos por parte

do empregador, durante a vigência do liame empregatício.

3.1. Fase pré-contratual

As precauções quanto à coleta, recepção, classificação, acesso, arquivamento e eliminação de dados pessoais, sensíveis ou não, possuem relevância exponencial na fase em que é oferecida a vaga ao mercado de trabalho e são desenvolvidas as tratativas para a contratação. As regras disciplinadas na Lei n. 13.709/2018 são válidas para empregadores ou para agências de emprego, que tanto podem ser operadores ou controladores das informações, na forma dos conceitos enumerados no art. 5º do referido diploma normativo.

No momento da entrevista ou da apresentação do currículo, é vedado o questionamento sobre dados sensíveis ao empregado, considerados como dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato, filiação a organização política, filosófica ou religiosa, ou ainda dados referentes à sua saúde ou vida profissional, como destacado no item 5.2.1 acima. Os dados coletados pelo empregador devem estar relacionados especificamente às atribuições do cargo, seu bom desempenho ou requisitos técnicos ou escolares para exercício, critério geral que fixará a sua constitucionalidade ou o vilipêndio de direitos fundamentais.

Todavia, alguns dados considerados, *prima facie*, como não sensíveis, podem se tornar dados sensíveis. Imagine-se, por exemplo, que uma mulher transexual se candidate a uma vaga de emprego e, em sua documentação, não tendo sido ainda requerida a mudança de nome⁽¹⁵⁾, qualquer que seja o motivo, de sorte

(15) O Provimento n. 73/2018, do Conselho Nacional de Justiça, estabelece os procedimentos para mudança de nome da pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais, após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.275/DF, que estabeleceu a seguinte tese, em agosto de 2018, com repercussão geral: “O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade

que conste um nome tipicamente masculino em seus dados pessoais. Nestas hipóteses, após a verificação de que o dado não sensível se tornou um dado sensível, o empregador deverá adotar todas as cautelas quanto a este, quanto ao seu tratamento, divulgação, exposição e arquivamento. Em síntese, quanto aos dados não sensíveis que se tornaram sensíveis, a regra é de que a empresa de seleção ou o empregador podem utilizá-los somente mediante consentimento livre e informado do titular, de forma específica e destacada, para finalidades determinadas, como determinado no art. 11, inciso I, da Lei n. 13.709/2018. As exceções previstas no inciso II do referido dispositivo, que permitem o manejo de dados sensíveis sem o consentimento do titular, não são aplicáveis na fase pré-contratual.

Incumbe ao empregador proceder ao treinamento adequado dos funcionários do setor de recursos humanos, que têm acesso a estas informações, para que seja ressaltada a necessidade de sigilo de dados dos candidatos, sensíveis ou não. Apenas a título ilustrativo, informações bancárias do empregado, seu número de CPF e endereço não são dados sensíveis, porém não podem ser divulgados a terceiros sem o consentimento do candidato, porquanto podem até mesmo ser utilizados para contrafação de documentos e prática de ilícitos penais.

Conclui-se, portanto, que, na fase pré-contratual, o tratamento de dados sensíveis, como regra geral, é inconstitucional; quanto aos dados pessoais não sensíveis, somente poderão sofrer tratamento, de acordo com o conceito estabelecido no art. 5º, inciso X, da

do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa". O provimento do CNJ dispõe que as alterações não incluem o sobrenome da família e poderão ser desconstituídas em vias administrativas ou judiciais, caso tenham sido utilizadas de má-fé pelo titular, como para obstar a persecução criminal, por exemplo. O procedimento deve ser realizado com base na autonomia do requerente, que deverá declarar sua vontade ao registrador, independente de autorização judicial prévia ou comprovação de cirurgia.

Lei n. 13.709/2018 (podendo ser, por exemplo, coletados, recebidos, classificados, utilizados, acessados, arquivados e distribuídos), mediante consentimento expresso do titular, que deverá se reportar a cada dado, individualmente, de forma granulada, estabelecendo-se a sua finalidade determinada; quanto aos dados pessoais não sensíveis que se tornaram sensíveis, somente é admissível o seu manejo mediante consentimento do titular, na forma do art. 11, inciso I, da Lei n. 13.709/2018. Em relação aos dados para os quais o candidato não permitiu o tratamento, assim como para finalidade diversa da autorizada, não poderá o empregador manusear as informações, sob pena de violação de direitos assegurados constitucionalmente.

Não é admissível a existência de consentimento tácito – ou seja, o raciocínio de que, ao ser entregue o currículo ou realizada a entrevista, o titular disponibilizou os seus dados para tratamento.

Quanto aos candidatos que não tenham sido selecionados, o armazenamento das informações dependerá de consentimento prévio, expresso, livre e com finalidade específica. No entendimento de Edilton Meireles, a empresa não tem nenhuma razão ou direito em manter um banco de dados com as informações obtidas no processo de recrutamento; quando muito, poderia manter informações quanto à localização do candidato (seu endereço, telefone etc.) e suas próprias conclusões obtidas a partir do processo seletivo⁽¹⁶⁾. O posicionamento do referido autor é anterior ao advento da Lei n. 13.709/2018; desta sorte, o entendimento adotado no presente estudo é o de que a Lei n. 13.709/2018 possibilitou a existência deste banco de dados dos candidatos não aprovados, desde que tenham consentido para esta finalidade peculiar. Esta conduta, de outra parte, viabiliza até mesmo a colocação de pessoas desempregadas no mercado de

(16) MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2004. p. 184.

trabalho, porquanto as informações estarão disponíveis com maior facilidade e rapidez, caso exista uma vaga ulterior.

Perquirir sobre a liberdade na manifestação da concordância é salutar para estabelecer digressões sobre a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente considerando que o candidato, na fase de pré-contratação, necessita do emprego para sua sobrevivência e de sua família. É preciso questionar se, em um sistema capitalista, a oferta de força de trabalho é livre, informada e inequívoca ou se, ao revés, depende de conjunturas econômicas alheias ao controle do indivíduo. Esta discussão, contudo, diz respeito a macrodiretrizes sociais; no âmbito jurídico, porém, uma vez prestado o consentimento, o ônus de prova sobre o vício de vontade cabe ao titular da informação. É por esta razão que o presente estudo sufraga a tese de que o referido ato de vontade, preferencialmente, quanto aos dados não sensíveis, deve ser escrito, para que possa ser cercado de todo o esclarecimento necessário, com a devida indicação de suas consequências e formalidades que ordinariamente, nas conversas entre candidatos e controladores, não são obedecidas. Quanto à forma do consentimento de dados sensíveis, o tema será abordado no item 5.3.4.

3.2. Fase contratual

Durante o vínculo, há uma colossal gama de informações produzidas, como os horários de jornada de trabalho, remuneração, existência de filiação a sindicato (para desconto da contribuição associativa), celebração de contratos de empréstimo pessoal (para que ocorram os descontos salariais em favor da instituição financeira), existência de pensões alimentícias, dados referentes à saúde do trabalhador, obtidos pela realização de exames admissionais e periódicos, indicação de dependentes previdenciários, indicação de eventuais beneficiários de seguro de vida, etc. A depender da natureza destas informações, pode ou não ser exigido consentimento do empregado.

Durante a vigência do liame contratual, é despidendo o consentimento do titular para tratamento de *dados pessoais não sensíveis*, porquanto o art. 7º, incisos II e V, permite que seja realizada o manejo de informações para cumprimento de obrigações legais do controlador (o empregador) ou quando necessário para execução do contrato — no caso, o contrato de trabalho. Evidentemente, esta exceção legal não pode se transformar em uma oportunidade para violação do direito à autodeterminação informativa e deve ater-se aos dados necessários à execução do contrato e ao cumprimento das obrigações legais do empregador, não podendo se distanciar destas finalidades. Por óbvio, o empregador não pode utilizar os dados pessoais do empregado para desideratos estranhos à relação laboral. Por outro lado, o titular pode se opor a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto na Lei n. 13.709/2018, com espeque em seu art. 18, § 2º.

Em relação aos *dados sensíveis*, impende destacar que o seu tratamento, durante o vínculo empregatício, como regra geral, constitui conduta discriminatória espúria, porquanto são dados relativos a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a organizações de caráter religiosos, filosófico ou político, dados referentes à vida sexual, etc. Existem, contudo, dados sensíveis que precisam ser tratados ao longo do vínculo empregatício, sendo os exemplos mais eloquentes as informações relativas a filiação sindical (pois o desconto da contribuição associativa é realizado pelo empregador) e os dados genéticos ou biométricos, que são obtidos nos exames médicos admissionais e periódicos, obrigatórios por lei.

No caso da filiação sindical, é desnecessário o consentimento do titular, consoante art. 11, inciso II, alínea “a”, da Lei n. 13.709/2018, vez que o empregador somente estará cumprindo

obrigação legal de desconto, sendo os valores repassados para o sindicato profissional. Repise-se: a associação do empregado ao sindicato é livre, na forma do art. 8º, inciso V, da Constituição Federal de 1988; todavia, uma vez realizada a filiação, por ato voluntário, o empregador terá a obrigação de fazer o desconto da mensalidade, o que é autorizado pela Súmula 342 do Tribunal Superior do Trabalho.⁽¹⁷⁾

Em relação às informações médicas e de saúde, obtidas pela realização dos exames admissionais ou periódico, não há necessidade de consentimento do empregado, na medida em que o art. 11, inciso II, alíneas “e” e “f”, assegura a possibilidade de tratamento dos dados, mesmo sem o consentimento do titular, para proteção da vida ou da incolumidade física ou de terceiro e para tutela da saúde (neste último caso, quando realizados os procedimentos exclusivamente por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridades sanitárias).

Em síntese, a regra geral é de que, excepcionalmente, quanto aos dados sensíveis que forem objeto de tratamento durante o vínculo empregatício, o procedimento deve ser precedido de consentimento do empregado, salvo se o manejo estiver incluído em alguma das hipóteses excetivas do art. 11, inciso II, da Lei n. 13.709/2018⁽¹⁸⁾. É imperioso repetir que

(17) BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 51. ed. São Paulo: LTr, 2020. p. 1.019. “Súmula n. 342. DESCONTOS SALARIAIS. ART. 462 DA CLT. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico”.

(18) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 25 ago. 2020. “Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I – quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II – sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal

o titular pode se opor a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto na Lei n. 13.709/2018, consoante art. 18, § 2º, do referido diploma normativo.

Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto aos *dados não sensíveis que se tornaram sensíveis*, por qualquer motivo.

ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. § 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica. § 2º Nos casos de aplicação do disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso II do caput deste artigo pelos órgãos e pelas entidades públicas, será dada publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei. § 3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências. § 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir: I – a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou II – as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo. § 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.

Há que se destacar, porque oportuno, que é preciso verificar, no caso concreto, se o consentimento quanto ao tratamento do dado sensível terá de ser efetuado obrigatoriamente a cada mês, na medida em que “granulado” não é sinônimo de “mensal” e um entendimento restritivo do âmbito da manifestação de vontade poderia desvirtuar a *teles* normativa, impossibilitando a execução do contrato ou causando óbices ao exercício de outros direitos também assegurados constitucionalmente.

3.3. Fase pós-contratual

Os dados pessoais, uma vez alcançada a sua finalidade ou extinta a sua necessidade, devem ser prontamente eliminados, consoante dispõe o art. 15, inciso I, combinado com o art. 16, *caput*, ambos da Lei n. 13.709/2018.

Existem, contudo, exceções a esta regra geral, disciplinadas nos incisos do art. 16, dentre as quais se verifica a possibilidade de manutenção das informações pessoais para cumprimento de obrigação legal, como para emissão de recibos e termos de rescisão de contrato de trabalho, por exemplo. De outra parte, se houver a judicialização de algum conflito acerca da relação de trabalho, também há a necessidade de produção de provas por parte do empregador, sendo admissível a conclusão de que estes dados poderão ficar armazenados, minimamente, durante o prazo de prescrição bienal, na fase pós-contratual, mesmo sem o consentimento do titular, ressaltando-se, mais uma vez, a possibilidade de sua oposição quanto ao tratamento, em caso de descumprimento da lei.

A questão torna-se mais sensível no caso de informações relativas a doenças ocupacionais, considerando que o Tribunal Superior do Trabalho adota a teoria da *actio nata*, preconizada no art. 189 do Código Civil⁽¹⁹⁾ e que, quanto

(19) BRASIL. *Código Civil. Vade Mecum*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 133. “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

a esta indenização, o prazo somente começa a fluir a partir do surgimento dos sintomas. Nestes casos, o arquivamento dos dados é imprescindível para exercício do direito do contraditório e da ampla defesa pelo empregador.

4. Controvérsias sobre a interpretação da Lei n. 13.709/2018 na relação de emprego

Há algumas indagações sobre a melhor hermenêutica da Lei n. 13.709/2018 que deverão ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário Trabalhista e pela doutrina, considerando que a exegese literal da norma não alcança todas as hipóteses fáticas de múltiplas aparências e matizes. O presente estudo, por conseguinte, perscrutará e se debruçará sobre algumas cizânias, *per si*.

4.1. Sobre a aplicabilidade da LGPD nas relações de trabalho doméstico

Consoante disposto no art. 4º, inciso I, da Lei n. 13.709/2018, a norma não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, o que poderia suscitar controvérsias quanto à sua incidência na relação do emprego doméstico.

Na forma do art. 1º da Lei Complementar n. 150/2015, empregado doméstico é aquele empregado que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana. Deveras, não há finalidade lucrativa no labor do empregado doméstico — porém finalidade econômica indubitavelmente existe, pois é o trabalho desempenhado por estes empregados que possibilita, por exemplo, que os cônjuges trabalhem em período integral, mesmo tendo filhos ou idosos a serem cuidados. Logo, não há que se confundir finalidade lucrativa com finalidade econômica — estando

presente esta última na relação de emprego doméstico.

Por esta razão, adota-se o entendimento de que a LGPD é aplicável às relações de emprego doméstico, resguardando o direito à vida privada e intimidades dos trabalhadores, que são titulares de direitos fundamentais na mesma medida que todos os demais trabalhadores, não sendo tolerável, portanto, a existência de uma cidadania de segunda categoria.

4.2. Sobre a necessidade de consentimento do titular quando o acesso à empresa ocorrer mediante utilização de dados biométricos

Como já explanado, os dados biométricos (digital, reconhecimento facial ou escaneamento de retina, dentre outros) são conceituados como dados pessoais sensíveis, na forma do art. 5º, inciso II, da Lei n. 13.709/2018, cujo tratamento somente pode ocorrer no caso de consentimento do titular ou nas exceções do art. 11, inciso II, da indigitada norma.

Considerando que as hipóteses excetivas estipuladas no art. 11, inciso II, são *numerus clausus*, se houver a necessidade de acesso às dependências do empregador ou a alguns setores mediante utilização de leitores biométricos, também haverá a necessidade de consentimento expresso e com finalidade específica do empregado.

O entendimento adotado no presente estudo, portanto, é de que o consentimento, neste caso, é imprescindível; contudo, não há a necessidade de que seja conferido diariamente, considerando que “granulado” não é sinônimo de “diário” e que também não implica qualquer periodicidade obrigatória à manifestação de vontade, que ademais pode ser revogada a qualquer tempo. Bastará, portanto, um único consentimento, durante a vigência do liame empregatício, desde que as circunstâncias fáticas não sejam alteradas ao longo da sua execução.

4.3. Sobre a fiscalização do cumprimento da LGPD nas relações laborais

A LGPD criou, nos arts. 55-A e seguintes, com autonomia técnica e decisória, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, que será integrante da Presidência da República. A ANPD, dentre outras atribuições, tem por competência fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso, *ex vi* do quanto disposto no art. 55-J, inciso IV, da Lei n. 13.709/2018.

A partir desta premissa, pode surgir controvérsia sobre a competência para fiscalização da atividade do empregador quanto à observância da lei, se estaria a cargo da ANPD ou se a cargo da Superintendência Regional do Trabalho, antigamente vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego e atualmente no âmbito da estrutura do Ministério da Economia.

O entendimento adotado é de que ambas serão competentes porque, de uma parte, o fiscal do trabalho não tem por atribuição de fiscalização somente da CLT, mas de todas as outras normas que versem sobre direitos constitucionais-trabalhistas, em qualquer documento normativo e, por outro lado, a ANPD também possuirá a *expertise* quanto às novas tecnologias para verificação de ilegalidades quanto ao tratamento de dados, ainda que por meios sub-reptícios, por parte do empregador.

4.4. Sobre a aplicabilidade da LGPD nos casos de elaboração de “listas sujas” por empregadores

O art. 21 da Lei n. 13.709/2018 assevera que os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular, como o exercício do direito de ação, não podem ser utilizados em seu prejuízo. Logo, a lei geral de proteção de dados deve ser aplicada tanto

para o empregador que informa a um terceiro que o seu atual empregado ou ex-empregado ajuizou reclamação trabalhista quanto para aquela pessoa, física ou jurídica, que se encarrega da elaboração da “lista suja” e a divulgação para outros empregadores, de má-fé, para evitar o reingresso daquela pessoa no mercado de trabalho, o que evidentemente lhe causa prejuízos.

4.5. Sobre a necessidade de elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais

Conquanto esteja configurado o seu papel de controlador dos dados, o empregador, empresa do setor privado da economia, não precisará elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais, que podem ser solicitados pela ANPD aos agentes do Poder Público. Entrementes, se o empregador for pessoa jurídica de direito público ou de direito privado da Administração Pública, direta ou indireta, também poderá estar obrigado ao fornecimento do aludido relatório, caso a ANPD o solicite, consoante art. 32 da Lei n. 13.709/2018.

4.6. Sobre a forma do consentimento do titular

O art. 8º da Lei n. 13.709/2018 dispõe que o consentimento do art. 7º, inciso I, poderá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

No momento em que o diploma normativo especificamente se reporta ao art. 7º, somente está tratando do consentimento para dados pessoais não sensíveis; a ausência de referência ao art. 11, que versa sobre os dados pessoais sensíveis, constitui-se em hipótese de *silêncio eloquente* do legislador, no sentido de que o consentimento, quanto a estes últimos, somente pode ocorrer por escrito — até mesmo por interpretação sistemática da norma é possível corroborar esta afirmação.

Considerando ainda que o consentimento precisa ser livre, informado e destinado a uma finalidade específica, o entendimento adotado no presente estudo é o de que não é admissível, nem para dados pessoais não sensíveis, o consentimento tácito, ou seja, que se produz pelo simples silêncio da parte interessada.

Em síntese, quanto aos dados não sensíveis, admite-se a sua manifestação de vontade expressa, jamais tácita, por qualquer meio que demonstre a intenção do titular — devendo estar ciente o controlador dos riscos de uma manifestação de vontade verbal ou por gestos, quanto à dificuldade de prova. Quanto aos dados sensíveis, somente se admite o consentimento por escrito, em face do silêncio eloquente do legislador, na redação do art. 8º da Lei n. 13.709/2018, que em momento algum se reportou ao art. 11 da mesma norma.

4.7. Sobre o rol taxativo ou exemplificativo de dados sensíveis

O art. 5º, inciso II, da LGPD, assevera que o dado pessoal sensível é o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. É mister esclarecer que o termo “dado”, previsto na lei, não compreende apenas a informação, mas também vídeos ou fotografias.

Esposa-se o entendimento de que o rol de dados enumerado no referido dispositivo é meramente exemplificativo, podendo existir outras hipóteses, até futuramente, não previstas pelo legislador. Esta interpretação está em consonância com a abertura democrática das relações privadas e com o entendimento de que eventuais dados não sensíveis, como o nome, por exemplo, podem se tornar dados sensíveis, a depender do caso concreto, como no caso de pessoas transexuais.

4.8. Sobre a possibilidade de disciplina da proteção de dados do empregado em normas coletivas

Como já afirmado, o Regulamento 2016/679, da União Europeia, possibilita que os Estados-membros desenvolvam uma regulamentação mais pormenorizada sobre a proteção de dados, no contexto da relação laboral, através de normas coletivas, ou seja, convenções ou acordos coletivos de trabalho. Por outro lado, a Lei n. 13.709/2018 não previu esta hipótese, permanecendo silente a respeito da matéria.

O art. 611-B da CLT versa sobre as matérias, *numerus clausus*, para quais é vedada a negociação coletiva, não estando inserida, em nenhum dos seus incisos, qualquer hipótese que sequer se aproxime da questão da proteção de dados do empregado. Nesta ordem de ideias, conclui-se que é possível que a norma coletiva trate da proteção de dados, *mas apenas para ampliá-la*, jamais para restringi-la, em consonância com o princípio de vedação de retrocesso social, da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da eficácia direta dos direitos fundamentais na relação de emprego. Outrossim, não é permitido o consentimento “coletivo” do sindicato, em norma coletiva, ainda que a assembleia o autorize para tanto, vez que se trata de direito personalíssimo sobre o qual somente o titular pode dispor.

5. Conclusões

Isto posto, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. Na fase pré-contratual, o tratamento de dados sensíveis, como regra geral, é inconstitucional; quanto aos dados pessoais não sensíveis, somente poderão sofrer tratamento mediante consentimento expresso do titular, que deverá se reportar a cada dado, individualmente, de forma granulada, estabelecendo-se a sua finalidade determinada; quanto aos dados pessoais não sensíveis que se tornaram sensíveis, somente é admissível o seu manejo mediante

consentimento do titular, na forma do art. 11, inciso I, da Lei n. 13.709/2018.

2. Durante a vigência do liame contratual, é despidendo o consentimento do titular para tratamento de *dados pessoais não sensíveis*, porquanto o art. 7º, incisos II e V, permite que seja realizada o manejo de informações para cumprimento de obrigações legais do controlador (o empregador) ou quando necessário para execução do contrato – no caso, o contrato de trabalho. Evidentemente, esta exceção legal não pode se transformar em uma oportunidade para violação do direito à autodeterminação informativa e deve ater-se aos dados necessários à execução do contrato e ao cumprimento das obrigações legais do empregador, não podendo se distanciar destas finalidades. Quanto aos dados sensíveis, a regra geral é de que o seu tratamento é inconstitucional; todavia, excepcionalmente, quanto aos dados sensíveis que forem objeto de tratamento durante o vínculo empregatício, o procedimento deve ser precedido de consentimento do empregado, salvo se o manejo estiver incluído em alguma das hipóteses excetivas do art. 11, inciso II, da Lei n. 13.709/2018.

3. Na fase pós-contratual, a regra geral é de que, uma vez alcançada a sua finalidade ou extinta a sua necessidade, devem ser prontamente eliminados, consoante dispõe o art. 15, inciso I, combinado com o art. 16, *caput*, ambos da Lei n. 13.709/2018. Existem, contudo, exceções a esta regra geral, disciplinadas nos incisos do art. 16, dentre as quais se verifica a possibilidade de manutenção das informações pessoais para cumprimento de obrigação legal, como para emissão de recibos e termos de rescisão de contrato de trabalho, por exemplo. De outra parte, se houver a judicialização de algum conflito acerca da relação de trabalho, também há a necessidade de produção de provas por parte do empregador, sendo admissível a conclusão de que estes dados

poderão ficar armazenados, minimamente, durante o prazo de prescrição bienal, na fase pós-contratual, mesmo sem o consentimento do titular, ressaltando-se, mais uma vez, a possibilidade de sua oposição quanto ao tratamento, em caso de descumprimento da lei.

4. A LGPD é aplicável às relações de emprego doméstico.

5. Se houver a necessidade de acesso às dependências do empregador ou a alguns setores mediante utilização de leitores biométricos, haverá a necessidade de consentimento expresso e com finalidade específica do empregado. Este consentimento, contudo, não precisa ser diário, semanal ou mensal, bastando que seja prestado uma única vez e que assim se mantenha enquanto estiverem em vigor as mesmas circunstâncias fáticas da época da sua manifestação.

6. A competência para fiscalização da atividade do empregador, quanto à observância da lei, incumbe tanto à ANPD quanto à Superintendência Regional do Trabalho, atualmente no âmbito da estrutura do Ministério da Economia.

7. Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular, como o exercício do direito de ação, não podem ser utilizados em seu prejuízo, por expressa dicção do art. 21 da Lei n. 13.709/2018. Logo, a lei geral de proteção de dados deve ser aplicada nas hipóteses de elaboração e divulgação de “listas sujas” pelos empregadores.

8. O empregador, empresa do setor privado da economia, não precisará elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais, que podem ser solicitados pela ANPD aos agentes do Poder Público. Entrementes, se o empregador for pessoa jurídica de direito público ou de direito privado da Administração Pública, direta ou indireta, também

poderá estar obrigado ao fornecimento do aludido relatório, caso a ANPD o solicite, consoante art. 32 da Lei n. 13.709/2018.

9. Quanto aos dados não sensíveis, admite-se o consentimento mediante manifestação de vontade expressa, jamais tácita, por qualquer meio que demonstre a intenção do titular – devendo estar ciente o controlador dos riscos de uma manifestação de vontade verbal ou por gestos, quanto à dificuldade de prova. Quanto aos dados sensíveis, somente se admite o consentimento por escrito, em face do silêncio eloquente do legislador, na redação do art. 8º da Lei n. 13.709/2018, que em momento algum se reportou ao art. 11 da mesma norma.

10. O rol de dados enumerado no art. 5º da Lei n. 13.709/2018 é meramente exemplificativo, podendo existir outras hipóteses, até futuramente, não previstas pelo legislador. Esta interpretação está em consonância com a abertura democrática das relações privadas e com o entendimento de que eventuais dados não sensíveis, como o nome, por exemplo, podem se tornar dados sensíveis, a depender do caso concreto.

11. É possível que a norma coletiva trate da proteção de dados, *mas apenas para ampliá-la*, jamais para restringi-la, em consonância com o princípio de vedação de retrocesso social, da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da eficácia direta dos direitos fundamentais na relação de emprego. Outrossim, não é permitido o consentimento “coletivo” do sindicato, em norma coletiva, ainda que a assembleia o autorize para tanto, vez que se trata de direito personalíssimo sobre o qual somente o titular pode dispor.

6. Referências

BRASIL. *Código Civil. Vade Mecum*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 51. ed. São Paulo: LTr, 2020.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. Informática y protección de datos personales. *Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 43, p. 31, 1993.

ESTADOS UNIDOS. *Federal Privacy Act*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2018-title5/pdf/USCODE-2018-title-5-partI-chap5-subchapII-sec552a.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-143/o-desafio-da-protecao-aos-dados-pessoais-do-trabalhador/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers' personal data: an ILO code of practice*. Genebra: International Labour Office, 1997.

PORTUGAL. Autoridade para as Condições do Trabalho. *Nota Técnica n. 08, de janeiro de 2019*. Disponível em: <[https://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/Publicacoes/Documents/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%208%20-%20Impacto%20do%20Regulamento%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados%20nas%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20Laborais.pdf](https://www.act.gov.pt/(pt-PT)/Publicacoes/Documents/Nota%20T%C3%A9cnica%20n%C2%BA%208%20-%20Impacto%20do%20Regulamento%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados%20nas%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20Laborais.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202008271943/127994/diploma/indice>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

RODOTÀ, Stefano. *Repertorio di fine secolo*. Bari: Editori Laterza, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Disponível em: <https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento_ue_2016-679_-_protecao_de_dados.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais nas Relações de Trabalho

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo objetiva analisar o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, dada a sua importância temática no atual momento legislativo e econômico, diante da inserção de novas tecnologias na sociedade e no ambiente laboral. Esse novo contexto torna urgente a adoção de novas práticas e condutas no tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores dentro das empresas, de forma a respeitar a dignidade da pessoa humana, a privacidade e os dados pessoais.

Palavras-chave:

- ▶ Dados pessoais — Privacidade — Intimidade — Tratamento de dados pessoais — Dados pessoais dos trabalhadores.

Abstract:

- ▶ The paper intends to analyse the right to privacy and the protection of workers' personal data, given its importance in the current legislative and economic moment, in the framework of the insertion of new technologies in society and in the work environment. This new context makes it urgent to adopt new practices and behaviours in the processing of workers' personal data within companies, to preserve the dignity of the human person, privacy and personal data.

Keywords:

- ▶ Personal data — Privacy — Intimacy — processing of personal data — Workers' personal data.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Dignidade da pessoa humana — Linhas gerais
- ▶ 3. Direitos de personalidade: intimidade, privacidade e proteção dos dados pessoais

(*) Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MINAS. Professora da Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora da ESA da OAB/MG. Advogada. Sócia

do Barra, Barros e Roxo Advogados, sediado na cidade de São Paulo.

- 4. A proteção à privacidade e aos dados pessoais no contexto das relações de trabalho
- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

O presente trabalho pretende fazer uma análise da incidência do direito à preservação da privacidade e dos dados pessoais dos trabalhadores inseridos no contexto das relações de trabalho.

Para tanto, inicialmente irá expor aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana, passando, então, à análise dos direitos de personalidade, com especial atenção à intimidade, à privacidade e à proteção dos dados pessoais.

O foco do artigo é a análise de tais direitos no ambiente laboral, considerando que os trabalhadores não se despem de tais direitos ao estabelecer relações particulares de prestação de serviços, como pretende a teoria da horizontalização dos direitos fundamentais.

Por fim, cuidará da necessária garantia e respeito à privacidade e proteção de dados pessoais no exercício do poder empregatício, para que os direitos de personalidade dos empregados e a exploração da atividade econômica pelos empregadores convivam de forma harmônica.

2. Dignidade da pessoa humana — Linhas gerais

A análise da privacidade e da proteção dos dados pessoais é melhor compreendida partindo do ponto de partida da dignidade da pessoa humana — fundamento do Estado Democrático de Direito.

Sarlet pontua que a dignidade da pessoa humana ocupa, até os dias de hoje, um posicionamento central nas discussões e pesquisas filosóficas, jurídicas e políticas, principalmente nas diversas ordens constitucionais existentes que pretendem constituir um Estado Democrático de Direito.⁽¹⁾

A dignidade da pessoa humana passou por uma evolução ao longo dos anos, sendo valorizada cada vez mais, chegando ao núcleo das constituições democráticas, o que ocorreu no Brasil com a Carta Magna de 1988. Entretanto, a sua positivação não basta, é preciso que o respeito à dignidade seja efetivado e, para que isso aconteça, deve-se compreender qual é o seu conteúdo.

É uma tarefa árdua precisar o conceito de dignidade da pessoa humana de forma a abranger todos os seus efeitos, enquanto norma jurídica fundamental. Não à toa Theodor Heuss referiu-se à dignidade da pessoa humana como “tese não interpretada”⁽²⁾. Os conceitos e palavras geralmente utilizados para definir a dignidade da pessoa humana, quase sempre são vagos e imprecisos e, além disso, a dignidade da pessoa humana não diz respeito a um atributo específico do ser humano, mas a uma característica inerente a todo ser humano.

Estabelecer as situações concretas em que a dignidade é violada é tarefa muito mais fácil do que construir um conceito jurídico-normativo completo, para a dignidade da pessoa humana. Ao longo do tempo, a jurisprudência e a doutrina construíram conceitos basilares para definir a dignidade da pessoa humana.

Ingo Sarlet afirma que o conceito da dignidade da pessoa humana não poderá ser construído de maneira fixista, uma vez que:

[...] uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.⁽³⁾

(1) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

(2) *Ibidem*, p. 41.

(3) *Ibidem*, p. 43.

O processo de construção e desenvolvimento reclama aos órgãos estatais uma tarefa constante de concretização da dignidade da pessoa humana, de forma a sair do plano abstrato, garantindo o seu respeito e punindo a sua violação. Assim, vão existir consequências jurídicas, razão pela qual não é prescindível a existência de uma compreensão jurídica da dignidade humana, por mais complicada que seja tal tarefa.

A dignidade é irrenunciável, inalienável, é inerente a todo ser humano e, assim, não advém de um direito a uma prestação. Deve ser respeitada, promovida, reconhecida, não podendo ser retirada, criada ou adquirida⁽⁴⁾.

A respeito da aplicação da dignidade da pessoa humana às relações obreiras, destaca-se a contribuição de Emmanuel Teófilo Furtado:

[...] com o seu trabalho, o obreiro se dignifica, sendo de sua dignidade de pessoa humana que advêm seus direitos trabalhistas, inexistindo, pois, qualquer gesto de favor de seu patrão, mas sim a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana do laborista.⁽⁵⁾ (grifos nossos)

É natural que o princípio da dignidade da pessoa humana esteja intrinsecamente ligado às relações de emprego, afinal, o trabalho dignifica o homem. Ademais, o emprego é a forma de contratação trabalhista que assegura o mais elevado padrão de dignidade e o mais elevado padrão de afirmação do valor-trabalho, segundo Mauricio Delgado⁽⁶⁾.

Pode-se afirmar que o rol de direitos trabalhistas elencados no art. 7º, da Carta Magna, está ali incluído principalmente pelo fato de

que o ordenamento constitucional alçou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa Brasileira.

Outros princípios gerais, quando aplicados ao ramo juslaboral, deverão sofrer uma adequação, entretanto, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico é aplicada em sua integralidade, sem restrições. Acerca deste processo de adequação, Mauricio Godinho Delgado ressalta que:

Este processo de adequação não é, contudo, unilateral, apenas restringindo os princípios jurídicos gerais. Há situações em que os princípios trabalhistas especiais recuam em face do maior peso assumido por alguns dos princípios gerais do direito aplicáveis ao ramo juslaborativo.⁽⁷⁾

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, devido à sua hierarquia no ordenamento constitucional como um todo, e sendo considerado o seu núcleo basilar, deverá ser aplicado em sua plenitude.

Entretanto, no presente trabalho, não se prolongará sobre a projeção social da dignidade da pessoa humana, mas sim, principalmente, em sua concepção individual, na intangibilidade de valores básicos: intimidade, privacidade e proteção dos dados pessoais.

3. Direitos de personalidade: intimidade, privacidade e proteção dos dados pessoais

Os direitos de personalidade são inerentes a todo ser humano e com a inserção da tecnologia na sociedade e, consequentemente, no ambiente laboral, cada vez mais torna-se necessário trazer mecanismos de proteção ao seu exercício.

(4) SARLET, 2008, p. 44.

(5) FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. *Revista de Direito do Trabalho*, Paulo, v.32, n.121, p.29-38, jan./mar.2006, p. 29.

(6) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 663.

(7) DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho — Diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. *Revista de Direito dos Tribunais*, São Paulo, 2001. p. 88-89.

Goffredo Telles Jr., citado por Octavio Bueno Magano, afirma que “a personalidade é o conjunto dos caracteres próprios do indivíduo que é uma pessoa”.⁽⁸⁾

José de Oliveira Ascensão distingue os direitos de personalidade em três núcleos e propõe que aquilo que escapa a esses núcleos não pode ser considerado um direito de personalidade, são eles:

1. os direitos de personalidade em sentido estrito ou direitos à personalidade; Asseguram a base da personalidade, como os direitos à existência e à integridade física;

2. os direitos à individualidade;

São direitos pelos quais o homem se destaca socialmente. Mas compreende-se também a esfera tão importante da privacidade, dando ao homem as condições para realização do seu projeto pessoal.

3. os direitos ao desenvolvimento da personalidade;

Compreendem-se aqui genericamente as liberdades. O acento é agora dinâmico: a personalidade é também um projeto, que o homem deve realizar em comunhão, mas também em autonomia.⁽⁹⁾ (grifos nossos)

Ressalta-se, neste ponto, a importante contribuição da jurisprudência norte-americana para o desenvolvimento da proteção à intimidade, principalmente, decorrente das decisões da Suprema Corte.

Tal evolução foi possível, segundo Giannotti, uma vez que os Estados Unidos passaram por um processo de industrialização sem precedentes no período pós-guerra, introduzindo

diversas tecnologias na sociedade, além de interferir nos hábitos e nas ansiedades das pessoas⁽¹⁰⁾. Todos esses fatores contribuíram para o surgimento do fator da invasão da intimidade, e da vida privada dos indivíduos. Assim, a intimidade e a vida privada tornaram-se objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, o que contribuiu para a sua evolução.

Os princípios constitucionais norte-americanos, dentre eles o que trata da intimidade, estão localizados na “Carta de Direitos”, que é representada pelas dez primeiras emendas à Constituição⁽¹¹⁾. A quarta emenda é considerada uma forma de proteção à intimidade, e “declara inviolável o direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, documentos e haveres, contra buscas e apreensões injustificadas”.⁽¹²⁾

Felipe Kersten e Alessandra Mistrongue afirmam que a origem doutrinária do direito à vida privada encontra-se no direito americano, no qual em 1783, o juiz Cooley pontuou que a privacidade era o direito de estar só, em paz, tranquilo.⁽¹³⁾

Sérgio Arenhart destaca interessante passagem sobre a intimidade de René Ariel Dotti, que evidencia a preocupação com as evoluções tecnológicas e a inevitável violação da intimidade, na qual o autor afirma que:

No ano de 1965, ao prestar depoimento em um subcomitê do Congresso dos Estados Unidos, especialmente formado para tratar do problema da invasão da intimidade, o Prof. Beaney afirmou que não era preciso ser muito inteligente para se concluir que, se a tendência crescente de ofender a reserva do íntimo — através

(8) TELLES JUNIOR, Goffredo *apud* MAGANO, Octavio Bueno. Dos direitos da personalidade e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 29, n. 111, jul./set. 2003, p. 154.

(9) ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 94, n. 342, abr./jun. 1998, p. 128.

(10) GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 20.

(11) *Ibidem*, p. 21.

(12) *Idem*.

(13) KERSTEN, Felipe de Oliveira; e MISTRONGUE, Alessandra Loyola. A invasão de privacidade: a violação de e-mails nas relações de trabalho à luz da ordem jurídico-constitucional brasileira. *Revista LTr*, Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 68, mar. 2004, p. 310-321, p. 313 e 314.

de organizações privadas e do Governo – não fosse controlada, em vinte ou trinta anos ninguém se preocupará em levantar questões sobre a intimidade, já que aceitaremos como um fator evidente que vivemos num aquário, que não somos homens livres, mas peixes.⁽¹⁴⁾

No ano de 1966, a Organização das Nações Unidas tutelou a vida privada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que consignou, em seu art. 17, § 1º, que “ninguém será objeto de imiscuições arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, da sua família, no seu domicílio ou da sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e da sua reputação”.⁽¹⁵⁾

A ONU desenvolveu diversas iniciativas objetivando tutelar a intimidade e a vida privada dos indivíduos, em âmbito internacional. Uma delas foi a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, realizada em Teerã, no ano de 1968 e foi adotada uma Resolução relativa aos Direitos do Homem em face do progresso da ciência e da técnica.⁽¹⁶⁾

Além disso, foi elaborada uma pesquisa sob o seguinte título: “Os direitos do homem e as ameaças à vida privada”, que foi publicada pelo Correio da Unesco⁽¹⁷⁾. No ano de 1976, entrou em vigor o Pacto sobre Direitos Políticos e Civis da ONU, que tutelava a vida privada, as correspondências, a honra e a reputação.⁽¹⁸⁾

Em 1981, em Estrasburgo, o Conselho da Europa, demonstrando sua preocupação com as inovações tecnológicas, prolatou a “Convenção para a Proteção das Pessoas, relativamente, ao Tratamento Automatizado de Dados de Caracter Pessoal”, que defendia a

proteção dos direitos e liberdades fundamentais, especialmente do direito à vida privada em face ao tratamento automatizado dos dados pessoais.⁽¹⁹⁾

A Organização Internacional do Trabalho, em outubro de 1996, aprovou o projeto de Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores e Recomendações, para uma ação futura da OIT. Participaram da reunião tanto 24 especialistas, como observadores da União Europeia e de outros órgãos.

Como afirmava Alice Monteiro de Barros,

A finalidade do repertório é orientar os países na elaboração de leis, regulamentos, convenções coletivas e políticas do trabalho, considerando que a utilização de técnicas de informática, a vigilância eletrônica, e os exames genéticos e toxicológicos põem, de manifesto, a necessidade de elaborar disposições no âmbito nacional, visando a proteger a dignidade dos candidatos ao emprego, dos empregados e dos ex-empregados. O repertório aplicar-se-á ao setor público e ao setor privado.⁽²⁰⁾

O projeto em comento era voltado para o que diz respeito aos dados pessoais do empregado, que são coletados e utilizados pelo empregador e já mostra uma grande preocupação da Organização Internacional do Trabalho em proteger a intimidade, a privacidade e os dados pessoais dos trabalhadores.

Já naquela época foi proibida a possibilidade de os trabalhadores renunciarem ao direito de proteger a sua vida privada⁽²¹⁾. Além disso, houve uma preocupação com a utilização de certos instrumentos de controle e vigilância dos empregados: foi proibida a utilização de

(14) DOTTI, René Ariel *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

(15) *Idem*.

(16) GIANNOTTI, 1987, p. 33.

(17) *Idem*.

(18) *Idem*.

(19) MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: LED Editora da Direito, 1996. p. 91.

(20) BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 24.

(21) *Idem*.

polígrafos (instrumento usado para comprovar a verdade), e determinou-se que, caso fossem instalados sistemas automatizados de vigilância, os representantes dos trabalhadores deveriam ser informados.⁽²²⁾

O projeto da OIT contribuiu bastante para incentivar a produção de normas de proteção à intimidade, *in casu*, dos trabalhadores, Barros afirma que

A preocupação da OIT com a proteção da vida privada do trabalhador ensejou, ainda, uma série de estudos, realizados sob três dimensões: proteção de dados pessoais, fiscalização no local de trabalho (revistas pessoais e eletrônicas) e exames, aí compreendidos testes de droga, álcool, mapa genético, etc.⁽²³⁾

Neste contexto, começaram a surgir leis nacionais de proteção à intimidade. O Código Penal, então vigente, positivou a violação de domicílio (art. 150), a violação de correspondência (art. 151) e a violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, II), prevendo sanções penais para tais condutas.⁽²⁴⁾

Na legislação pode-se citar a Lei n. 4.117/62 e a Lei n. 5.250/67⁽²⁵⁾, que dispõem, respectivamente, sobre as telecomunicações e a imprensa, e protegeram os direitos de personalidade tanto com dispositivos cíveis como penais. O Código de Telecomunicações, Lei n. 4.117/62, tutelou a possibilidade de interceptação das telecomunicações somente pelas autoridades, ou mediante ordem judiciária – seu art. 56, §2º determina que “somente os serviços fiscais das estações e os postos oficiais poderão interceptar telecomunicação”⁽²⁶⁾. O Código de

Propriedade Industrial, Decreto-lei n. 7.893, de 27 de agosto de 1945, tutela o segredo de fábrica ou negócio.⁽²⁷⁾

A Carta Magna de 1988 protegeu a intimidade em seu art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.⁽²⁸⁾ (grifos nossos)

Com tal tipificação, pela primeira vez foi feita uma distinção entre intimidade e vida privada. Os direitos à intimidade e à privacidade também estão tutelados no inciso XII do mesmo artigo, que trata das comunicações pessoais.

Ao tutelar a intimidade e a vida privada no art. 5º, a Constituição Federal incluiu tais direitos no rol de direitos e deveres individuais, inserindo-os no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Assim, o direito à intimidade e à vida privada foi incluído no núcleo estável do ordenamento constitucional, uma vez que faz parte das normas estabelecidas no §4º do art. 60, que não podem ser objeto de proposta de emenda à Constituição.

Alice Monteiro de Barros destacou que a positivação dos direitos à intimidade e à vida privada foi feita tardiamente no Brasil, uma vez que tal tutela já estava presente nas seguintes Constituições: Constituição da Espanha em 1978; Constituição de Portugal em 1976; Constituição da URSS, de 1977; Constituição da Turquia, de 1982; e na Constituição do Reino dos Países Baixos, que foi revisto em 1983.⁽²⁹⁾

Carlos Alberto Bittar sustenta que o direito à intimidade tem como finalidade proteger a vida privada das pessoas da ingerência alheia e afirma que o direito à privacidade é uma de suas manifestações⁽³⁰⁾. Existe corrente contrária que afirma ser o direito à privacidade

(22) BARROS, 1997, p. 24 e p. 25.

(23) *Ibidem*, p. 25.

(24) *Ibidem*, p. 26.

(25) Cabe ressaltar que a Lei de Imprensa foi derrubada pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no dia 30.04.2009, o STF considerou a Lei contrária à Constituição Federal de 1988 e à democracia.

(26) GIANNOTTI, 1987, p. 81.

(27) GIANNOTTI, 1987, p. 80.

(28) BARROS, 1997, p. 27.

(29) *Idem*.

(30) BITTAR, Carlos Alberto *apud* BARROS, 1997. p. 28.

mais amplo, compreendendo também outras manifestações. Há também corrente diversa que não faz distinção entre a intimidade e a vida privada.

Santos Cifuentes trata os termos intimidade e privacidade como sinônimos e assim define-os: “direito à intimidade é o direito personalíssimo que permite subtrair a pessoa da publicidade e que está limitado pelas necessidades sociais e pelo interesse público”.⁽³¹⁾

Rosângelo Miranda pondera que a intimidade pode ser considerada uma esfera contida na privacidade, e, para esclarecer seu ponto de vista, cita a assertiva de Raymond Lindon: “proteção da intimidade da vida privada”.⁽³²⁾

Miranda afirma que o direito à reserva da intimidade da vida privada é mais restrito que o direito à privacidade e sua função é garantir o âmago do ser do indivíduo⁽³³⁾. Tércio Sampaio Ferraz Júnior assevera que “a intimidade é, dentro do âmbito da privacidade, o mais exclusivo dos seus direitos”⁽³⁴⁾. É importante ressaltar que tal distinção tem sido feita apenas por parte da doutrina, uma vez que, em termos paradigmáticos, os conceitos são muito similares e possuem o mesmo tratamento jurídico.

Felipe Kersten e Alessandra Mistrongue acreditam que a intimidade e a privacidade não se confundem em momento algum, uma vez que a intimidade refere-se a uma esfera restrita, constituída por elementos que integram a formação psíquica do indivíduo, que ele não compartilha com outras pessoas; além disso, a intimidade é uma espécie, sendo o gênero a vida privada – a privacidade seria constituída por elementos psíquicos, que o indivíduo divide com as pessoas íntimas⁽³⁵⁾.

De acordo com este entendimento, e pretendendo esclarecê-lo, é que se é possível identificar dois conceitos diferentes, como propõem Kersten e Mistrongue, seguindo a linha de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que seriam os seguintes:

Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o “eu” e os “outros”, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos.⁽³⁶⁾

Os autores esclarecem que a diferença entre a intimidade e a privacidade nem sempre é nítida, e que tal questão deverá ser resolvida à luz do caso concreto, além disso, afirmam que tal distinção não possui relevância jurídica, uma vez que as figuras possuem o mesmo tratamento jurídico.⁽³⁷⁾

Edoardo Giannotti ressalta que a elaboração do conceito da intimidade é tortuosa, uma vez que se depara com conceitos semelhantes, como é o caso do direito ao recato, à vida, ao segredo; e propõe que não existiria distinção entre a intimidade e a vida privada.⁽³⁸⁾

Por outro lado, René Ariel Dotti assinala que os conceitos de vida privada e intimidade não se confundem, a intimidade seria um conceito mais restrito, essencial na vida privada do ser humano.⁽³⁹⁾

É possível afirmar que a intimidade pode ser ampliada a outros atributos da personalidade. Ada Pellegrini Grinover, acerca do direito à intimidade, leciona:

[...] é que o direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade; e suas manifestações são múltiplas: o

(31) MIRANDA, 1996, p. 66.

(32) LINDON, Raymond *apud* MIRANDA, 1996, p. 82.

(33) MIRANDA, 1996, p. 117.

(34) FERRAZ JR., Tércio Sampaio *apud* MIRANDA, 1996, p. 119.

(35) KERSTEN; MISTRONGUE, 2004, p. 314.

(36) KERSTEN; MISTRONGUE, 2004, p. 314.

(37) *Idem*.

(38) GIANNOTTI, 1987, p. 8.

(39) DOTTI, René Ariel *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 8.

direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo (epistolar, documental, profissional) são apenas algumas de suas expressões, não se tratando de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade.⁽⁴⁰⁾ (grifos nossos)

Omar Kaminski afirma que a privacidade, quando relacionada à *Internet*, possui uma definição variável e relacionada ao gerenciamento e à proteção de dados pessoais, e conceitua a privacidade, vista sob uma ótica generalizada, da seguinte forma: “os direitos das pessoas de controlar quais detalhes sobre as suas vidas devem permanecer no interior de suas moradas, e quais podem ser exteriorizados aos demais”.⁽⁴¹⁾

Cynthia Vianna sustenta que a privacidade não envolve apenas a intimidade e a privacidade, mas é a exacerbação desses direitos, sendo caracterizada pela liberdade do indivíduo de só se expor, se assim o desejar⁽⁴²⁾, e completa seu raciocínio da seguinte forma:

Informações pessoais, pensamentos, ideologias, identidades, ações, imagens, devem estar sob o controle de quem as possui, e seu fornecimento obrigatório ou dissimulado é uma restrição a esse direito. Note-se que a amplitude dessa liberdade a retira da vida privada para ser um direito público, oponível a toda a sociedade. Não estamos falando apenas de respeito à intimidade do indivíduo, por meio de direitos como a inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência ou segredo profissional, ou do clássico “direitos de ser deixado só”, mas do

reconhecimento de que esses direitos e mais alguns, que surgem com alterações sociais, são necessários para que se reconheça uma natureza humana.⁽⁴³⁾

Cynthia Vianna ressaltou a passividade com que as pessoas aceitam a imposição de práticas que violam a privacidade nos dias de hoje, como exemplo, cita as câmeras de vídeo, o controle na entrada dos bancos, a identificação obrigatória em cada local que se vai; assinala que todas essas práticas são colocadas em nome da segurança, mas que acabam extrapolando a sua finalidade.

Como dissidentes de tal prática Vianna destaca a

[...] *Privacy International* (<<http://www.privacyinternational.org>>), que instituiu o prêmio *Big Brother* para as piores políticas antiprivacidade, e o *Electronic Privacy Information Center* (<<http://www.epic.org>>), voltado para a privacidade em ambiente eletrônico.⁽⁴⁴⁾

Cabe destacar a lição de Edoardo Giannotti acerca da íntima conexão do exercício e fruição dos direitos de personalidade com o trabalho, seara onde os novos instrumentos tecnológicos são utilizados, amplamente:

A possibilidade concreta de exercício de um dos direitos vitais da personalidade fica, portanto, na dependência da fruição efetiva de vários outros direitos, como o direito ao trabalho, à educação, à moradia, à assistência social. Em face da complexidade que marca a sociedade contemporânea, é ao Estado, através do ordenamento jurídico, que compete a iniciativa de garantir esses direitos, condição básica para que todos os demais, que dão conteúdo à personalidade, possam efetivamente ser exercidos.⁽⁴⁵⁾

(40) GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* GIANNOTTI, 1987, p. 9.

(41) KAMINSKI, Omar *apud* VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 102-115, jan./mar. 2004, p. 104.

(42) VIANNA, 2004, p. 104.

(43) VIANNA, 2004, p. 104 e 105.

(44) *Ibidem*, p. 108.

(45) GIANNOTTI, 1987, p. 39.

Em relação aos dados pessoais, as primeiras discussões em torno da proteção de dados pessoais surgiram com o objetivo de discutir problemas relacionados ao fluxo internacional de dados, ponderando os confrontos que surgiam entre a garantia ao livre fluxo de dados e a proteção à vida privada, intimidade e dignidade da pessoa humana.⁽⁴⁶⁾

Os dois primeiros diplomas normativos internacionais tratando do assunto foram as Diretrizes sobre a Proteção da Privacidade e o Fluxo de Dados Pessoais Transfronteiriços (*Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*), adotadas em 1980 por meio de recomendação do Conselho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico; e a Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Relação ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais do Conselho da Europa, também conhecida como Convenção n. 108.⁽⁴⁷⁾

A ideia central desses documentos é que a coleta de dados seja feita de forma justificada.

Os Estados Unidos e a Comissão da União Europeia adotavam o programa *Safe Harbor* para adequação de políticas e práticas de proteção de dados nas transferências realizadas em decorrência do comércio entre os Estados Unidos e os países da União Europeia. No entanto, no dia 6 de outubro de 2015, a Corte de Justiça Europeia declarou a invalidade do programa.

A partir do ano de 1981 o Comitê de Ministros do Conselho da Europa passou a criar recomendações setoriais a respeito da proteção dos dados e foram criadas recomendações tratando do assunto no ambiente de trabalho.

(46) SANDEN, Ana Francisca M. de Souza. *A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro*: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social. 2012.

(47) SANDEN, 2012.

Em 26 de junho de 1985 foi criada a Recomendação n. 171 pela Organização Internacional do Trabalho, recomendando a adoção de medidas para proteger a privacidade dos trabalhadores e para que a vigilância da saúde não seja usada para fins discriminatórios. No ano de 1989 foi criada a Recomendação n. R(89)2 pelo Comitê de Ministros dos Estados-Membros do Conselho da Europa, tratando da Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores. Por fim, no ano de 1997 a Organizações Internacional do Trabalho criou o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores.⁽⁴⁸⁾

A União Europeia tratava dos dados pessoais na Diretiva 95/46/CE, de forma genérica. Segundo Ana Francisca Sanden⁽⁴⁹⁾, a partir de 1997 começou uma discussão sobre a necessidade de adoção de uma regulamentação específica para o ambiente de trabalho, e o tema passou a ser objeto de diversos documentos, com destaque para as recomendações produzidas pelo Grupo de Trabalho do Art. 29º para Proteção de Dados.

O grupo, chamado de “*Working Party 29*”, atual “*European Data Protection Board*”, tratou do tema em diversos documentos:

Entre os mais importantes estão o Parecer 8/2001, sobre o processamento de dados pessoais no contexto do emprego (2001); a Recomendação 1/2001, relativa aos dados de avaliação dos trabalhadores (2001); e o Documento de Trabalho, sobre a vigilância das comunicações eletrônicas no local de trabalho (2002). Os documentos têm por objetivo contribuir para a aplicação uniforme da legislação nacional no domínio tratado no documento.⁽⁵⁰⁾

Atualmente existe importante legislação sobre o tema em diversos países. Na União

(48) SANDEN, 2012.

(49) *Idem*.

(50) *Idem*.

Europeia, a Diretiva 95/46/CE foi substituída pelo GDPR — *General Data Protection Regulation*, criado no ano de 2016 (2016/679), e que entrou em vigência no dia 25 de maio de 2018.

No Brasil, o tema é objeto da LGPD — Lei Geral de Proteção de Dados 18 de setembro de 2020, com a prorrogação do início de vigência das sanções no dia 1º de agosto de 2021.

As legislações acima destacadas da União Europeia e do Brasil tratam da proteção dos dados pessoais de uma forma genérica e não especificamente no âmbito da relação de emprego, porém, incidem nas relações trabalhistas.

O direito à intimidade, o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais são direitos de personalidade, oponíveis *erga omnes*, estão presentes no âmbito da relação laboral e devem ser respeitados dentro do ambiente empresarial, com algumas limitações.

Nas relações de emprego, o trabalhador conserva seus direitos fundamentais decorrentes da sua qualidade de cidadão, além de agregar a tais direitos os direitos fundamentais, que são aplicáveis estritamente à relação de emprego. Assim, os seus direitos de personalidade, inerentes ao ser humano, devem ser tutelados na relação empregatícia. Principalmente pelo fato de haver uma relação desigual, sendo o trabalhador hipossuficiente, é que tal proteção deve ser realizada de maneira realmente eficaz.

Acerca da possibilidade de desrespeito aos direitos de personalidade no contexto da relação laboral, Sússekind, citado por Giovanni Cocicov, assinala bem que:

O cotidiano da execução do contrato de trabalho, com o relacionamento pessoal entre empregado e empregador, ou aqueles a quem este delegou o poder de comando, possibilita, sem dúvida, o desrespeito aos direitos de personalidade por parte dos contratantes. De ambas as partes — convém enfatizar —, embora o

mais comum seja a violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem do trabalhador.⁽⁵¹⁾

A proteção à dignidade da pessoa humana, simultaneamente, significa a proteção aos direitos de personalidade, *in casu*, intimidade e privacidade dos trabalhadores. Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, os direitos de personalidade configuram “um conteúdo mínimo imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”.⁽⁵²⁾

Uma questão importante é destacada por Alice Monteiro de Barros: o direito de propriedade também está positivado na Constituição, da mesma forma que os direitos de personalidade⁽⁵³⁾; assim, no ambiente laboral, o direito à intimidade irá sofrer certas limitações, limitações estas que deverão respeitar a dignidade da pessoa humana.

Com a entrada em vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, além de respeitar a intimidade e a privacidade dos trabalhadores, surge um novo desafio: a adequação das práticas às condutas lícitas de tratamento dos dados pessoais dos empregados.

4. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no contexto das relações de trabalho

Na relação de emprego há a coleta de inúmeros dados pessoais dos empregados, não apenas em decorrência da execução do contrato e da prestação dos serviços, mas também para o cumprimento de obrigações legais, como a inserção de determinados dados em programas de gestão, como o e-social

(51) SÚSSEKIND, Arnaldo *apud* COCICOV, Giovanni Vítório Baratto. Atentados ao direito de personalidade na seara laboral: contribuições à responsabilidade civil objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 34, n. 129, jan. 2008, p. 99.

(52) MOTA PINTO, Carlos Alberto da *apud* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, RJ Renovar n. 219, p. 237-251, jan./fev./mar. 2000, p. 246.

(53) BARROS, 1997, p. 30.

ou para viabilizar a concessão de benefícios previdenciários, entre outros.

A respeito do assunto, Ana Francisca Sanden destaca que:

As relações empregatícias são um importante palco para a realização de objetivos diversos, como a inclusão de determinados grupos no mercado de trabalho, o cumprimento de padrões no atendimento ao consumidor, a gestão da saúde ocupacional dos empregados e o pagamento de benefícios previdenciários a empregados ou a seus familiares. Normalmente, o empregador funciona como estação de trânsito das informações necessárias para a realização desses misteres. E, em ambiente marcado pelo uso das tecnologias da informação e da comunicação, todas essas informações, mesmo que fragmentárias, formam uma base de dados multifuncional que, por meio das operações de processamento, propiciam a exploração de acordo com as expectativas e as políticas empresariais e trazem o risco de fragilizar a posição do empregado e de prejudicá-lo.⁽⁵⁴⁾

Percebe-se a sensibilidade e importância do tema para a seara laboral. Ana Francisca Sanden descreve uma situação delicada envolvendo o uso dos dados pessoais dos empregados pelo empregador, que aconteceu na Alemanha na década de 90:

Ilustrativo da possibilidade de uso múltiplo de dados pessoais dos empregados é o caso ocorrido nos anos 1990 com uma empresa na Baviera, Alemanha. Ela pretendia reduzir pessoal sem obter o necessário aval do Conselho da Empresa (Betriebsrat). Com base em dados coletados no sistema de administração do pessoal (endereço, idade, situação familiar etc.), a empresa extinguiu a conexão de ônibus que oferecia a seus

empregados até uma remota área residencial. As informações retiradas do seu sistema lhe permitiram concluir que a linha atendia principalmente empregadas que eram jovens mães. A extinção da conexão teve por objetivo forçar essas jovens mães a pedir demissão. Calculou-se que as empregadas, sem a facilidade do ônibus, não teriam mais condição de combinar o emprego com as obrigações familiares. Como seriam as próprias empregadas que pediriam a rescisão do contrato, a empresa evitaria a intervenção do Conselho de Empresa (Betriebsrat), que seria esperada se a iniciativa de dispensa dela partisse. Nesse caso não foi proposta nenhuma ação judicial, mas a consciência pública do potencial mau uso das informações contidas nos sistemas de administração de pessoal aumentou na Alemanha.⁽⁵⁵⁾

Atualmente, as inovações tecnológicas propiciaram uma facilidade na coleta e uso dos dados pessoais dos empregados pelos empregadores, potencializando os efeitos que podem advir desse tratamento, fazendo com que a necessidade de cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais fique ainda mais urgente.

No âmbito da relação de emprego, os empregados não se despem dos seus direitos de personalidade, e esses direitos devem ser observados pelos empregadores no exercício do seu poder empregatício.

Há aqui uma colisão de direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana/intimidade, privacidade e proteção dos dados pessoais *versus* exercício do poder empregatício, que está fundamentado no direito de propriedade, da livre iniciativa e na assunção dos riscos do empreendimento pelo empregador.⁽⁵⁶⁾

(55) SANDEN, 2012.

(56) ROXO, Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa. *O poder de controle empresarial: suas potencialidades e limitações na ordem jurídica: o caso das correspondências eletrônicas*. São Paulo, LTr, 2013.

(54) SANDEN, 2012.

Há diretivas internacionais determinando a limitação do exercício do poder empregatício, veja:

A Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação no emprego e na profissão e que foi ratificada pelo Brasil em 1965, determina que o poder do empregador deve ser limitado quando este ofender a liberdade do empregado, violando a dignidade da pessoa humana do obreiro, situação que ocorre quando, por exemplo, o empregador submete o obreiro à revista pessoal humilhante.⁽⁵⁷⁾

No novo contexto da proteção de dados pessoais dos trabalhadores é necessário que sejam feitas adequações nas condutas envolvendo o tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores realizado dentro das empresas, de forma a haver um equilíbrio entre esses direitos, de forma a assegurar que a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores não seja violada.

Como destaca Ana Francisca Sanden⁽⁵⁸⁾, o Repertório de Recomendações Práticas da OIT trata da proteção de dados pessoais de forma mais precisa e detalhada do que a Recomendação (89)2 do Conselho da Europa, impondo uma série de limites ao poder diretivo do empregador em relação ao tratamento dos dados de seus empregados.

No Brasil não há uma legislação específica sobre o tratamento dos dados pessoais no âmbito da relação de emprego, porém, os empregadores devem observar as normas inseridas na Lei Geral de Proteção de Dados quando tratarem os dados dos seus empregados.

Antes da entrada em vigência da LGPD, a proteção dos dados poderia ser vista de forma indireta em alguns dispositivos constitucionais:

No Brasil, não existe uma previsão constitucional direta de proteção de dados pessoais ou por ameaças decorrentes da utilização das novas tecnologias.

O *habeas data* é talhado apenas para banco de dados governamentais ou de caráter público, conforme dicção do inciso LXXII, art. 5.º da Constituição Federal. Há dispositivos garantindo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5.º, inciso X, da CF). Da mesma forma, há a garantia da inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5.º, inciso XII, da CF), o direito fundamental à liberdade (art. 5.º, *caput* da CF) e a garantia de que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível para a segurança do Estado e da sociedade (art. 5.º, inciso XXXIII, da CF).⁽⁵⁹⁾

Especificamente na Consolidação das Leis Trabalhistas, alguns artigos tratam de documentos dos empregados, veja:

(...) existem disposições legais que estabelecem a necessidade ou a possibilidade de lidar com as informações do empregado, tais como: as anotações na CTPS (art. 29 da CLT), os livros de registro de empregados (art. 41 da CLT), os exames médicos (art. 168 da CLT), a obrigatoriedade de notificação de doenças profissionais (art. 169 da CLT), e a obrigatoriedade de entrega do Documento de Informações Sociais (art. 360 da CLT). Recente alteração do art. 6º da CLT reconhece o uso de meios telemáticos e informatizados para o exercício do poder diretivo do empregador (Lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011), mas não estabelece as condições de seu exercício, nem seus limites.⁽⁶⁰⁾

As discussões envolvendo a proteção dos dados pessoais estão latentes no Brasil atualmente e há uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 17 de 2019)⁽⁶¹⁾, que

(57) ROXO, 2013, p. 118.

(58) SANDEN, 2012.

(59) SANDEN, 2012.

(60) *Idem*.

(61) Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

No novo contexto de proteção de dados pessoais no Brasil e no mundo, o empregado passa a ser titular do direito à proteção dos seus dados pessoais e assume a posição de “titular dos dados pessoais” perante o seu empregador, que agora também figura como “controlador” dos dados pessoais dos seus empregados.

Assim, além de garantir o respeito aos direitos de personalidade aqui destacados e já inseridos no contexto da relação de emprego, deve ser respeitada a proteção aos dados pessoais dos empregados, de forma a garantir o tratamento lícito dos seus dados pessoais e o livre desenvolvimento da sua personalidade.

5. Considerações finais

A inserção de novas tecnologias no mundo vem mudando a forma de viver e de se relacionar já há algum tempo e o cenário não poderia ser diferente no ambiente de trabalho e nas relações entre os empregados e empregadores.

A partir das novas discussões sobre a proteção de dados pessoais e da criação de legislação sobre o tema, as práticas adotadas nas relações de trabalho devem ser revistas e, muitas vezes, modificadas para se adequarem à nova realidade que se delineia na sociedade.

A proteção aos dados pessoais é um direito que se insere no conteúdo dos direitos de personalidade, e, por essa razão, limita o exercício do poder empregatício: o tratamento dos dados pessoais dos empregados deve ser realizado em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Referências

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. *Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição n. 17, de 2019*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 4, n. 342, abr./jun. 1998, p. 121-129.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

COCICOV, Giovanni Vitorio Baratto. Atentados ao direito de personalidade na seara laboral: contribuições à responsabilidade civil objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 34, n. 129, jan. 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho — Diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. *Revista de Direito dos Tribunais*, São Paulo, 2001, p. 88-89.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 32, n. 121, p. 29-38, jan./mar.2006.

GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

KERSTEN, Felipe de Oliveira; MISTRONGUE, Alessandra Loyola. A invasão de privacidade: a violação de e-mails nas relações de trabalho à luz da ordem jurídico-constitucional brasileira. São Paulo: *Revista LTr*, Legislação do Trabalho, ano 68, mar. 2004, p. 310-321.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 219, p. 237-251, jan./fev./mar. 2000.

ROXO, Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa. *O poder de controle empresarial: suas potencialidades e limitações na ordem jurídica: o caso das correspondências eletrônicas*. São Paulo: LTr, 2013.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. *A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de

Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TELLES JUNIOR, Goffredo apud MAGANO, Octavio Bueno. Dos direitos da personalidade e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 29, n. 111, jul./set. 2003.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. São Paulo: *Revista de Direito Privado*, v. 5, n. 17, p. 102-115, jan./mar. 2004, p. 104.

Impactos da LGPD nas Relações de Trabalho e na Justiça do Trabalho

Xerxes Gusmão^(*)

Resumo:

- A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, conhecida sob a sigla LGPD, despertou enorme interesse no meio jurídico brasileiro, dados seus impactos em diferentes áreas. Uma destas, inegavelmente, são as relações de trabalho, que sofrem efeitos da LGPD em todas as suas fases: pré-contratual, no curso do contrato e pós-contratual. Igualmente a Justiça do Trabalho é influenciada pelas diretrizes da LGPD, seja na questão da publicidade dos seus atos, seja na intrincada temática das provas digitais. Convém, assim, examinar detidamente os efeitos da LGPD na seara laboral, iniciando-se pelos fundamentos jurídicos da lei; passando-se, em seguida, ao exame dos seus efeitos nas relações de trabalho; concluindo-se a análise pelo estudo dos seus impactos na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave:

- Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — Impactos — Relações de trabalho — Justiça do Trabalho.

Abstract:

- The General Law on Protection of Personal Data, known under the acronym LGPD, aroused enormous interest in the Brazilian legal environment, given its impacts in different areas. One of these, undeniably, is labor relations, which suffer the effects of LGPD in all its phases: pre-contractual, in the course of the contract and post-contractual. Equally, Labor Justice is influenced by the LGPD guidelines, be it in the matter of publicizing their acts, or in the intricate thematic of digital evidence. Therefore, it is important to carefully examine the effects of LGPD in the field of work, starting with the legal foundations of the law; then, it examines its effects on labor relations; concluding the analysis by studying its impacts on Labor Justice.

Keywords:

- General Law on Protection of Personal Data — Impacts — Work relationships — Labor Justice.

(*) Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e Previdenciário, pela Université de Paris 1 – Panthéon-Sorbonne. Professor

universitário. Autor de livros e artigos científicos. Juiz do Trabalho Substituto, do TRT da 17ª Região (ES).

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Fundamentos jurídicos da LGPD
 - ▶ 2.1. Vigência
 - ▶ 2.2. Objeto e escopo
 - ▶ 2.3. Fundamentos e princípios
 - ▶ 2.4. Conceitos básicos
 - ▶ 2.4.1. Tratamento de dados pessoais
 - ▶ 2.4.2. Proteção de dados
 - ▶ 2.4.3. Responsáveis pelo tratamento
 - ▶ 2.5. Formas de tratamento de dados pessoais
- ▶ 3. LGPD e relações de trabalho
 - ▶ 3.1. LGPD na fase pré-contratual
 - ▶ 3.1.1. Cautela na coleta de dados
 - ▶ 3.1.2. Mitigação dos riscos e destino dos dados
 - ▶ 3.2. LGPD no curso do contrato
 - ▶ 3.2.1. Documentos mantidos pela empresa
 - ▶ 3.2.2. Vigilância dos empregados
 - ▶ 3.3. LGPD na fase pós-contratual
 - ▶ 3.4. Responsabilidade da empresa
- ▶ 4. LGPD e Justiça do Trabalho
 - ▶ 4.1. LGPD e publicidade
 - ▶ 4.2. LGPD e provas digitais
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n. 13.709, de 14.08.2018, conhecida sob sua sigla LGPD, impactou uma série de elementos das relações sociais no Brasil, desde o início da sua vigência.

Como não poderia deixar de ser, as relações de trabalho foram igualmente afetadas, dado seu papel essencial na sociedade brasileira e a utilização de quantidade considerável de dados pessoais dos trabalhadores pelas empresas.

Para melhor compreensão destes impactos na seara laboral, convém examinar, inicialmente, os fundamentos jurídicos da LGPD, que expõem claramente suas linhas diretoras e consequentes efeitos na área trabalhista.

Posteriormente, passar-se-á à análise detida dos impactos da LGPD nas relações de trabalho, em suas diferentes fases: pré-contratual, durante as tratativas para seleção dos candidatos ao emprego; no curso do contrato, no qual os efeitos são variados; pós-contratual, na qual o tratamento dos dados pessoais dos antigos empregados igualmente demanda cautela.

Por derradeiro, serão estudados os efeitos da LGPD na Justiça do Trabalho, seja no que concerne à delicada relação entre a publicidade dos atos judiciais e os cuidados necessários no tratamento de dados pessoais, seja no tocante à atual e intrincada questão das provas digitais, à luz dos parâmetros da LGPD.

2. Fundamentos jurídicos da LGPD

A LGPD é uma lei dotada de fundamentos jurídicos expressamente previstos nos seus artigos iniciais.

Convém, desse modo, examinar, inicialmente, os principais dentre estes fundamentos jurídicos para, em seguida, passar-se propriamente aos impactos da LGPD nas relações de trabalho e na Justiça do Trabalho.

2.1. Vigência

A LGPD teve seu início de vigência adiado diversas vezes, finalmente entrando em vigor seus principais dispositivos em setembro de 2020. Mais especificamente, conforme teor do seu art. 65, sua vigência se dividiu em três períodos distintos.

O primeiro bloco de medidas a partir de 28 de dezembro de 2018, quando passaram a vigor suas disposições referentes à Autoridade Nacional de Proteção de Dados e ao Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (criados pelo Decreto n. 10.474, de 26.08.2020).

Um segundo grupo de disposições a partir de 18 de setembro de 2020, envolvendo a parte essencial da LGPD, referente ao tratamento de dados pessoais e respectiva responsabilidade.

Por derradeiro, um terceiro bloco de medidas, concernentes às penalidades previstas pela própria LGPD, passam a vigor a partir de 1º de agosto de 2021.

2.2. Objeto e escopo

O objeto da LGPD é expressamente previsto pelo seu art. 1º, nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais,

por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Trata-se, portanto, de uma lei destinada a regulamentar o tratamento de dados pessoais em sentido amplo, não restritos aos meios digitais, como comumente se imagina. Desse modo, dados pessoais veiculados por outros meios devem igualmente ser tratados com respeito aos direitos fundamentais dos seus titulares.

Por sua vez, o art. 3º da LGPD estipula o seu escopo da seguinte forma:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I – a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II – a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou

III – os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

§ 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.

O escopo da LGPD, por conseguinte, é bastante vasto, pois atinge qualquer operação de tratamento de dados pessoais, independente do meio, não somente a divulgação direta, que atrai maior atenção.

Há, contudo, exclusão de algumas operações referentes a dados pessoais, que não são passíveis da proteção da LGPD, na forma do seu art. 4º.

Nesse sentido, a LGPD não se aplica a operações de tratamento de dados pessoais realizadas por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

No mesmo diapasão, é excluído dos efeitos da LGPD o tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos ou acadêmicos. Ou, ainda, para segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Por fim, as operações de tratamento de dados provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, são igualmente excluídas da LGPD, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

2.3. Fundamentos e princípios

A LGPD se reveste de inegável relevância, dada a importância dos dados pessoais na sociedade atual, em que se tornou simples e comum compartilhar, muitas vezes sem a ciência do titular, os seus dados pessoais.

Seu objetivo principal é, portanto, o de salvaguardar estes dados pessoais, por meio de fundamentos e princípios específicos.

Nesse sentido, o art. 2º da LGPD prevê como seus fundamentos:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I – o respeito à privacidade;

II – a autodeterminação informativa;

III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI – a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;

VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Destaque deve ser dado aos fundamentos previstos nos primeiros incisos transcritos, a saber: o respeito à privacidade, a liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

Do mesmo modo, os princípios da LGPD são expressamente previstos no rol contido no seu art. 6º.

São, desse modo, considerados como princípios da LGPD:

I – Finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II – Adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III – Necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV – Livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V – Qualidade de dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI – Transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII – Segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda,

VIII – Prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX – Não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X – Responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Relevante apontar, uma vez mais, os princípios que merecem realce dentre os previstos na LGPD: finalidade; adequação e necessidade. O tratamento de dados pessoais deve ser realizado, por conseguinte, com especial observância destes três princípios, devendo atender à finalidade específica, à adequação e à necessidade do tratamento, sob pena de ilegitimidade no tratamento.

Existe, por conseguinte, um robusto arcabouço principiológico, dotado de eficácia normativa – como qualquer princípio do nosso ordenamento jurídico, eis que superada a antiga visão atribuindo aos princípios função de mera fonte de inspiração interpretativa –, a ser considerado quando do tratamento de dados pessoais no Brasil.

2.4. Conceitos básicos

O intuito fortemente descritivo da LGPD se revela não somente pela indicação do seu objeto e do seu escopo, como apontado no item anterior.

Igualmente diversos conceitos básicos, relevantes para a compreensão do seu alcance, são apresentados de forma pormenorizada na LGPD.

2.4.1. Tratamento de dados pessoais

Um primeiro bloco de conceitos refere-se aos dados pessoais, na forma do art. 5º, incisos I, II e IV da LGPD. Ele define o dado pessoal como a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

Já o dado pessoal sensível é o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Por derradeiro, o banco de dados é o conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico.

Por outro lado, o tratamento de dados, essência da LGPD, conta com definição do mesmo art. 5º da LGPD, mais especificamente nos seus incisos X, XV, XVI e XVII.

Segundo estes dispositivos, o tratamento de dados é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Por outro lado, a transferência internacional de dados é a transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro.

Outrossim, o uso compartilhado de dados é a comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados.

Por fim, o relatório de impacto à proteção de dados pessoais é a documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco.

2.4.2. Proteção de dados

Os dados pessoais são objeto de reforçada proteção pela LGPD, por meio de distintos mecanismos de segurança, estipulados pelos incisos III, XI, XII, XIII e XIV do art. 5º e pelo art. 12 da LGPD.

Inicialmente, o dado anonimizado é aquele relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

Para se obter esse dado anonimizado, existe a anonimização, por meio da utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.

Aliás, os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins da LGPD, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

Ademais, o consentimento do titular dos dados pessoais é definido como a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Já o bloqueio é a suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados.

Por derradeiro, a eliminação é a exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado.

2.4.3. Responsáveis pelo tratamento

A proteção dos dados pessoais, assegurada pela LGPD, implica, naturalmente, na existência de responsáveis pelo seu tratamento, na forma dos incisos VI, VII, VIII e IX do art. 5º da LGPD.

O controlador, de início, é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

Por sua vez, o operador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Há, ainda, a figura do encarregado, a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Por fim, os agentes de tratamento são o controlador e o operador.

Além dos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, que podem sofrer implicações pela violação a disposições da LGPD, há figuras similares, relacionadas com este tratamento, mas não sendo responsáveis por ele, conforme teor dos incisos V, XVIII e XIX do art. 5º da LGPD.

O titular é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.

O órgão de pesquisa é o órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico.

Por derradeiro, a autoridade nacional é o órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional.

2.5. Formas de tratamento de dados pessoais

O tratamento de dados possui suas formas igualmente previstas pela LGPD, no seu art. 7º, que enumera as respectivas hipóteses.

Desse modo, o fornecimento de consentimento pelo titular é a primeira modalidade prevista, sendo a preferencial. Deve-se notar, todavia, que o consentimento concedido para determinada hipótese de tratamento não se estende a outras hipóteses, mesmo aquelas mediante compartilhamento, para as quais novos consentimentos são necessários.

No caso de dados pessoais cujo acesso é público, seu tratamento deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização, sendo dispensada a exigência do consentimento do titular para dados tornados públicos por ele.

Outrossim, a eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas na LGPD, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

Independente de consentimento, todavia, o tratamento de dados pessoais em algumas hipóteses legais, a saber:

- para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres;
- para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;
- para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

- quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais;
- para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Uma vez estabelecidos os fundamentos jurídicos gerais da LGPD, convém passar ao exame específico dos efeitos da LGPD nas relações de trabalho.

3. LGPD e relações de trabalho

Ainda que a LGPD não possua capítulo ou seção específicos sobre a matéria trabalhista, seus efeitos nesta são indiscutíveis, dada a relevância do tratamento de dados nas relações de trabalho, nas quais os interesses das partes são distintos, quiçá antagônicos.

3.1. LGPD na fase pré-contratual

Os efeitos da LGPD já se fazem sentir desde a fase pré-contratual do contrato de trabalho, na qual inúmeros dados pessoais dos candidatos são tratados pela empresa.

Ricardo Calcini e Dino Andrade examinam a questão da seguinte forma:

A fase pré-contratual é a etapa do primeiro contato do candidato com o potencial empregador e geralmente é realizada por terceiros (recrutador, departamento pessoal, empresas especializadas etc.). Nessa fase há disponibilização da vaga, análise do currículo, entrevistas e posterior escolha do candidato selecionado.

Naturalmente, os procedimentos preliminares a um contrato de trabalho legitimam o acesso aos dados pessoais do candidato logo a partir do anúncio de um emprego, devendo o empregador se ater ao estritamente necessário para o exercício da função a ser contratada. Em outras palavras, o empregador pode solicitar ao empregado o nome completo, a data de nascimento, estado civil, escolaridade, o

número do CPF, filiação, a numeração do RG, o endereço de domicílio, o contato telefônico, *e-mail* pessoal ou corporativo, IP do computador etc.

Ainda na fase preliminar, é proibida a coleta de dados sensíveis que possam gerar qualquer critério discriminatório entre os candidatos. De modo que é de suma importância que o empregador avalie quais serão os dados requeridos ao candidato para que não haja descumprimento das normas legais.⁽¹⁾

Percebe-se, do trecho transcrito, que os efeitos da LGPD na fase pré-contratual já são bastante relevantes e variados, pois nela a coleta de dados pessoais dos candidatos ao empregado é natural e necessária para o processo de seleção.

Justifica-se, portanto, o exame apartado dos principais dentre estes efeitos da LGPD na fase prévia do contrato de trabalho.

3.1.1. Cautela na coleta de dados

Como salientado acima, na fase anterior à vigência do contrato de trabalho, a LGPD já possui efeitos.

Isto porque nesta fase, em consonância com os fundamentos e princípios da LGPD, examinados acima, é proibida a coleta de dados que possam representar qualquer critério discriminatório entre os candidatos. Exemplos desta coleta vedada são a solicitação de exames de gravidez, toxicológico, de sangue; o atestado de antecedentes criminais; a análise de crédito.

A demanda deste tipo de documentos representaria inefável violação à Lei n. 9.029/95 e aos artigos 5º, *caput* e 7º, XXX da CF/88, que vedam qualquer forma de discriminação nas relações contratuais e trabalhistas no Brasil. Nesse sentido, a empresa não poderá coletar estes dados dos candidatos ao emprego, por não poderem servir de fundamento à admissão.

(1) CALCINI, Ricardo; ANDRADE, Dino Araújo de. Impactos da LGPD nas relações de trabalho. *Consultor Jurídico*, 11 fev. 2021. p. 01-02.

Há, contudo, exceções expressamente previstas em normas trabalhistas esparsas.

Uma delas concerne ao exame toxicológico do motorista profissional, passível de exigência, nos termos do art. 168, § 6º da CLT.

Outrossim, o atestado de antecedentes criminais é exigível do vigilante, na forma dos arts. 12 e 16, VI, da Lei n. 7.102/1983 c/c art. 4º, I, da Lei n. 10.826/2003.

Fora dessas hipóteses excepcionais, entretanto, é absolutamente incompatível com a LGPD a exigência deste tipo de documento, pois configura hipótese discriminatória.

Conveniente mencionar, ainda, tema objeto de acalorada cizânia: as redes sociais dos candidatos. A possibilidade de uso dos dados nelas contidos, para seleção, enseja fortes dúvidas e questionamentos.

A melhor forma de harmonizar a LGPD com este uso dos dados oriundos das redes sociais dos candidatos é aquela que priorize a extração unicamente de dados relacionados à experiência profissional do candidato, sem uso de dados privados. Em respeito aos já mencionados princípios da finalidade, da adequação e da necessidade.

Além disso, somente dados tornados espontaneamente públicos pelo seu titular podem ser utilizados, devendo-se evitar o acesso a redes restritas do candidato, pois este uso igualmente violaria a LGPD. Isto porque este uso de dados da vida privada ou de rede restrita do candidato frequentemente se insere em hipótese de discriminação, vedada pela LGPD, além de violar direitos fundamentais dele, como a intimidade e a vida privada.

3.1.2. Mitigação dos riscos e destino dos dados

Em linhas gerais, a empresa deve respeitar, na fase pré-contratual, ao realizar o processo de seleção de candidatos, o princípio da minimização da coleta de dados, coletando-se somente os dados estritamente necessários ao processo seletivo.

Além disso, é fortemente recomendável que a empresa elabore um documento pelo qual o candidato ao emprego indique o seu consentimento expresso com a coleta e a utilização dos seus dados pela possível contratante.

Relevante salientar que este consentimento não seria imprescindível, pois a coleta de dados necessária para a execução do contrato prescinde da anuência do titular. Todavia, ele seria conveniente, para robustecer a posição jurídica da empresa. Desse modo, a empresa seguramente logrará mitigar significativamente o risco de realizar a coleta indevida de dados pessoais dos candidatos.

Outrossim, a empresa deverá informar claramente aos candidatos não selecionados a política de utilização dos dados que foram fornecidos, além do destino dos dados e documentos daqueles que não foram selecionados.

Ela deve, assim, desfazer-se daqueles dados, uma vez rejeitado o candidato ao emprego, pois cessada a finalidade do seu tratamento, nos termos do art. 15 da LGPD. Exceção ocorre quando há efetiva possibilidade de contratação futura, ainda que não formalizada de imediato, fato que deve ser, contudo, devidamente informado ao candidato.

3.2. LGPD no curso do contrato

Presentes desde a fase pré-contratual, os efeitos da LGPD no curso do contrato de trabalho são igualmente variados. Nesse sentido, o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores deve ser realizado de acordo com os parâmetros da LGPD já examinados acima, nos termos do seu art. 7º.

Dada a relevância e a tutela de direitos fundamentais pela LGPD, seus efeitos são imediatos sobre todos os contratos de trabalho: os contratos novos deverão ser realizados de acordo com os novos parâmetros da LGPD, já sendo formatados nesses novos moldes; os contratos em curso deverão ser adequados, ajustando o tratamento de dados dos antigos empregados às diretrizes da nova lei.

Este ajuste no tratamento dos dados pessoais dos empregados no curso do contrato deve seguir uma diretriz geral de cautela e finalidade, como observa Fabrício Lima Silva, no seguinte trecho de artigo sobre o tema:

Diante desse contexto, pode-se verificar que o novo sistema imposto pela LGPD, embora tenha trazido várias balizas para o tratamento dos dados pessoais, não impediu que tais dados continuassem sendo coletados e utilizados na seara trabalhista.

A nova legislação inaugurou um modelo de responsabilidade e de conscientização sobre novos parâmetros para proteção da privacidade em nosso país.

Assim, antes de se procurar obter o consentimento a qualquer custo, com a utilização de aços aditivos contratuais, melhor seria que as empresas efetuassem um inventário dos dados tratados em suas atividades corriqueiras, procurando encontrar as bases legais justificadoras do tratamento.

E, se inexistente base legal diversa do consentimento, deveriam analisar, com base na proporcionalidade, se existente a efetiva necessidade de tratamento e a adequação às finalidades apresentadas, diante da inexistência de outros meios menos intrusivos para consecução do mesmo objetivo. Se não preenchidos tais requisitos, o dado deveria ser eliminado. Por fim, somente no caso de efetiva necessidade de tratamento, uma vez cumprido o teste de proporcionalidade, deveria ser obtido o consentimento do empregado, tomando todas as cautelas devidas para que a vontade seja manifestada livremente e com a devida documentação.⁽²⁾

(2) SILVA, Fabrício Lima. LGPD nas relações de trabalho: riscos do consentimento para o tratamento de dados. *Consultor Jurídico*, 10 abr. 2021. p. 05-06.

Interessante a ressalva contida no trecho transcrito, quanto à desnecessidade de uma busca incessante pelo consentimento do empregado para tratamento de todos os seus dados, uma ideia que equivocadamente se generalizou após o advento da LGPD.

Em verdade, como salientado acima, a execução do contrato de trabalho exige, naturalmente, o tratamento de dados do empregado, o que dispensa a obtenção do seu consentimento, nos termos do art. 7º, V da LGPD. Entretanto, a empresa deve sempre observar, neste tratamento, os princípios da LGPD, sobretudo os essenciais dentre eles: finalidade, adequação e necessidade.

Dada a diversidade dos possíveis campos de incidência da LGPD no curso do contrato de trabalho, convém examinar, de forma apartada, os mais relevantes dentre eles.

3.2.1. Documentos mantidos pela empresa

A empresa, em função do contrato de trabalho mantido com o empregado, tem de manter uma série de documentos dele, contendo dados pessoais, por vezes sensíveis. Deve, portanto, tratá-los em consonância com a LGPD.

Pode-se mencionar, inicialmente, a ficha de registro, na qual é comum a existência de dados pessoais e de dados sensíveis, a exemplo da filiação a sindicato. Nesse aspecto, a LGPD prevê expressamente a necessidade de tratamento desses dados com a limitação de acesso, com consentimento expresso do empregado ou por interesse público e para fins específicos (art. 11).

Igualmente a realização de exames médicos periódicos, com previsão legal, independe da anuência do empregado, antes ou após a LGPD. Todavia, não podem ser solicitados exames que possam expor a saúde do trabalhador ou lhe causar discriminação, sem qualquer vínculo efetivo com o trabalho, a exemplo dos exames de HIV, gravidez ou câncer.

Isso para se salvaguardar o respeito a preceitos constitucionais (especialmente a dignidade e a intimidade) e à LGPD (para evitar o desrespeito ao requisito da finalidade dos dados pessoais).

Além disso, atestados médicos entregues pelo empregado contendo CID deverão ser mantidos sob sigilo pelo empregador, por se tratar de dado sensível. O procedimento da anonimização é fortemente recomendável, neste caso.

Por fim, o registro da jornada de trabalho, desde o advento da Portaria n. 1.510/2009, do Ministério do Trabalho, pode ser realizado por meio de controle de ponto biométrico. Sucede que a biometria constitui um dado pessoal sensível, na forma do art. 5º, II, da LGPD.

Desse modo, a empresa deve ter toda a cautela no armazenamento dessa biometria registrada nos controles de ponto do seu empregado, com acesso restrito, somente devendo utilizá-la para a sua específica finalidade.

3.2.2. Vigilância dos empregados

A vigilância de empregados, fortemente potencializada pelas novas tecnologias, pode ocorrer por meio de variadas ferramentas (e-mails, redes sociais, dispositivos funcionais, dispositivos pessoais, geolocalização).

A LGPD não proíbe o acesso a e-mails ou dispositivos funcionais dos empregados, abstratamente analisando a questão. Entretanto, a informação deverá ser clara, indicando que a vigilância ocorre, dispondo do propósito e finalidade da coleta, assim como deverá ter a ciência do funcionário quanto aos limites do acesso da empresa aos seus dados pessoais e o tratamento que será destinado a esses dados, ainda que não se exija seu consentimento (art. 7º, IX).

Cumpra salientar, ademais, que esta vigilância deve respeitar a intimidade e a vida privada do empregado, não podendo ocorrer em locais reservados (vestiários, sanitários) ou com

ferramentas privadas do empregado (*e-mails* pessoais, redes sociais restritas, entre outras).

Tércio Souza destaca esse cuidado que a empresa deve ter com a privacidade dos seus empregados, à luz dos preceitos da LGPD, da seguinte forma:

O direito à privacidade foi reconhecido pelo Constituinte como direito fundamental de todos. Em um mundo tão conectado, não parece haver dúvidas de que tal direito à privacidade encontra-se a cada dia sujeito às suas mais variadas compreensões.

Coube ao legislador apresentar, através da LGPD, mas não apenas, uma delimitação geral acerca da preservação da privacidade e dos tratamentos de dados pessoais, atribuindo àqueles responsáveis pela custódia de tais informações, os ônus decorrentes desta mesma guarda.

O acesso a dados pessoais, pelo empregador, configura-se em verdadeira obrigação legal. Serve como instrumento à própria operacionalização da relação de trabalho, mas a sua guarda e tratamento, a partir de então, explicitamente passa a estar adstrita à condições adequadas de uso e guarda, as quais descumpridas, parecem poder violar a privacidade do empregado e ocasionar danos da natureza moral, a serem apuradas em sua existência e extensão, caso a caso.

Sem prejuízo das demais questões fiscalizatórias, concluímos que a LGPD encaminha outras obrigações, inclusive atinentes ao dever de indenizar, para aqueles que descuidem-se da gestão dos dados inerentes às relações de trabalho, e que em razão de tais descuidos, violem a privacidade e intimidade das pessoas físicas cujos dados encontrem-se protegidos por aquela Lei. Nos parece que tais repercussões não podem ser ignoradas,

nem que tais obrigações possam ser relevadas.⁽³⁾

Nesse diapasão, o monitoramento interno e externo do ambiente da empresa é permitido, mas deverá ser justificado e com a ciência do empregado, zelando pela transparência, adequação e necessidade, com informação clara e respeito aos princípios da LGPD, em especial a finalidade deste monitoramento.

Conveniente examinar, ademais, o teletrabalho, no qual é permitido e mesmo necessário o controle, pelo empregador, das ferramentas de trabalho do teletrabalhador, como computador ou telefone, inclusive pelo uso de câmeras, eis que o trabalho é executado à distância. Estas ferramentas do teletrabalho são, aliás, elementos de configuração da própria subordinação do empregado (na forma do art. 6º, parágrafo único, da CLT).

Todavia, esse controle deve se limitar ao trabalho executado, não podendo englobar elementos estranhos a ele, como a atividade de membros da família do empregado ou detalhes da residência do empregado, que eventualmente fiquem visíveis durante a prestação de serviços do empregado. Isto porque, repise-se, tal controle representaria violação a preceitos constitucionais (dignidade e intimidade, especialmente) e ao requisito da finalidade da LGPD.

3.3. LGPD na fase pós-contratual

Mesmo na fase pós-contratual, a LGPD demanda cautela por parte da empresa, pois o tratamento de dados do antigo empregado deve ser realizado em consonância com os seus preceitos. Isto se dá pelo fato de que a LGPD, expressamente, estipula ser necessária a informação da finalização do uso de dados

(3) SOUZA, Tércio. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei n. 13.709/2018, a adequada custódia de dados pessoais na relação de emprego e o dever de indenizar do empregador. *Trabalho em Debate*, 1º out. 2020. p. 09-10.

anteriormente tratados, seja por determinação legal, seja por solicitação do titular do direito.

A regra geral, portanto, uma vez rompido o contrato de trabalho, é a da eliminação dos dados pessoais do antigo empregado mantidos pela empresa.

Ocorre que, no caso das relações trabalhistas, há obrigações de guarda de documentos durante um período, as quais decorrem de imposição legal, o que afasta a possibilidade de eliminação imediata destes dados do ex-empregado, ainda que haja solicitação expressa de sua parte.

O fundamento é a possível utilização em eventual reclamação trabalhista futura. Por conseguinte, a empresa pode manter, posteriormente à ruptura contratual, os dados pessoais gerais do antigo empregado sob guarda, pelo prazo prescricional, de até dois anos após a ruptura contratual (art. 7º, XXIX, da CF/88).

Ressalvam-se, todavia, os dados referentes a pedidos submetidos a prazos diferenciados de prescrição ou, ainda, imprescritíveis, como os referentes à própria declaração do vínculo empregatício, cuja guarda não está, portanto, limitada ao prazo prescricional trabalhista, como salientam Rodolpho Pamplona e Vicente Vasconcelos no trecho seguinte:

No caso do direito do trabalho, além das obrigações decorrentes das imposições legislativas, as empresas poderão recusar-se a eliminar dado, mantendo o arquivamento de documentação dos ex-empregados, durante o prazo prescricional de 02 (dois) anos, observado o critério da prescrição quinquenal nos termos do art. 11 da CLT, para eventuais defesas em futuros passivos trabalhistas, além da obrigação de guarda de informações para compartilhamento com convênios de saúde em caso de aposentadoria ou desligamento sem justa causa, dentre outras, tal como provocado por Leandro Sampaio Correa de Araújo, para os casos que não foram esclarecidas pelo

legislador que, por exemplo “envolvam doenças e/ou acidentes, pois o marco prescricional tem como ponto de partida o efetivo conhecimento do titular (diagnóstico e extensão dos danos) ou quando do evento morte (titular), sendo os herdeiros menores, caso em que não é deflagrado de imediato o prazo prescricional”, ou ainda na demandas de natureza declaratória, imprescritíveis pela própria natureza, tal como numa hipotética situação na qual um ex-funcionário requeira o fornecimento de dados para fins previdenciários ou do próprio PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário), que certamente demandarão autorização de ampliação do período de guarda pelo empregador, para salvaguardá-lo perante as exigências da LGPD.⁽⁴⁾

Particularmente relevante o exemplo de prazo prescricional diferenciado citado no trecho acima, referente às doenças ocupacionais, cujo marco inicial prescricional é a ciência inequívoca da enfermidade, o que pode ocorrer anos após a ruptura contratual.

A regra geral permanece, contudo, a de que, após o decurso do prazo prescricional bienal, contado da ruptura contratual, finda a finalidade da sua guarda, devendo ser descartados estes dados pessoais do antigo empregado.

Deve ser apontado, por derradeiro, que a empresa não poderá compartilhar, mesmo no prazo prescricional, esses dados sob guarda, ainda que não haja oposição expressa do empregado nesse sentido, por não atender à finalidade específica da guarda este compartilhamento.

3.4. Responsabilidade da empresa

O exame detalhado dos efeitos da LGPD no contrato de trabalho, realizado anteriormente,

(4) PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. *Revista de Direito Unifacs*, n. 239, jun. 2020, p. 29.

demonstra, de forma inegável, a sua relevância na seara laboral.

Será necessário, por conseguinte, que se passe a adotar diversos ajustes no tratamento de informações dos empregados pelo empregador, para salvaguardar seus dados gerais e, especialmente, os sensíveis.

Deduz-se, naturalmente, que o descumprimento deste dever ensejará, inefavelmente, o direito do empregado a reparações variadas. Em especial a indenização por danos morais, de acordo com os parâmetros contidos na própria LGPD, mais especificamente nos seus arts. 42 a 44.

Nos termos do art. 42 da LGPD, o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados, o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento, quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador.

Por outro lado, os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente.

Por sua vez, o art. 43 da LGPD estipula que os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído. Tampouco serão responsabilizados aqueles que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não incidam em hipótese de violação à legislação de proteção de dados. Ou, ainda, quando o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Outrossim, na forma do art. 44 da LGPD, o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: o modo pelo qual é realizado; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Responde, ainda, pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas na LGPD, der causa ao dano.

Existe, ademais, previsão do trâmite da ação de reparação por danos, pelos §§ 2º a 4º do art. 42 da LGPD: há a possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados, quando o juízo entender verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

Urge destacar, por derradeiro, a existência de acalorada cizânia doutrinária acerca da modalidade de responsabilização da empresa pelo descumprimento das diretrizes da LGPD, se subjetiva ou objetiva.

Iuri Pinheiro e Vólia Bomfim analisam a questão da seguinte forma:

Os arts. 42 a 45 da Lei n. 13.709/18 tratam da responsabilidade civil patrimonial e extrapatrimonial dos agentes de tratamento de dados (controlador e operador).

Há forte tendência doutrinária em se adotar apenas a responsabilidade subjetiva, com culpa presumida e, via de consequência, em afastar o entendimento de responsabilidade civil objetiva do empregador, por aplicação do art. 42 e incisos II e III do art. 43 da LGPD, que

expressamente isenta de responsabilidade de aquele que não violou a lei. A exceção se faz às relações de consumo, pois excluídas pelo art. 45 da Lei n. 13.709/18.

A tese tem amparo, também, no fato de a reparação de dano decorrente de responsabilidade objetiva estar regulada genericamente no Código Civil, lei de mesma hierarquia que a LGPD. Logo, a lei posterior pode revogar a anterior de mesma hierarquia, ou a especial revogar a geral, como é o caso.

Entretanto, mesmo antes do Código Civil (parágrafo único do art. 927) a jurisprudência já vinha alargando o conceito de “culpa”, cujo requisito é necessário para o dever de indenizar. A culpa presumida nasce da premissa do dever de que todos temos de não prejudicar ninguém e praticar atos com segurança. Ainda que não se confunda com a culpa presumida, a atividade de risco é mero desdobramento dessa tese, pois a pessoa que explora economicamente a atividade de risco deve ser responsabilizada pelos prejuízos materiais e morais daí decorrentes.

Por isso e considerando que a LGPD (lei especial) não trouxe a culpa como elemento necessário para configuração de responsabilidade, defendemos que, em tese, é possível a aplicação da responsabilidade objetiva.⁽⁵⁾

Efetivamente, os dispositivos examinados acima da LGPD não dispõem expressamente em nenhum dos sentidos, mas acreditamos ser mais razoável a interpretação que sustenta a responsabilidade objetiva, em função do completo domínio que a empresa possui — ou deveria possuir — do tratamento de dados pessoais dos seus empregados, ato unilateral e realizado por ferramentas que lhe pertencem.

(5) PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. *Trabalho em Debate*, 1º out 2020. p. 19-20.

Nesse sentido, qualquer violação aos deveres impostos pela LGPD decorreria, necessariamente, do desrespeito às suas diretrizes, devendo implicar, por conseguinte, a responsabilidade da empresa pelos danos sofridos pelo seu empregado, salvo prova por ela produzida de alguma excludente relacionada a este desrespeito.

Será necessária, contudo, sedimentação doutrinária e jurisprudencial para melhor conclusão sobre o tema.

4. LGPD e Justiça do Trabalho

A LGPD, voltada à salvaguarda de dados pessoais, não poderia deixar de influenciar o processo judicial, incluindo aquele tramitando na Justiça do Trabalho.

Isto porque, ao veicular quantidade considerável de dados pessoais, das partes e eventualmente de terceiros (como paradigmas de pleito de equiparação salarial, testemunhas, peritos, dentre outros), o processo trabalhista demanda uma cautela especial por parte dos envolvidos.

Desse modo, convém examinar os principais efeitos da LGPD na Justiça do Trabalho, como se fará a seguir.

4.1. LGPD e publicidade

A publicidade é um princípio fundamental do processo no Brasil, nos termos do art. 93, IX, da CF/88, que a impõe a todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, salvo nos casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Nota-se, assim, que a LGPD, como lei ordinária, deve naturalmente se adequar aos preceitos constitucionais, dentre os quais o princípio da publicidade.

Todavia, essa regra geral do processo, que remanesce intacta, deve ser examinada, após o advento da LGPD, à luz do reforço da contradição apontada no final do dispositivo

transcrito: o direito ao sigilo dos intervenientes processuais deve ser resguardado com estrito rigor, sempre que justificado.

Nesse diapasão, dados pessoais dos intervenientes do processo podem ser disponibilizados, em respeito à publicidade, mas somente nos estritos limites da necessidade, adequação e finalidade. Essa cautela concerne a todos os responsáveis pelo tratamento dos dados desses intervenientes, a saber: juízes, advogados, servidores, peritos, dentre outros.

Não se trata, portanto, de ocultar indiscriminadamente nomes e dados dos intervenientes, medida extrema e que menoscabaria, inexoravelmente, o princípio constitucional da publicidade. Em vez disso, o uso desses dados deve atender a finalidades específicas, sem exposição desprovida de interesse efetivo, em especial por um excesso de zelo em juntar e expor documentos e atos desnecessários para o deslinde do feito.

4.2. LGPD e provas digitais

As provas digitais seguramente integrarão o futuro da dilação probatória no Brasil, ao lado das provas utilizadas atualmente. As novas tecnologias permitem um alcance imenso das suas novas ferramentas, em especial as de geolocalização ou as de captura de áudio e vídeo.

Donde ter-se tornado comum, nos demais ramos do Judiciário, em especial na seara criminal, o uso de provas digitais. Na seara laboral, ainda que atualmente incipiente, o seu uso tende a se generalizar rapidamente, dada a eficácia desses novos meios de prova.

É fundamental, por conseguinte, buscar a harmonização entre esse uso abundante das provas digitais e os preceitos da LGPD.

Isto porque, por meio das novas ferramentas digitais, é possível se obter a geolocalização de partes e terceiros, como testemunhas, a qualquer tempo – do presente ou do passado –, podendo tal busca, se realizada de forma descuidada, levar à publicização de situações constrangedoras, em determinadas hipóteses.

Desse modo, para se assegurar o respeito à LGPD, deve-se utilizar essas provas digitais com cautela, com respeito aos princípios legais já mencionados da finalidade, adequação e necessidade, além dos princípios constitucionais da intimidade, da vida privada e do contraditório e ampla defesa.

Em casos extremos, de provas digitais que capturem situações embaraçosas dos envolvidos – como no caso de assédio moral ou sexual –, esses dados devem ser juntados aos autos com todo o cuidado possível, de preferência com acautelamento sob sigilo.

Outrossim, todos os dados tratados por meio das provas digitais, sejam eles ordinários ou sensíveis, demandam o necessário equilíbrio entre a efetiva necessidade da instrução processual, eventualmente invasiva nas searas privadas de partes e terceiros, e a guarda responsável dessas informações coletadas, especialmente pelo alcance potencialmente ilimitado das provas digitais.

5. Considerações finais

O estudo realizado no presente artigo demonstrou a amplitude dos efeitos da LGPD na seara laboral, atingindo as diferentes fases do contrato de trabalho, a questão central da publicidade dos atos judiciais e até mesmo a atualíssima temática das provas digitais.

Por se tratar de lei bastante recente, o alcance preciso destes efeitos ainda está longe de se estabelecer de forma nítida. De fato, somente a sedimentação jurisprudencial futura será capaz de fixar, de maneira clara, todos os impactos que as relações de trabalho e a Justiça do Trabalho sofrerão da nova lei de proteção de dados.

Todavia, o que já é possível afirmar, na atual era digital em que se vive no século XXI, é a necessidade de uma mudança de cultura: a invasão da privacidade, com publicização e comercialização dos dados pessoais de terceiros, sem o consentimento ou sequer a ciência deles,

tornou-se prática generalizada neste mundo virtual, devendo ser combatida e superada.

É fundamental, por conseguinte, valer-se dos princípios e diretrizes da LGPD para se impor, na seara laboral, objeto do presente estudo, limites a esta possível invasão de dados pessoais dos empregados.

Para tanto, deve ser imposto às empresas o dever de tratar os dados pessoais dos seus empregados de forma prudente e cautelosa, sob pena de responsabilização, inclusive por meio de eventual indenização por danos morais, decorrentes do tratamento dos seus dados em dissonância com as diretrizes e os princípios da nova lei de proteção de dados pessoais.

6. Referências

- ANGELIS, Giovana de Abreu. Os reflexos da nova lei de proteção de dados na esfera trabalhista. *Migalhas*, 26 set. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/311803/os-reflexos-danovalei-de-protecao-de-dados-na-esferatrabalhista>>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- ARAÚJO, Leandro Sampaio Correa de. *Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho*. Consultor Jurídico, 14 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/leandro-araujo-impactos-lgpd-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.
- _____. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943* (Consolidação das Leis do Trabalho). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 05 abr. 2021.
- _____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018* (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.
- CALCINI, Ricardo; ANDRADE, Dino Araújo de. Impactos da LGPD nas relações de trabalho. *Consultor Jurídico*, 11 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/pratica-trabalhista-impactos-lgpd-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- CARLOTO, Selma. *Lei Geral da Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2020.
- FARIA, Francine de. LGPD e seus reflexos nas relações de trabalho. *Migalhas*, 18 dez 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/338035/lgpd-e-seus-reflexos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- MIZIARA, Raphael. LGPD: razões de sua existência e impactos nas relações de emprego. *Jota*, 15 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-razoes-de-sua-existencia-e-impactos-nas-relacoes-de-emprego-15032020>>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- _____; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- OLIVIERI, Nicolau. LGPD e sua necessária adequação às relações de trabalho. *Jota*, 28 set. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-sua-necessariaadequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019>>. Acesso em: 05 abr. 2021.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. *Revista de Direito Unifacs*, n. 239, jun. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6744>>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. *Trabalho em Debate*, 1º out. 2020. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- REANI, Valéria. O impacto da lei de proteção de dados brasileira nas relações de trabalho. *Consultor Jurídico*, 21 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-21/valeria-reani-lei-protecao-dados-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 18 abr. 2021.
- RODOVALHO, João Paulo. *Proteção de dados pessoais nas relações de emprego: a prevenção da empresa depois da LGPD*. Londrina: Thoth, 2020.

SILVA, Fabrício Lima. LGPD nas relações de trabalho: riscos do consentimento para o tratamento de dados. *Consultor Jurídico*, 10 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/fabricio-silva-lgpd-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

SOUZA, Tércio. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) — Lei n. 13.709/2018, a adequada custódia de dados pessoais na relação de emprego e

o dever de indenizar do empregador. *Trabalho em Debate*, 1º out. 2020. Disponível em: <<http://www.trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/por-tercio-souza-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd-lei-no-137092019-a-adequada-custodia-de-dados-pessoais-na-relacao-de-emprego-e-o-dever-de-indenizar-do-empregador>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Teletrabalho em Tempos de Covid-19: Estudo Comparado Franco-Brasileiro

Rosane Gauriau^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo propõe um breve estudo comparado franco-brasileiro sobre o teletrabalho, no setor privado, no contexto da atual pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2/Covid-19), a partir da exegese da legislação trabalhista na França e no Brasil. Para tanto serão analisadas as noções fundamentais, o regime jurídico aplicável e a cessação do teletrabalho, com ênfase aos elementos comparáveis nos dois países, a saber: alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho, a questão do controle de jornada e do ressarcimento dos equipamentos e da infraestrutura necessários ao teletrabalho, sem olvidar a análise da proteção da saúde do empregado e do meio ambiente de trabalho. Enfim, apresenta-se uma reflexão sobre as consequências do teletrabalho em tempos da Covid-19.

Palavras-chave:

- ▶ Teletrabalho — SARS-CoV-2/Covid-19 — Direito comparado — França — Brasil.

Abstract:

- ▶ This article aims to address a short comparative study of teleworking (remote work) in the private sector in the context of the novel coronavirus disease (SARS-CoV-2/Covid-19), based on the exegesis of labor legislation in France and Brazil. For this purpose, we will analyze some fundamental notions as well as the legal regime and termination of teleworking (remote work) in France and Brazil. Finally, we will discuss some consequences and connections of teleworking and Covid-19 pandemic.

Keywords:

- ▶ Teleworking — SARS-CoV-2/Covid-19 — Pandemic — Comparative law — Brazil — France.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Primeiras considerações: Medida Provisória n. 927/2020 x Art. L.1222-11 do Código do Trabalho francês

(*) Pesquisadora. Doutora em Direito (*summa cum laude*) pela *Université Paris 1- Sorbonne*. Mestre em *Droit des Entreprises*, *Université d'Angers*, França. *Membre associée* do *Centre Jean Bodin*, *Université d'Angers*, França. Membro do *Institut de Psychodynamique du travail*, Paris, França. Membro do *Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne*, Paris, França.

- 3. Do Direito Comparado: noções e regime jurídico
- 4. Conclusão
- 5. Referências

1. Introdução

A pandemia da novo coronavírus generalizou o teletrabalho, em vários países, como medida de prevenção e propagação do vírus.

Na França, contrariamente ao Brasil que editou a Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020, não houve a publicação de legislação específica para regulamentar o teletrabalho, no setor privado, nesse contexto, pois já havia previsão legal em hipótese de epidemia (art. L.1222-11 do Código do Trabalho⁽¹⁾). Ressalte-se que a implementação do teletrabalho ocorreu e ainda ocorre, *au fur et à mesure*, ou seja, com base no cotidiano laboral e em *communiqués de presse* e *questions réponses*⁽²⁾ do Ministério do Trabalho que, atualmente, servem de norte a empregados e empregadores.

Cronologia⁽³⁾. Em dezembro de 2019, autoridades chinesas da Comissão Municipal de Saúde de Wuhan, na província de Hubei, China, relataram um conjunto de casos de pneumonia causados por um novo tipo de coronavírus.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considerou que o novo coronavírus (SARS-CoV-2/Covid-19) era uma emergência de saúde pública internacional.

Em 11 de março de 2020, a OMS, tendo em vista os níveis alarmantes de disseminação e

gravidade do novo coronavírus, declarou que a SARS-CoV-2/Covid-19 é uma pandemia.

Primeiras medidas legislativas. No Brasil, a Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus (SARS-CoV-2/Covid-19). O Decreto Legislativo n. 6 de 20 de março de 2020 reconheceu o estado de calamidade pública em todo o território nacional, em razão da SARS-CoV-2/Covid-19.

Nesse cenário, foi publicada a Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020 que dispôs sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública. Foi instituído um regramento próprio para o teletrabalho, diferente daquele previsto na Consolidação das Leis do Trabalho e que foi aplicado, durante o período de vigência da referida Medida Provisória.⁽⁴⁾

Conforme a Exposição de Motivos⁽⁵⁾, a medida provisória justificava-se em razão da necessidade de implementação de medidas urgentes de isolamento dos trabalhadores em suas residências com a manutenção, sempre que possível, dos vínculos trabalhistas e preservação do emprego e da renda. Por conseguinte, o teletrabalho deveria ser privilegiado.

Na França, como dito, não foi necessária uma legislação específica pois já havia dispositivo legal prevendo que, no caso de uma epidemia, a implementação do teletrabalho, no

(1) Art. L.1222-11 do Código do Trabalho: *En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés.*

(2) Disponível em: <<https://travail-emploi.gouv.fr/>>. Acesso em: 23 dez. 2020.

(3) Disponível em: <<https://www.who.int/fr/>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

(4) A Medida Provisória n. 927 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 92, de 2020. DOU 31.07.2020.

(5) Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 maio 2020.

setor privado, poderia ser considerada como um modo de organização de trabalho que permite a continuidade da atividade empresarial, bem como a proteção da saúde e segurança do empregado.

A partir de fevereiro de 2020, o Governo francês começou a editar medidas específicas, a fim de impedir a propagação da SARS-CoV-2/ Covid-19⁽⁶⁾. Em 14 de março, em razão do número de vítimas e do risco de colapso do sistema de saúde, o Governo determinou que todos os locais públicos não essenciais à vida do país fossem fechados. Em 16 de março, foi decretado o *lockdown* e recomendado expressamente que o teletrabalho fosse implementado nas empresas, sempre que possível.

A França conheceu um primeiro estado de urgência sanitária de 23 de março de 2020⁽⁷⁾ a 10 de julho de 2020⁽⁸⁾. **Um segundo** estado de urgência sanitária foi declarado em 17 de outubro de 2020. **Em 30 de outubro de 2020 foi decretado um novo *lockdown*. Em 14 de novembro de 2020, nova lei** autorizou a prorrogação do estado de urgência sanitária até 16 de fevereiro de 2021. **Um regime transitório foi previsto até 1º de abril de 2021.**

Durante esses períodos de estado de urgência sanitária, o Governo pode editar, excepcionalmente, *Ordonnances*⁽⁹⁾. Assim, várias medidas foram editadas, a fim de combater a pandemia e proteger a população em geral, dentre elas, o teletrabalho obrigatório, sempre que possível, bem como

(6) Ex.: Arrêté du 13 mars 2020. Décret n. 2020-260 du 16 mars 2020. Décret 2020-293 du 23 mars 2020.

(7) Loi n. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19. Loi n. 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions. Loi n. 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

(8) Na França, o estado de urgência sanitária teve seu término em 10 de julho 2020. Loi n. 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

(9) *Ordonnance* é um texto emanado do Poder Executivo em matérias de competência do Poder Legislativo (Art. 38 da Constituição). Equivale, provavelmente, ao Decreto ou Decreto-lei brasileiro.

protocolos sanitários de proteção da saúde dos trabalhadores⁽¹⁰⁾.

2. Primeiras considerações: Medida Provisória n. 927/2020 x Art.

L.1222-11 do Código do Trabalho francês

Força maior. Na França, como no Brasil, essas decisões do Poder Público, poderão ser qualificadas de *factum principis*. *Quid* da força maior?

No Brasil, segundo a Medida Provisória n. 927/2020, para fins trabalhistas, cuidava-se de hipótese de força maior, nos termos do disposto no art. 501 da CLT. “O caso é de força maior, pois a doença propagou-se rapidamente [...] o empregador não concorreu direta ou indiretamente para o fechamento

(10) v. Principalmente : Décret n. 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire. Décret n. 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Décret n. 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Loi n. 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire. Décret n. 2020-1454 du 27 novembre 2020 modifiant le décret n. 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Décret n. 2020-1582 du 14 décembre 2020 modifiant les décrets n. 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n. 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Décret n. 2020-1624 du 19 décembre 2020 modifiant les décrets n. 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n. 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Décret n. 2020-1627 du 20 décembre 2020 modifiant le décret n. 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Décret n. 2020-1643 du 22 décembre 2020 modifiant le décret n. 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 Ministère du Travail. Version du 13 novembre 2020. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 23 dez. 2020.

das suas atividades por determinação do Poder Público”⁽¹¹⁾

Todavia, se no Brasil o legislador afirmou expressamente se tratar de hipótese de força maior, na França⁽¹²⁾ a questão suscita debate. Isso porque a jurisprudência em matéria de epidemias se posiciona na direção contrária. Uma epidemia não é *de per se* um caso de força maior. Assim, o bacilo da peste⁽¹³⁾, a epidemia de gripe H1N1 em 2009⁽¹⁴⁾, o vírus da dengue⁽¹⁵⁾ ou da chikungunya⁽¹⁶⁾ não foram considerados força maior, nos termos da lei, seja porque essas doenças já eram conhecidas, bem como seus riscos de propagação e efeitos sobre a saúde, seja porque elas não justificavam (por si só) a impossibilidade de inexecução do contrato.

No entanto, no tocante à Covid-19 cremos que a situação é muito diferente. A dimensão (global) e a gravidade do fenômeno corroboram essa afirmação⁽¹⁷⁾. Provavelmente, as decisões do Poder Público francês serão qualificadas como *factum principis* na medida em que limitam e proíbem reuniões e deslocamentos de pessoas constituindo obstáculo ao cumprimento das obrigações contratuais ou convencionais, o que poderá caracterizar a força maior⁽¹⁸⁾. Quanto à força maior, a *Cour de cassation* francesa⁽¹⁹⁾ irá, possivelmente, no futuro, se pronunciar sobre o tema, caso a caso.

Situação transitória. Vigência: durante o estado de calamidade. O disposto na Medida

Provisória n. 927/2020, como sabido, limitou-se ao período de sua vigência. Atualmente, aplicam-se os arts. 75-A a 75-E e 62, III, da CLT que tratam do teletrabalho.

Na França, embora não haja previsão legal expressa no mesmo sentido, pode-se concluir o mesmo a partir da legislação em vigor: **trata-se de situação transitória**, limitada ao período de urgência sanitária, sendo cabível, sempre que possível, o disposto nos arts. L.1222-9 e L.1222-10 do Código do Trabalho⁽²⁰⁾.

3. Do Direito Comparado: noções e regime jurídico

Feitas essas considerações iniciais, examinaremos as **noções** indispensáveis à compreensão do teletrabalho no setor privado (I), bem como o **regime jurídico** aplicável (II):

I/ Noções

Teletrabalho. A noção de teletrabalho em tempos da Covid-19 na França assemelha-se àquela delineada pela Medida Provisória n. 927/2020, no Brasil.

Com efeito, depreende-se dos arts. L.1222-9 a L.1222-11 do Código do Trabalho francês que o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho que pode ser realizada pelo empregado dentro ou fora das dependências do empregador, usando tecnologias de informação e comunicação. O voluntariado é o elemento essencial do teletrabalho.

O art. 4º, § 1º, da Medida Provisória n. 927/2020, de forma mais abrangente do que o art. 75-B da CLT, previa que o teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância caracteriza-se pela prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação, e que por sua natureza não configurem trabalho externo, nos termos do art. 62, III, da CLT.

(20) GAURIAU, Rosane. Breve estudo comparado sobre o teletrabalho na França e no Brasil. *Revista do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 23, n. 2, p. 38-39, dez. 2019. Disponível em: <<http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10>>.

(11) MARTINS, Sérgio Pinto. Coronavírus e trabalho. *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*, v. 30, n. 371, p. 15, maio, 2020.

(12) Art. 1.218 do Código Civil.

(13) Paris, 25 sept. 1996, n. 1.996/08159.

(14) Besançon, 8 janv. 2014, n. 12/0229.

(15) Nancy, 22 nov. 2010, n. 09/00003.

(16) Basse-Terre, 17 déc. 2018, n. 17/00739.

(17) Disponível em: <<https://www.dalloz-actualite.fr/>>. Acesso em: 22 maio 2020.

(18) Paris, 17 mar. 2016, n. 15/04263.

(19) Instância extraordinária cuja missão é unificar a jurisprudência francesa. A *Cour de Cassation* não é uma terceira instância.

Teletrabalhador. Na França e no Brasil, teletrabalhador é o empregado que desempenha suas atividades fora das dependências (estrutura de produção) do empregador, mediante a utilização de meios telemáticos, em seu domicílio ou em outro local ⁽²¹⁾.

A Medida Provisória n. 927/2020 autorizou a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a todos os empregados, estagiários, aprendizes (art. 5º) e no que coubesse, aos trabalhadores **temporários, rurais e domésticos (art. 32)**.

Caso especial: telemarketing. O regime de teletrabalho previsto pela Medida Provisória n. 927/2020 não se aplicava aos trabalhadores em teleatendimento e *telemarketing*, cuja disciplina está prevista nos arts. 227 e ss. da CLT.

Na França, não há previsão legal determinando quais são os trabalhadores abrangidos pelo regime de teletrabalho durante esse período de pandemia. O que existe é a recomendação do Ministério do Trabalho no sentido de privilegiar, sempre que possível, o teletrabalho. ⁽²²⁾

II/ Regime Jurídico

Legislação. Na Europa, o teletrabalho foi inicialmente regulamentado pelo Acordo-Europeu de 16 de julho de 2002 ⁽²³⁾, o qual proclama que o teletrabalho só pode ser implementado de forma voluntária ⁽²⁴⁾.

(21) GAURIAU, Rosane. *Op. cit.* p.37-45. VERKINDT, À propos du télétravail et du < télétravailleur>... après la loi du 22 mars 2012. Les Cahiers du DRH, 2012, 187.

(22) Atualmente, há recomendação no sentido de favorecer o teletrabalho, sempre que possível ao aprendiz e ao estagiário. *Communiqués de presse du Ministère du travail*. Disponível em: <<https://travail-emploi.gouv.fr/>>. Acesso em: 23 dez. 2020.

(23) Dispõe, ainda, sobre as condições de trabalho do teletrabalhador (igualdade de direitos em relação ao trabalho presencial), respeito à vida privada, equipamento necessário para o exercício do teletrabalho, proteção da saúde ocupacional, organização do tempo de trabalho, treinamento/formação dos teletrabalhadores e direitos coletivos dos teletrabalhadores.

(24) GAURIAU, Rosane. *Op.cit.* p.42.

Na França, sob a influência do referido Acordo-Europeu de 2002, o teletrabalho foi, inicialmente, incorporado ao direito interno francês no setor privado pelo Acordo Nacional Interprofissional (ANI) de 19 de julho de 2005 e pela Lei n. 2012-387 de 22 de março de 2012. Num segundo momento, foi revisado e corrigido pela lei *Rebsamen* de 17 de agosto de 2015, pela *Ordonnance* (Macron) n. 2017-1387 de 22 de setembro de 2017 e pela Lei de ratificação n. 2018-217 de 29 de março de 2018. E, enfim, recentemente, em 26 de novembro de 2020, os atores sociais franceses assinaram um novo Acordo Nacional Interprofissional sobre o teletrabalho ⁽²⁵⁾ revisando a ANI de 2005.

O teletrabalho é, pois, regido pelos arts. L.1222-9 a L.1222-11 do Código do Trabalho francês. Três condições regem sua implementação: voluntariado, uso de equipamentos de tecnologia de informação e a possibilidade do trabalho ser realizado fora das instalações da empresa. Em tempos de epidemia, o art. L.1222-11 do Código do Trabalho dispõe expressamente que o teletrabalho é modo de organização de trabalho a ser implementado e que permitirá a continuidade da atividade empresarial, além de contribuir à proteção da saúde do empregado.

No Brasil, o teletrabalho foi regulamentado pela Lei n. 13.467/2017 (denominada “Reforma Trabalhista”) e encontra-se previsto nos arts. 75-A a 75-E da CLT. Em tempos de pandemia, recebeu disciplina especial na Medida Provisória n. 927/2020.

A presente, iremos analisar como implementa-se o teletrabalho na França e no Brasil, em tempos da Covid-19 (A) e sua cessação (B).

A/ Implementação

Para tanto, examina-se num primeiro tempo como ocorre a alteração do regime de trabalho presencial ⁽²⁶⁾ para o teletrabalho (1).

(25) *Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail*.

(26) Trabalho realizado fisicamente nas dependências (local, estrutura de produção) do empregador.

Em seguida, a questão do controle de jornada (2), bem como dos equipamentos e infraestrutura necessários à continuidade da atividade laboral (3), sem olvidar a análise da proteção da saúde do empregado e do meio ambiente de trabalho (4):

1/Alteração do regime de trabalho

Regra geral. A regra geral na França é que o teletrabalho pode ser implementado por meio de acordo coletivo ou na sua falta por documento elaborado pelo empregador após consulta ao Comitê Econômico e Social⁽²⁷⁾, se existir. Na ausência desses, o teletrabalho pode ser formalizado por qualquer meio, como por exemplo, o contrato individual de trabalho. A alteração do contrato de trabalho presencial para a modalidade de teletrabalho ou vice-versa, ocorre por meio de aditivo contratual. Trata-se de um ato voluntário e consensual (art. L.1222-9 do Código do Trabalho). Nesse sentido, a jurisprudência da *Cour de cassation*⁽²⁸⁾ estabelece que a alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho é uma modificação do contrato de trabalho que requer o acordo do empregado.

Em regra geral, no Brasil, tal como ocorre na França, a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deve estar prevista em convenção coletiva ou o acordo coletivo e/ou contrato individual de trabalho. Quando o regime de teletrabalho for ajustado no contrato individual de trabalho deverá haver expressa menção, bem como a especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado. Ademais, não há impedimento para a alteração do regime de trabalho presencial para o regime de teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes e registro em aditivo contratual (arts. 75-C e 75-E da CLT).

Ausência de formalidade especial. O art. L.1222-11 do Código do Trabalho francês

(27) Instância representativa do pessoal: não possui equivalência no Brasil.

(28) Cass.soc.7 avr. 2010, n. 08-44.865 a n. 08-44869.

previu uma exceção a esse princípio: o risco de epidemia é uma circunstância que pode justificar a passagem do trabalho presencial ao teletrabalho sem o consentimento do empregado e sem qualquer formalidade específica.

No mesmo sentido, o art 4º, *caput* da Medida Provisória n. 927/2020 afastou expressamente a necessidade **de forma especial (aditivo contratual) para a adoção** do teletrabalho. O empregador poderá a seu critério (unilateralmente) alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho ou vice-versa, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos e dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.⁽²⁹⁾

Pedido ou exigência? Considerando a atual situação de pandemia parece-nos que, tanto na França como no Brasil, o empregador pode impor a modificação do trabalho presencial para o teletrabalho. Nesse caso, a recusa do empregado poderá eventualmente caracterizar uma falta, passível de sanção. O empregado pode requerer ao empregador a alteração de seu regime para o teletrabalho? Cremos que sim, mas o empregador pode recusar (em razão do poder de direção, controle e organização) desde que fundamente as razões de sua recusa, por se tratar de questão de saúde pública e de saúde e segurança do empregado.

Ademais, nos dois países, a orientação é de que o teletrabalho seja sistematicamente implementado. Assim, para recusar um pedido de teletrabalho, o empregador deve demonstrar que a presença do empregado no local de trabalho é essencial à continuidade da atividade empresarial.

Prazo de comunicação ao empregado. No Brasil, o empregador pode alterar, por meio registro em aditivo contratual, o regime de

(29) MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.*, p. 2-3. MIZIARA, Raphael; UMBERTO, Antônio; COELHO, Fabiano; GASPAS, Danilo. *Medida Provisória n. 927 de 2020: comentários artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2020. p. 62.

teletrabalho para o regime presencial, desde que respeitado o prazo de transição mínimo de 15 dias (art.75-C da CLT).

O art. 4 § 2º, da Medida Provisória n. 927/2020, reduziu esse prazo para 48 horas, em razão da urgência da situação. Assim, o empregado deveria ser notificado por escrito ou meio eletrônico, com antecedência mínima de 48 horas.

Na França, não há regra legal nesse sentido, mas na prática, e a fim de evitar contencioso jurídico, o empregador sempre comunica ao empregado por escrito, em prazo hábil e com certa antecedência, toda alteração na organização do trabalho.

2/ Jornada de trabalho

Na França, a jornada de trabalho do teletrabalhador é controlada. Cuida-se de uma obrigação do empregador e um direito do empregado⁽³⁰⁾. Como o teletrabalhador é regido pela legislação trabalhista, o empregador deve respeitar a jornada de trabalho e os intervalos de descanso (inter e entre jornadas), como o faz em relação ao trabalhador presencial. O teletrabalhador tem direito ao controle da carga de trabalho e à determinação de horários nos quais pode ser contatado pelo empregador, bem como o direito à desconexão. O teletrabalhador não pode escolher os dias do teletrabalho.

Em tempos de Covid-19 não é diferente. A carga de trabalho em teletrabalho deve corresponder ao volume de trabalho realizado quando o empregado labora nas dependências do empregador. Empregador e empregado devem respeitar a jornada semanal, intervalos inter e entre jornadas, descansos remunerados, bem como o respeito à vida privada e profissional do teletrabalhador e o direito à desconexão. Na prática, porém, sabemos que nem sempre esses direitos são respeitados pelos interessados.

No Brasil, contrariamente à França, o art. 62, III, da CLT excluiu expressamente o teletrabalhador do controle da jornada de trabalho.

A Medida Provisória n. 927/2020 nada alterou no tema, apenas dispôs que o tempo de uso em meios de comunicação fora da jornada de trabalho não seria considerado tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houvesse previsão em acordo individual ou coletivo.

A regra era desnecessária por traduzir uma evidência. Isso porque, “se os trabalhadores em regime de trabalho já são, por força de regra expressa, excluídos do regime de duração de trabalho, a eles não se aplicam as regras de limites de jornada de trabalho (...) exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo”. [Ressalte-se que se houver controle da jornada do teletrabalhador, mesmo tendo em vista o disposto na Medida Provisória], “o teletrabalhador estará incluído no regime de duração de trabalho, aplicando-se-lhe todas as regras inerentes a este regime, em especial a noção de tempo à disposição, o regime de horas extras e os regimes de horas de prontidão e sobreaviso”⁽³¹⁾.

3/ Equipamentos e infraestrutura: custos e responsabilidade

Reembolso pelos custos: empregado ou empregador? No Brasil, a Medida Provisória n. 927/2020 previa que o reembolso das despesas arcadas para implementação do teletrabalho pelo empregado deveria ser previsto em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de 30 dias, contado da data da mudança do regime de trabalho (art. 4º, § 3º). Ressalte-se que, o art. 75-D da CLT nada prevê nesse sentido.

Na França, o site do Ministério do Trabalho (*questions-réponses*) **informou, num primeiro momento, que o** empregador não era obrigado a pagar ao teletrabalhador uma indenização destinada a reembolsá-lo pelos custos decorrentes do teletrabalho, exceto se houvesse previsão em norma coletiva ou documento escrito pactuado entre as partes.

(30) Art. L.1222-9 et ss. do Código do Trabalho.

(31) MIZIARA, Raphael. *Op. cit.*, p.67.

Esse posicionamento foi revisto, em razão do recente Acordo Nacional Interprofissional de 26 de novembro de 2020 o qual assentou que, em regra geral, os custos incorridos pelo trabalhador na execução do seu contrato de trabalho devem ser suportados pelo empregador (item 3.1.5). Consequentemente, o empregador deve custear as despesas incorridas pelo trabalhador, necessárias à sua atividade profissional e no interesse da empresa, após validação pelo empregador. A questão relativa às modalidades de reembolso pode, se necessário, ser objeto de diálogo social na empresa.

Esse posicionamento alinha-se à jurisprudência da *Cour de Cassation* que proclama que o empregador não está isento do reembolso dos custos associados ao teletrabalho quando se tratar de despesas profissionais⁽³²⁾. Assim, por exemplo, o empregado deverá ser indenizado de eventuais custos, quando a pedido do empregador concordar em trabalhar em seu domicílio e ali instalar equipamentos de trabalho⁽³³⁾. Isso ocorrerá, mesmo se o empregado for beneficiário de uma cláusula contratual de compensação financeira a título de despesas profissionais⁽³⁴⁾.

Responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos: empregado ou empregador? Segundo o art. 4º, § 4º, da Medida Provisória n. 927/2020, se o trabalhador não possuir os equipamentos necessários ao teletrabalho, o empregador poderá fornecê-los em regime de comodato e pagar pelos serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial. Não sendo, porém, possível ao empregador oferecer o regime de comodato, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador, devendo o empregado ser remunerado, ainda que permaneça em seu domicílio sem prestar serviços ao empregador.

Ressalte-se que o art. 75-D da CLT estipula que a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessários ao teletrabalho será estabelecida por acordo entre empregado e empregador, por meio de contrato escrito.

Na França, conforme o *site* do Ministério do Trabalho (*questions réponses*), o teletrabalhador **pode usar (não é uma obrigação) seu computador pessoal. Isso porque, incumbe ao empregador que exige o teletrabalho fornecer os instrumentos de trabalho (computador, equipamentos, etc.) ao empregado.**

4/ Saúde e meio ambiente de trabalho

Na França e no Brasil, o teletrabalhador tem os mesmos direitos que o empregado presencial à proteção à saúde, segurança e meio ambiente de trabalho.

Na França, a obrigação de proteger a segurança e a saúde física e mental do trabalhador (*obligation de sécurité*) é prevista em lei (art. L.4121-1 do Código do Trabalho) e exige que empregador empregue todo esforço necessário para proteger a saúde do trabalhador (e do teletrabalhador), garantir a segurança dos locais e equipamentos de trabalho, prevenir os riscos (físicos e psicossociais) associados à atividade profissional, bem como assegurar-lhe condições de trabalho respeitadas das normas de higiene, saúde e segurança⁽³⁵⁾. Em virtude desta obrigação, o empregador deve tomar todas as medidas necessárias, a fim de evitar a contaminação dos empregados pela Covid-19 no local de trabalho por meio de ações de prevenção, informação e treinamento do pessoal.

Assim, os Ministérios da Saúde e do Trabalho recomendam, por exemplo, que o empregador avalie os riscos associados à pandemia e atualize o documento único de avaliação de

(32) Cass. soc., 19 sept. 2013, n. 12-15.137.

(33) Cass. soc., 7 avr. 2010, n. 08-44.865.

(34) Cass. soc., 27 mars 2019, n. 17-21.014.

(35) GAURIAU, Rosane. Contribuição ao estudo do assédio moral: estudo comparado franco-brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo, vol. 83, n. 2, p. 245-253, abr. jun. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/109942>>.

riscos dentro de um prazo razoável, observando as medidas de prevenção recomendadas pelo Governo (art. R.4121-2 do Código do Trabalho). O teletrabalhador também tem responsabilidades: ele deve cumprir as instruções estabelecidas pelo empregador em questões de saúde e segurança (art. L.4122-1 do Código do Trabalho), assim como velar pela saúde e segurança das pessoas com quem trabalha ou com quem tem contato e cumprir as instruções prescritas pelo empregador, sob pena de sanção⁽³⁶⁾.

No Brasil, no mesmo sentido, aplicam-se ao teletrabalhador todas as garantias previstas na Constituição Federal, principalmente, a proteção dos direitos fundamentais previstos no arts. 5º e 6º (e.g. direito à vida, segurança, saúde, integridade, repouso, vida privada, etc.), redução de riscos inerentes ao trabalho por meio das normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), proteção do meio ambiente do trabalho (arts. 200, VIII e 225, *caput*), além das normas de proteção e segurança previstas nos arts. 154 a 201 da CLT e das Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho (NR).

No que tange à Covid-19, as autoridades públicas brasileiras têm expedido atos normativos/administrativos que devem ser cumpridos pelas empresas, como por exemplo⁽³⁷⁾, o Ofício Circular SEI n. 1088/2020/ME de 27 de março de 2020 tratando de medidas de prevenção e redução do contágio da Covid-19 ou as Notas Técnicas do Ministério Público do Trabalho⁽³⁸⁾ com recomendações e medidas a

serem adotadas neste período de crise, como por exemplo, avaliar se os documentos ocupacionais das empresas não devem ser revisados e/ou atualizados em relação à atual pandemia.

Permanece, cremos, a obrigação prevista no art. 75-E da CLT no sentido de que o empregado deverá assinar o termo de responsabilidade e se comprometer a observar as instruções fornecidas pelo empregador.

Acidente de trabalho e doença profissional. *Grosso modo*, pode-se afirmar que na França e no Brasil a doença ocupacional⁽³⁹⁾ é caracterizada por uma exposição mais ou menos prolongada a um risco no contexto da atividade profissional. Enquanto que o acidente de trabalho⁽⁴⁰⁾ é um evento repentino que pode ser datado; que decorre do trabalho ou que ocorre durante o período de trabalho e sob a autoridade do empregador. Assim, enquanto a doença ocupacional supõe uma exposição habitual que se inscreve no tempo, o acidente de trabalho caracteriza-se pela ocorrência súbita do evento.

A contaminação pelo novo coronavírus pode ser caracterizada como acidente de trabalho ou doença profissional? A resposta não é simples. Isso porque o risco de contaminação pela Covid-19 não se limita apenas à esfera profissional. A contaminação também pode ocorrer fora do ambiente de trabalho. A dificuldade para o empregado será de provar o fato acidental específico, isto é, a contaminação em data precisa, no local do trabalho ou por ocasião do trabalho. É possível identificar empregados em risco de contaminação, como os trabalhadores da área da saúde, grande distribuição (supermercados), transportes, correios, coletores de lixo, cuidadores de idosos, etc. No entanto, fazer parte de uma categoria profissional em risco de contaminação não é suficiente para estabelecer o nexo causal entre a

(36) Cass. soc. 28 fev. 2002 n. 00-41.220 F5-PBRI : RJS 5/02 n. 585; Cass. soc. 23 mars 2005 n. 03-42.404 F-PB: RJS 6/05 n. 641; Cass. soc. 12 oct. 2017 n. 16-18.836 FD: RJS 12/17 n. 790).

(37) Ou ainda: Portaria n. 188 de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde. Portaria n. 1.565, de 18 de junho de 2020, do Ministério da Saúde. Portaria Conjunta n. 20, de 18 de junho de 2020 do Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, etc.

(38) Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/coronavirus-veja-aqui-as-notas-tecnicas-do-mpt>>. Acesso em: 22 maio 2020.

(39) Arts. L.461-1 e s. do Código de Seguridade Social.

(40) Art. L.1222-9, III do Código do Trabalho

contaminação e acidente de trabalho, ou doença profissional. Especialmente, em período de pandemia, quando o vírus circula ativamente em todo o país. Não será tarefa simples distinguir entre a contaminação ocorrida na vida profissional ou privada. Consequentemente, com relação à Covid-19 a prova da doença profissional (que se inscreve no tempo) ou do acidente de trabalho (um fato accidental que ocorreu em data precisa) será complexa.

No Brasil, a questão é polêmica, como ilustram a decisão do Supremo Tribunal Federal que suspendeu a eficácia do art. 29 da Medida Provisória n. 927/2020⁽⁴¹⁾, a publicação da Portaria n. 2.345 de 2 de setembro de 2020 que tornou sem efeito a Portaria n. 2.309/GM/MS de 28 de agosto de 2020⁽⁴²⁾. Na França, um recente decreto prevê a possibilidade, sob certas condições, do reconhecimento de doença profissional, em razão da SARS-CoV-2/Covid-19⁽⁴³⁾.

Enfim, tanto na França quanto no Brasil, não nos parece que haverá uma responsabilização automática (objetiva), em caso de contaminação pela Covid-19. O Poder Judiciário examinará caso a caso.

B/ Cessação do teletrabalho

Na França, o teletrabalho adotado em razão da pandemia da Covid-19 cessará, respectivamente, ao fim do estado de urgência sanitária. No Brasil, como dito, ele cessou ao fim da vigência da Medida Provisória n. 927/2020. Em consequência, os trabalhadores devem retornar às condições laborais anteriores, ou seja, ao trabalho presencial. Nada os impedirá de continuar a “teletrabalhar”, mas sob a égide das regras previstas nos arts. 75-A a 75-E e 62, III, da CLT, no Brasil e arts. L.1222-9 e L.1222-10 do Código do Trabalho, na França.

(41) Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 28 maio 2020.

(42) Nota Técnica GT Covid-19 n. 20/2020 do Ministério Público do Trabalho prevê que a Covid-19 pode ser considerada doença do trabalho.

(43) Décret n. 2020-1131 du 14 septembre 2020.

4. Considerações finais

Na França e no Brasil, o teletrabalho adquiriu significativa importância como meio de controle e prevenção para evitar a contaminação pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2/Covid-19).

Esse fenômeno do teletrabalho, em escala global, teve, sem dúvida, efeitos sobre a sociedade, a organização do trabalho e os indivíduos.

Para muitos teletrabalhadores a experiência foi positiva e muito provavelmente perdurará. De qualquer modo, ela será indelével. Independência, autonomia, redução de custos para a empresa, redução do tempo de transporte e de deslocamento para o trabalhador, enfim, melhor qualidade de vida para todos. Para outros, negativa: problemas de conexão (internet, telefone ou videoconferência), falta de local apropriado para trabalhar, presença da família, principalmente de crianças pequenas ou de pessoa idosa que demanda cuidados; dificuldades em estabelecer fronteiras entre a vida profissional e pessoal, especialmente das mulheres (o problema da dupla jornada feminina)⁽⁴⁴⁾; dificuldade em controlar a jornada e a carga de trabalho, em respeitar os intervalos para alimentação e dos domingos e feriados, sem olvidar a questão do direito à desconexão.

Todavia, a expansão do teletrabalho não deve ocultar os problemas daqueles que dele não se beneficiaram por falta de cultura digital, impossibilidade financeira (para aquisição de equipamentos) ou simplesmente porque não podem trabalhar em casa.

Segundo muitos psicólogos, é provável que essa experiência que vivemos tenha repercussões em nossa saúde mental. No momento em que o estresse e a intensificação do trabalho se acentuam, isolamento e solidão são considerados indicadores de risco de deterioração

(44) Disponível em: <<https://demografiaufrn.net/>>. Acesso em: 28 maio 2020.

da saúde mental. Todos reconhecemos a importância de mantermos vínculos sociais, do salutar sentimento de pertencimento ao grupo/coletivo de trabalho e da importância da cooperação para nossa saúde mental⁽⁴⁵⁾.

Ninguém sabe quais serão as consequências desse episódio em nossas vidas. O teletrabalho se tornará a regra no contrato de trabalho? Não cremos, mas ele se desenvolverá extraordinariamente privando-nos do contato humano, do encontro com o colega de trabalho durante a pausa para o café, tantas vezes indispensável antes de iniciar um dia de trabalho e que nos recorda que trabalhar não é só produzir: é conviver, é respeitar, é ajuda mútua: *travailler c'est aussi vivre ensemble*.⁽⁴⁶⁾

5. Referências

CALEGARI, Luiz Fernando. A flexibilização das regras trabalhistas trazidas pela Medida Provisória n. 927/2020 explicada ponto a ponto: as normas que regerão as relações de emprego durante o estado de calamidade pública. *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*, v. 30, n. 371, p. 59-70, maio, 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. Comentários a Medida Provisória 936/20. *Academia Nacional de Direito do Trabalho*, abr. 2020. Disponível em: <<http://www.andt.org.br/f/COMENT%C3%81RIOS%20%C3%80%20MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20936-20.pdf>>.

DEJOURS, C. *Travail, usure mentale. Essai de psychopathologie du travail*. Éd. Centurion, 1980.

_____. L'individu et le collectif dans les rapports de travail. Interview. *Collectif*, n. 3, 1987.

_____; MOLINIER, Pascale. Le travail comme énigme. In: *Sociologie du travail*, 36a année, Hors-série, Les énigmes du travail, p. 35-44, 1994. Disponível em: <www.persee.fr/doc/sotra_0038-0296_1994_hos_36_1_2147>.

(45) DEJOURS, Christophe. Centralité du travail et santé mentale, *Pratiques en santé mentale*. 51, p. 22-28, 2005.

(46) Trabalhar é também viver/conviver juntos/em grupo. DEJOURS, Christophe; GERNET, Isabelle. *Évaluation du travail et reconnaissance*, *Nouvelle revue de psychosociologie*, n. 8, p. 29-30, 2/2009.

_____. Centralité du travail et santé mentale, *Pratiques en santé mentale*. 51, p. 22-28, 2005.

_____; GERNET, Isabelle. *Évaluation du travail et reconnaissance*, *Nouvelle revue de psychosociologie*, n. 8, p. 27-36, 2/2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Factum principis nas relações de trabalho e medidas decorrentes do Coronavírus*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 109, n. 1.016, jun. 2020.

GAURIAU, Rosane. *Breve estudo comparado sobre o teletrabalho na França e no Brasil*. *Revista do Trib. Reg. Trab. 10ª Região*, Brasília, v. 23, n. 2, p.36-47, dez., 2019. Disponível em: <<http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10>>.

_____. Contribuição ao estudo do assédio moral: estudo comparado franco-brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 83, n. 2, p. 223-258, abr.jun. 2017 Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.12178/109942>>.

LEITE, Gisele. Comentários à Medida Provisória n. 927/2020. *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*, v. 30, n. 371, p. 50-58, maio 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. Coronavírus e trabalho. *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*, v. 30, n. 371, p. 9-32, maio, 2020.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; GUIMARÃES, Ana Cláudia. Medida Provisória n. 927/20: inovações em aspectos trabalhistas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 109, n. 1.016, jun. 2020.

MIZIARA, Raphael; UMBERTO, Antônio; COELHO, Fabiano; GASPAS, Danilo. *Medida Provisória n. 927 de 2020: comentários artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2020, 121p.

PESSOA, André; MIZIARA, Raphael. Teletrabalho à luz da Medida Provisória n. 927 de 2020 (Covid-19): um breve guia para empresários, trabalhadores e profissionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 109, n. 1.017, jul. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Responsabilidade do empregador e fato do príncipe nos tempos do coronavírus, após as Medidas Provisórias ns. 927/2020 e 936/2020: análise jurisprudencial. *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*, v. 30, n. 371, p. 33-43, maio 2020.

VERKINDT, À propos du télétravail et du <télétravailleur>... après la loi du 22 mars 2012. *Les Cahiers du DRH*, 2012, 187.s

Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD: Aspectos Principais — Repercussão no Direito Material e Processual do Trabalho

Luiz Ronan Neves Koury^(*) e Carolina Silva Silvano Assunção^(**)

Resumo:

- ▶ As mudanças de comportamento da atual sociedade evidenciaram a necessidade de se estabelecer regulamentação específica para a proteção e para o tratamento dos dados das pessoas naturais. O presente estudo buscou analisar os aspectos principais da Lei Geral de Proteção de Dados e os reflexos da regulamentação nas relações de direito material e processual do trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Direitos fundamentais — Lei Geral de Proteção de Dados — Relações de trabalho.

Abstract:

- ▶ The changes in the behavior of the current society have highlighted the need to establish specific regulations for the protection and processing of data on natural persons. The present study sought to analyze the main aspects of the General Data Protection Law (LGPD) and the reflexes of the regulation in the relations of material and procedural labor law.

Keywords:

- ▶ Fundamental rights — General Data Protection Law — Work relationships.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Dados pessoais na contemporaneidade

(*) Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Processual do Trabalho e Coordenador Acadêmico do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos. Coordenador do Grupo de Pesquisa Interfaces do Processo Civil com o Processo do Trabalho – IPCPT da Faculdade de Direito Milton Campos. Doutorando da Universidade Autônoma de Lisboa — UAL.

(**) Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestre em Direito do Trabalho e das Relações Sociais Trabalhistas (UDF). MBA em Direito do Trabalho (FGV). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho (FDMC). Membro do Grupo de Pesquisa Interfaces do Processo Civil com o Processo do Trabalho — IPCPT da Faculdade de Direito Milton Campos. Professora.

- 3. Os fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD
- 4. Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados — O consentimento
- 5. A LGPD, o direito do trabalho e o processo do trabalho
- 6. Conclusão
- 7. Referências

1. Introdução

Na atual quadra histórica há uma tendência e, mais do que isso, uma realidade representada pela disseminação dos dados pessoais em razão da facilidade de acesso a eles, interesse em sua obtenção como também a necessidade de identificação das pessoas para inúmeras finalidades econômicas, sociais e políticas.

Os dados pessoais passaram a ter mais importância do que o seu titular na medida em que trazem mais elementos para sua identificação do que o próprio contato pessoal, pois trazem informações sobre a trajetória das pessoas, as ações praticadas no passado, as atividades no presente e as perspectivas e iniciativas do futuro.

Mais do que isso, no entanto, é a possibilidade, por meio dos dados pessoais, de influenciar nas escolhas das pessoas e de direcionar os comportamentos. Em outras palavras, a possibilidade de influenciar no consumo a ser realizado, na conduta social e nas iniciativas de natureza política e ideológica.

Devem ser mencionados, também, a perda de privacidade, em uma concepção mais tradicional, e os riscos inerentes à divulgação de informações que podem ser utilizadas para prejudicar as pessoas e até mesmo para prática de atividades criminosas.

É nesse contexto relativamente novo que surge a necessidade de proteção dos dados pessoais no sentido de normatizar o seu acesso, transporte, divulgação, utilização e tratamento para garantir a observância dos direitos fundamentais como a liberdade de expressão e informação, privacidade e não discriminação, entre outros.

Não se pode deixar de registrar, até mesmo à guisa de introdução, que se deve afastar a possibilidade de que, através da informação sobre os dados pessoais, seja realizado um controle das pessoas, uma vigilância constante delas para fins de lucro e mesmo com outras finalidades.

Na linha de proteção de dados pessoais surgiu a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.079/2018), acrescida das Leis ns. 13.853/2019 e 14.032/2020, doravante denominada LGPD, com vigência a partir de 18.09.2020, como resultado e síntese de outras formas de regulamentação das informações e de proteção dos dados que circulam no mundo digital.

A LGPD traz em seu bojo princípios que servem para parametrizar o tratamento da proteção de dados pessoais, que se inscrevem como apêndices da principiologia mais geral das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, na linha de proteção da pessoa natural. A legislação mencionada apresenta, também, orientações que deverão ser observadas no tratamento dos dados para garantir a mínima exposição das pessoas e das informações relacionadas a elas.

É natural que a legislação em comento apresente falhas e que, talvez, não seja suficiente para uma proteção efetiva dos dados pessoais, mas a existência de uma regulamentação sobre o tema, na linha da mais moderna legislação europeia (Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais — GDPR, que dispõe sobre o assunto e serve de diretriz para toda a Europa), sinaliza bem a dimensão de sua importância e atualidade.

Tal aspecto deixa claro a dimensão universal da exigência de controle dos dados pessoais em razão do seu significado de garantia para o não aviltamento da pessoa humana. Nesse passo é importante dizer que no passado recente a divulgação de dados era de iniciativa da própria pessoa, considerando o maior ou o menor valor que atribuía à privacidade, mas agora, não raras vezes, isso independe da vontade daquele que tem os seus dados pessoais divulgados.

É necessário também dizer que o interesse na divulgação dos dados há algum tempo atrás tinha por alvo as pessoas tidas por famosas ou que eram conhecidas do grande público, sendo que atualmente nenhum de nós está livre da divulgação dos dados pessoais.

Entre os vários temas relacionados à proteção dos dados pessoais, ganham relevo a criação de óbices à vigilância exercida sobre as pessoas, o diálogo com a Constituição Federal para a concretização das normas fundamentais de proteção da pessoa humana, os princípios a serem observados no tratamento dos dados, o consentimento para utilização dos dados e a possibilidade de sua aplicação nas relações de trabalho e no processo do trabalho, que são alguns aspectos da matéria a exigir referência neste singelo estudo sobre o assunto.

2. Dados pessoais na contemporaneidade

Na atualidade, no chamado ambiente digital, há o trânsito intenso dos chamados dados pessoais desde os atos mais singelos de identificação no preenchimento de uma ficha até as transações mais complexas, em que se exigem informações detalhadas sobre as pessoas.

Esse caldo de informações necessita de um mínimo de controle e regulamentação a fim de que as pessoas não sejam vigiadas, direcionadas e desrespeitadas, inclusive para que tenham a informação sobre o destino de seus dados pessoais e aqueles que terão acesso a eles.

Tem-se hoje a compreensão de que existe uma economia movida a dados pessoais, sendo estes o grande filão do capitalismo no

século XXI, adquirindo uma inegável centralidade. Essa constatação não se atém apenas ao campo econômico, mas tem repercussão nas relações sociais e políticas, registrando-se que as coletas de dados, seu registro e acesso são algo que acompanha a história humana em sua trajetória.⁽¹⁾

Ana Frazão, para demonstrar a importância dos dados pessoais na atualidade, cita Alec Ross a fim de dizer que o gerenciamento de dados é tão importante quanto a administração da terra na era agrícola ou da indústria na era industrial. Ressalta, ainda, com citação de Yuval Harari, que a concentração da riqueza e do poder guarda proporção direta com o controle dos dados pessoais que, por isso, precisam ter a sua utilização regulamentada.⁽²⁾

Indiscutivelmente, a informação sobre os dados pessoais, como foi dito na introdução deste trabalho, tem vinculação direta com o poder, que necessita deles para se impor e tirar proveito nas inúmeras situações.

Nesse aspecto é impossível não fazer uma analogia com o Panóptico de Bentham, em que se inverte o papel de uma prisão tradicional para deixar evidenciado que se garante uma visibilidade de tal natureza que esta representa uma armadilha, na clássica expressão de Foucault, e um controle ainda maior sobre as pessoas. Segundo o filósofo, o Panóptico “é uma máquina que dissocia o *par ver* — *ser visto*: no *anel periférico*, se é totalmente visto,

(1) FRAZÃO, Ana. Fundamentos da Proteção dos Dados Pessoais – Noções Introdutórias para a Compreensão da Importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e sua Repercussão no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT/Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 23 a 52, p. 24.

(2) Ana Frazão, citando Yuval Harari, transcreve a sua afirmação sobre o controle dos dados: “Assim, fariamos melhor em invocar juristas, políticos, filósofos e mesmo poetas para que voltem sua atenção para essa pergunta: como regular a propriedade de dados? Essa talvez seja a questão política mais importante de nossa era. Se não formos capazes de responder a essa pergunta logo, nosso sistema sócio-político pode entrar em colapso”. (FRAZÃO, Ana. *Op. cit.*, p. 25).

sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto” e, com isso, acrescenta mais adiante que “[...] o Panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar ou retreinar os indivíduos [...]”.⁽³⁾

Nessa linha de reflexão sobre o controle dos dados pessoais como instrumento ideológico precioso, não em um sentido político *stricto sensu*, mas em um sentido mais amplo de ditar comportamentos e escolhas, cabe mencionar a síntese dos vários significados de ideologia, nas palavras de Terry Eagleton:

[...] o conceito de ideologia tem como objetivo revelar algo da relação entre uma enunciação e suas condições materiais de possibilidade, quando essas condições de possibilidade são vistas à luz de certas lutas de poder centrais para a reprodução (ou para algumas teorias, a contestação) de toda uma forma de vida social.⁽⁴⁾

Os dados pessoais trazem informações fundamentais sobre as pessoas que não só permitem conhecê-las, seus hábitos, virtudes, fraquezas, escolhas, deficiências, mas também permitem que sejam influenciadas em suas opções de vida e nos projetos pessoais. Rigorosamente, pode-se dizer que representam importante instrumento a serviço do poder nas facetas econômica e política de tal forma que a sua ação não é sequer percebida.

Para se ter uma ideia do que representam os dados pessoais em termos de forma de se definir determinada pessoa e suas características, afirma-se que 150 “curtidas” permitem que os algoritmos possam saber mais de uma pessoa do que seu companheiro e com 250 “curtidas” os algoritmos podem saber mais de uma pessoa

do que ela mesma. Isso tudo redundando no que se denomina capitalismo de vigilância, próprio de uma sociedade de vigilância, o que ganha uma superlativa facilidade pela ausência de leis para regulamentar o fenômeno relacionado à circulação dos dados pessoais.⁽⁵⁾

Esse, portanto, é o primeiro ponto a ser ressaltado, ou seja, o aspecto selvagem do capitalismo com desdobramento também político, necessitando que seja controlado o tratamento dos dados pessoais, o que significa, de forma sintética, o seu manuseio para se garantir o respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

3. Os Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD

Antes de tratar da Lei Geral de Proteção de Dados, deve ser dito que ela é consequência e síntese de legislações anteriores que se referiram a essa importante questão, que serviam mais como mecanismo de proteção da pessoa e resguardo de suas garantias do que propriamente como regulamentação dos dados pessoais.

Tem-se, desse modo, a proteção da privacidade que abrange os dados pessoais, como objeto do ordenamento jurídico brasileiro, em níveis tanto constitucional como infraconstitucional.

No plano constitucional cabe citar o art. 5º, incisos X e XII, que trata da privacidade das pessoas, adquirindo relevância o inciso X na medida em que atribui como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização na hipótese de sua violação. Bastaria citar apenas esse comando constitucional para que se cercasse o cidadão dos instrumentos de defesa em relação à utilização não consentida de seus dados pessoais.

Ainda em nível constitucional tem-se a previsão do *habeas data* no art. 5º, incisos LXIX

(3) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 40. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 191-193.

(4) EAGLETON, Terry. *Ideologia*: uma introdução. Tradução de Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Boitempo, 1997. p. 195.

(5) FRAZÃO, Ana. *Op. cit.*, p. 26-27.

e LXXII, especialmente neste último, como mecanismo de obtenção de informações da pessoa sobre seus dados.

Em termos de legislação infraconstitucional tem-se a Lei de Arquivos Públicos (Lei n. 8.159/91) e a Lei de Regulamentação do *Habeas Data* (Lei n. 9.507/97), mencionadas por Marco Aurélio Bellizze Oliveira e Isabela Maria Pereira Lopes como sendo a legislação precursora da proteção de dados no Brasil.

Segundo os referidos autores esse quadro legal, atinente à proteção de dados, de caráter público, foi alterado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em seu art. 43, e pelo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), em seu art. 21, em razão da utilização de dados por empresas privadas.⁽⁶⁾

Além dos mencionados diplomas legais cabe citar a Lei de Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011), a Lei de Acesso à Informação Pública (Lei n. 12.527/2011), que regulamenta a previsão contida no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República e, no âmbito da Internet, a Lei n. 12.737/2012, tratando do crime de invasão de dispositivo informático, o Decreto n. 7.962/2013, que se refere ao comércio eletrônico, e o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

Outro ponto a merecer destaque é a influência da legislação europeia sobre o tema na legislação brasileira, demonstrando com isso a extensão do problema relativo à proteção de dados pessoais, que tem caráter universal, e a atualidade da nossa lei.

A proteção de dados pessoais teve a sua iniciativa liderada pela União Europeia (UE) com a promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu n. 679,

aprovado em 27.04.2016 (GDPR), com dois anos de prazo de adequação, em 28.05.2018, para aplicação de penalidades. O seu objetivo é a proteção de pessoas físicas no que se refere aos dados pessoais e, também, no tocante à livre circulação desses dados.⁽⁷⁾

O GDPR deixa evidenciado, em seu preâmbulo, que tem por finalidade garantir um “espaço de liberdade, segurança e justiça”, um nível coerente de proteção e “a transparência dos envolvidos no tratamento de dados pessoais”, valendo como norma comum para 28 países. Na comparação com a nossa legislação adquire relevância a especificação realizada em ambos os regulamentos sobre os dados pessoais e dados sensíveis (a merecer maior proteção), obrigatoriedade do consentimento para tratamento dos dados (coleta e destinação), aplicação de medidas de segurança e transparência entre os usuários e organizadores.⁽⁸⁾

Procedendo-se à comparação da LGPD brasileira com o GDPR europeu, verifica-se que ambos são instrumentos indispensáveis para a proteção e garantia da pessoa humana, uma vez que facilitam o controle dos dados tratados, impõem deveres e responsabilidades aos agentes de tratamento e proporcionam segurança para que as informações circulem. Há um alinhamento muito grande dos dois sistemas como forma de reconhecimento do sistema brasileiro como adequado ao europeu para facilitar “a realização de transações e operações com países do bloco”.⁽⁹⁾

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. 13.709, de 14.08.2018), com as alterações das Leis ns. 13.853/2019 e 14.010/2020,

(7) PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de Dados Pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 18.

(8) PINHEIRO, Patrícia Peck. *Op. cit.*, p. 18 e 58-61.

(9) TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e Proteção de Dados Pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT/Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 281 a 318, p. 286-287.

(6) OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os Princípios Norteadores da Proteção de Dados Pessoais no Brasil e sua Otimização pela Lei n. 13.709/2018. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT/Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 53 a 82, p. 64.

prevê em seu art. 1º que tem por objetivo o tratamento de dados pessoais com a finalidade de proteção dos direitos fundamentais da liberdade e da privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Nesse dispositivo tem-se o resumo dos relevantes valores que constituem objeto de proteção, evidenciando-se o diálogo com a Constituição e a opção da norma em defesa da liberdade, valor maior do Estado Democrático de Direito; da privacidade, bem que hoje se caracteriza praticamente por ser inatingível; e do livre desenvolvimento da personalidade, que pode ficar prejudicado pelo manuseio indevido de dados pessoais a fim de conduzir as pessoas para iniciativas que não decorram de sua genuína vontade.

No artigo seguinte (art. 2º) são apresentados os principais fundamentos que justificam a disciplina de proteção de dados, tendo como referência inúmeros direitos fundamentais, como a concretização de um diálogo e reverência à Constituição, destacando-se o inciso I (o respeito à privacidade) que tem conexão com o inciso IV (inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem). O respeito à privacidade, garantido no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, de forma genérica, no art. 5º, X, da Constituição da República, além da legislação infraconstitucional já mencionada, tem inegável relevância, porquanto os dados pessoais apenas devem ser tratados quando ocorrer o consentimento das pessoas, o que na prática muitas vezes não ocorre.

Ainda nesse dispositivo tem-se a referência expressa à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (inciso III), que é consequência e guarda interação com a autodeterminação informativa constante do inciso II, uma vez que a liberdade de expressão tem vinculação com a informação que se recebe ou que se encontra adequada para ser recebida.

E, por fim, ressaltando que todos os incisos do referido artigo são de absoluta relevância e o seu tratamento neste trabalho se dá considerando a sequência com que foram tratados na lei, cabe destacar também os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Tais garantias servem de fundamento para a totalidade de nosso sistema e não só para a proteção de dados, mas expressa o objetivo do diploma legal em comento de colocar um freio à ofensiva na manipulação dos dados pessoais como mercadoria e não como algo que diga respeito à pessoa natural e se vincule mais intimamente à sua condição humana.

A expressa referência a valores tão elevados e que exigem especial proteção mostra claramente a importância da referida lei e a necessidade de se ter uma legislação voltada para matéria tão delicada e essencial em um Estado Democrático, que é a proteção de dados pessoais.

4. Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados — O consentimento

O art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD dispõe sobre os princípios das atividades de tratamento dos dados, que devem se basear na boa-fé exatamente pela repercussão que uma manipulação desonesta e incorreta dos dados pode representar em prejuízo da pessoa e da sociedade.

Entre os princípios — cujo cumprimento deve ser exigido em sua integralidade, sem a exclusão de qualquer deles, ressaltando-se que todos são igualmente importantes —, merecem destaque os da finalidade, do livre acesso e da segurança, admitindo-se, como será comentado em seguida, que os demais se encontram abrangidos por eles.

O princípio da finalidade, previsto no inciso I do art. 6º, exige que o tratamento de dados tenha propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, ou seja, há um

atrelamento do tratamento dos dados, definido no inciso X do art. 5º, à finalidade previamente estabelecida em relação à qual não é possível que haja alteração.

Esse princípio engloba o da adequação, porque a forma de tratamento dos dados está vinculada à compatibilidade do tratamento com as finalidades, previamente fixadas, de conhecimento do titular dos dados, como ocorre, também, com o princípio da necessidade, referenciado pela finalidade como o mínimo necessário para que esta última seja obtida.

Nessa mesma linha de entendimento sobre a vinculação do princípio da finalidade com o princípio da adequação, previstos no art. 6º, é a posição da doutrina que tem tratado da proteção dos dados pessoais, asseverando que “o princípio da finalidade exige que seja respeitada a correlação entre o tratamento dos dados e a finalidade informada”.⁽¹⁰⁾

O princípio do livre acesso, constante do inciso IV do art. 6º, guarda vinculação com os princípios da qualidade dos dados e transparência, porquanto o acesso só se concretizará se os dados informados forem claros e de fácil acesso. Em relação ao princípio da transparência, a doutrina já mencionada afirma, com grande propriedade, “que ela (transparência) não está adstrita ao momento, por exemplo, da coleta de informações, mas a todo processo de tratamento de dados”.⁽¹¹⁾

Para finalizar o rol de princípios, cabe mencionar os da segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas, sendo certo que, excluindo-se o da não discriminação, os demais têm a ver com a segurança no tratamento dos dados e as consequências da não observância das medidas de segurança. A não discriminação, que deve imperar em todas as iniciativas, sejam elas do mundo digital ou não, não permite a utilização

dos dados para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos.

A propósito da não discriminação não se tem dúvida do relevante lugar que ocupa nas inúmeras legislações nacionais e internacionais, devendo tal princípio ser levado em conta especialmente no que tange ao tratamento dos dados sensíveis. Esses últimos “são identificados como os dados que contêm informações que podem levar à discriminação da pessoa, como origem étnica, religião, orientação sexual e posição política”.⁽¹²⁾

O *consentimento* é fundamental na questão relativa aos dados pessoais e à sua proteção. É a autorização para se proceder ao seu tratamento, sendo certo que no consentimento está implícita a necessidade de uma permanente informação ao titular dos dados pessoais sobre a sua destinação e a exigência de eventuais autorizações em todo o processo de seu tratamento.

O art. 7º, inciso I, da LGPD, estabelece que a realização do tratamento de dados pessoais somente poderá ocorrer se houver o consentimento do titular. O art. 8º regulamenta o modo de concessão desse consentimento, que deve ser de maneira tal que explicita a vontade do titular nessa direção, de forma específica ou para situações específicas, servindo como balizamento para extensão e abrangência no tratamento dos dados pessoais.

Em tema de consentimento existe uma preocupação enorme com a titularidade dos interessados e/ou titulares em relação aos seus dados pessoais, “havendo uma evolução do consentimento implícito”, que é depreendido pela conduta da pessoa, “para o consentimento informado o qual orienta inclusive normas relativas à circulação de informações”. Conclui-se mais adiante que “no momento atual, o consentimento livre e informado vem ganhando cada vez mais prestígio, por tornar

(10) OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. *Op. cit.*, p. 73.

(11) *Ibidem*, p. 76.

(12) *Ibidem*, p. 78.

o usuário participante ativo no processo de consentimento”.⁽¹³⁾

Há, também, um cuidado especial com o consentimento para tratamento dos dados pessoais sensíveis, que são aqueles mencionados no art. 5º, inciso II, dizendo respeito às questões étnicas, de convicções políticas, religiosas, filosóficas, à filiação a sindicato, vida sexual, entre outros temas delicados e de vinculação com a intimidade da pessoa natural.

Pode-se, portanto, concluir que a LGPD se cerca de princípios e dá especial relevo ao consentimento com a preocupação de proteção da pessoa natural no que diz respeito aos valores e bens imateriais mais caros ao ser humano, representados pela privacidade, liberdade de expressão e informação, intimidade, ressaltando-se, como afirmado na doutrina, o seu caráter protetivo e de preservação no tratamento dos dados pessoais.

5. A LGPD, o direito do trabalho e o processo do trabalho

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, além de apresentar íntima correlação com a Constituição Federal, repetindo inúmeras garantias constitucionais, trata também da personalidade que encontra proteção no Direito Privado e faz referência ao Direito do Consumidor. Todavia, não trata de forma expressa do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, mas menciona a filiação ao sindicato como dado sensível (art. 5º, inciso II) e a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil a favor do titular dos dados nas hipóteses de verossimilhança, hipossuficiência ou quando se tratar de produção de prova excessivamente onerosa, o que tem aplicação ao processo do trabalho.

Registra-se que a inclusão da filiação ao sindicato como dado sensível vai ao encontro das iniciativas promovidas pelo Constituinte para a adoção de um sistema sindical mais

livre e democrático. É que o maior valor a ser protegido no estudo do Direito Coletivo é a liberdade. Atualmente, o direito à liberdade sindical é reconhecido como um direito humano fundamental, pois, além de ser reconhecido como direito fundamental pelo ordenamento pátrio (art. 8º CR/88), é identificado como direito humano pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 23, § 4).

A liberdade sindical é imprescindível para a construção e evolução do Direito do Trabalho como um todo, vez que se apresenta como pressuposto elementar para que o ente coletivo seja capaz de exercer sua autonomia coletiva, de forma a construir relações jurídicas que prezem pela dignidade humana de cada trabalhador e que permitam evolução constante dos direitos adquiridos pela categoria. O direito à liberdade sindical é composto por dimensões que, conjuntamente, formam um arcabouço de liberdades e direitos essenciais para o desenvolvimento das atividades dos sindicatos. Em relação à dimensão individual pode-se dizer que esta é caracterizada pela liberdade individual dos trabalhadores de adesão sindical e de atuação em todos os atos relacionados ao ente coletivo.⁽¹⁴⁾

É certo que o sucesso da atuação sindical depende da necessidade de se reconhecer e de se garantir ampla liberdade a todos aqueles que se filiam às entidades sindicais e, com isso, propiciam seu fomento — seja pelo aumento da representatividade sindical, seja por verter contribuições que auxiliam sua manutenção — bem como àqueles que se ativam nas atividades relacionadas aos interesses da categoria. A repressão dos trabalhadores envolvidos em atividades sindicais, por meio de condutas antissindicais, não condiz com as diretrizes humanas internacionais que visam assegurar o estabelecimento de condições mais dignas de vida aos trabalhadores.

(13) TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Op. cit.*, p. 285.

(14) ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. *Negociação coletiva trabalhista — parâmetros constitucionais e desafios pós-Lei n. 13.467/17*. Belo Horizonte: Ed. Arraes. p. 43-45

Nesse sentido e, considerando ainda as alterações legislativas promovidas pela Lei n. 13.467/17 no que diz respeito à necessidade de prévia e expressa autorização do trabalhador para que o empregador proceda ao desconto das contribuições sindicais em folha de pagamento (arts. 578, 579, 582, 583, 602 da CLT), observa-se que a empresa terá que tomar especiais cuidados com a informação de filiação do empregado à entidade sindical, devendo utilizá-la tão somente para viabilizar os descontos no contracheque⁽¹⁵⁾, a teor do que dispõe o art. 11, II, “a”, da LGPD.

Assim, considerando as complexas discussões acerca da possibilidade de se admitir o consentimento nas relações de trabalho, tema que será tratado adiante, bem como a necessidade de existir interesse legítimo, específico e explícito no tratamento de dados (art. 6º, I, da LGPD), é certo que a interpretação que se mostra mais condizente com os princípios basilares do Direito do Trabalho e com a evolução da liberdade sindical e da valorização do trabalho humano, preconizadas pela Constituição da República, é no sentido de não permitir que o empregador colha a informação de filiação ao sindicato na fase pré-contratual, com vistas a evitar atos discriminatórios em matéria de emprego. Após estabelecida a relação de emprego, ainda que se admita a possibilidade de o empregado consentir com o fornecimento do dado relativo à sua filiação sindical, é certo que a autorização deverá referir-se a finalidades determinadas, sendo vedado o consentimento generalista (art. 8º, § 4º LGPD).

Nesse contexto e, tendo em vista a plena compatibilidade da inversão do ônus da prova com o Processo do Trabalho, pode-se admitir que, em caso de suspeitas de cometimento de conduta antissindical pela empresa, pautada em atos de obstrução da atividade sindical

(15) Registra-se que a MP n. 873/2019, que impossibilitava o desconto da contribuição sindical na folha e remetia seu pagamento a boleto bancário, perdeu sua validade em 28.06.2019 por ausência de análise do ato normativo em tempo hábil pelo Congresso Nacional.

ou atos discriminatórios relacionados aos empregados ligados à atividade sindical, seja procedida a inversão do ônus da prova a favor do trabalhador, titular dos dados sensíveis então fornecidos à empresa, incumbindo à empregadora o ônus de comprovar que a dispensa ou o ato praticado está relacionado a motivos outros que não a filiação sindical (art. 42, § 2º, LGPD).

Com exceção da menção a filiação ao sindicato como dado sensível, a LGPD, ao contrário do art. 88 do também aludido GDPR europeu, que lhe serviu de inspiração em outros temas, não fez referência expressa ao Direito do Trabalho. A ausência de referência, contudo, não pode ser interpretada como exclusão deste ramo do direito da aplicação da LGPD. É que, o art. 3º da referida lei deixa claro que ela será aplicada “a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados”, não sendo as relações trabalhistas uma das hipóteses de exclusão previstas no art. 4º⁽¹⁶⁾.

Ademais, não é possível sequer imaginar uma relação de trabalho “se iniciar e desenvolver sem a coleta, recepção, armazenamento e retenção de dados pessoais dos empregados ou candidatos a emprego”. Em todas as fases da relação empregado/empregador, no curso do contrato de trabalho, antes e depois dele, há o acesso do empregador aos dados pessoais do empregado, responsabilizando-se pelo seu armazenamento e guarda.⁽¹⁷⁾

É nesse sentido que Vicente Vasconcelos Coni Júnior e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que,

(16) CONI JÚNIOR, Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus Reflexos nas Relações Jurídicas Trabalhistas. In: MIZIARA, Raphael; MILLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coords.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo, RT/ Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 101.

(17) CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. A Teoria Geral de Proteção de Dados e seus Impactos nas Relações de Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 84, n. 11, nov. 2020, p. 1.338.

a despeito da ausência de menção ao Direito do Trabalho, “os principais destinatários da proteção do banco de dados serão os empregados, sendo, na grande maioria das vezes, expressão de um direito do empregado e, portanto, o tratamento de dados no contexto laboral é, via de regra, feito em favor do empregado, e na defesa dos seus interesses”⁽¹⁸⁾.

Vólia Bomfim Cassar e Iuri Pinheiro, com pioneiro trabalho sobre o tema, esclarecem que, a despeito da ausência de menção expressa ao Direito do Trabalho, excluindo-se a filiação ao sindicato como dado pessoal sensível, existem inúmeros dados de identificação do trabalhador, de sua atuação no curso da relação de emprego, que necessitam de proteção. Citam, como exemplo de documento que exige especial proteção, caracterizando-se mesmo como dado pessoal sensível, atestados médicos contendo diagnósticos de doenças e a indicação de códigos CID (Classificação Internacional de Doenças) em relação a determinado trabalhador.⁽¹⁹⁾

Retira-se da legislação específica que os dados pessoais a serem protegidos dizem respeito à pessoa natural, seja para empregados, seja para empregadores, sendo que, em relação aos primeiros, é possível a abrangência sobre aqueles em condições similares como os terceirizados, autônomos e prestadores de serviço. Como o empregador detém a informação sobre os dados, adquire a condição de controlador, que tem definição própria na referida lei (art. 5º, inciso VI), a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados.⁽²⁰⁾ É evidente que os critérios para coleta de dados como aqueles que, por exemplo, dizem respeito aos antecedentes criminais, devem se cercar de todos os cuidados, como também a condição creditícia do trabalhador a fim de que não se

constituam óbice para a admissão no emprego, exigência que hoje sequer é admitida.

O ponto que mais chama atenção sobre o tema no âmbito da relação de trabalho diz respeito ao consentimento, aspecto caro à LGPD, premissa para que haja o tratamento dos dados pessoais, quando se sabe que neste tipo de relação a livre manifestação de vontade fica, muitas vezes, comprometida.

Embora não haja disposição expressa na LGPD sobre o tema, o Considerando n. 43 do GDPR europeu ressalva a possibilidade de se desconsiderar o consentimento quando há um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento. Existe, também, o GT 29, órgão consultivo europeu, que considera complicado o tratamento de dados pessoais dos empregados pelos empregadores com base na espontaneidade do consentimento.⁽²¹⁾

É que a relação de emprego é marcada por um verdadeiro desajuste de posições, ocasionando verdadeiro desequilíbrio de poder (*imbalance of power*), evidenciando que, em grande maioria das situações, o trabalhador depende economicamente do empregador o que o leva, em verdadeiro receio de sofrer represálias, a não ter condições de se opor a certas decisões a respeito do tratamento de seus dados.⁽²²⁾

Em face da realidade das relações de trabalho, especialmente na de emprego, e forte no princípio da proteção, não se pode admitir que o consentimento dado para tratamento de dados pessoais não seja fruto da livre manifestação de vontade. Aqui cabe fazer uma comparação com a antiga “opção pelo FGTS”, anteriormente à Constituição vigente, antes

(18) CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p.102

(19) CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. *Op. cit.*, p. 1.339.

(20) CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. *Op. cit.*, p. 1.341.

(21) CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. *Op. cit.*, p. 1.347.

(22) MAIA, Daniel Azevedo de Oliveira. As Hipóteses Autorizativas de Tratamento de Dados Pessoais nas Relações de Trabalho sob a Ótica da LGPD e do GDPR. In: MIZIARA, Raphael; MILLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coord.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 191.

da universalização do regime fundiário no mundo laboral, em que o empregado, quando da admissão no trabalho, fazia a sua “opção pelo FGTS”, o que não retratava a sua vontade e era rigorosamente imposta.

Inúmeras outras situações podem ser mencionadas, em que se coloca em dúvida o consentimento do empregado, como a transferência com a sua “anuência”, a alteração da jornada, a redução proporcional de salário e jornada, revezamento da jornada, o trabalho noturno, que são desconsiderados quando implicam prejuízos ao trabalhador e alteração unilateral lesiva do contrato de trabalho.

Diante de todos os princípios que norteiam e são a razão de ser e de existir do Direito do Trabalho, bem como todo o arcabouço normativo inaugurado pela Constituição da República — que, em última análise, reconheceu a normatividade dos princípios e incorporou em seu texto aqueles que permitem a concreção de direitos fundamentais que valorizam a figura humana e que a colocam no centro de toda a normatividade jurídica — é certo que a assimetria existente na relação jurídica trabalhista não permite a admissão pura e simples do consentimento, principalmente no tratamento de dados sensíveis. É que, conforme preceitua Mauricio Godinho Delgado, o contrato de trabalho talvez seja “*o mais eloquente exemplo de contrato de adesão fornecido pelo mundo contemporâneo, onde o exercício da liberdade e vontade por uma das partes contratuais — o empregado — encontra-se em polo extremado de contingenciamento*”.⁽²³⁾

Nesse contexto, pertinente transcrever a posição adotada pelo GT 29, órgão consultivo europeu:

Dada a dependência que resulta da relação empregador/empregado, é improvável que o titular dos dados seja capaz de negar ao seu empregador o consentimento para o processamento de dados sem sentir medo ou risco real

(23) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed., rev e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 574.

de efeitos prejudiciais como resultado de uma recusa. É improvável que um funcionário seja capaz de responder livremente a uma solicitação para consentimento de seu empregador para, por exemplo, ativar sistemas de monitoramento, como observação por câmeras em um local de trabalho, ou para preencher formulários de avaliação, sem sentir qualquer pressão para consentimento.

Portanto, o GT29 considera problemático para os empregadores processar dados pessoais de funcionários ou futuros funcionários com base no consentimento, uma vez que é improvável que seja dado livremente. Para a maioria de tal processamento de dados no trabalho, a base legal não pode e não deve ser o consentimento dos trabalhadores (art. 6º, 1, “a”), devido à natureza da relação entre empregado e empregador.⁽²⁴⁾

Assim, em uma primeira análise, considerando o arcabouço normativo do Direito do Trabalho brasileiro, bem como as experiências estrangeiras, que servem como fonte integrativa (art. 8º CLT), revela-se que o consentimento do empregado não deva ser considerado como fundamento autorizativo para o tratamento de dados, indistintamente, nas relações trabalhistas.

Não se pode olvidar, contudo, que ao empregador — pessoa que detém, a partir dos poderes e deveres conferidos pela ordem jurídica, toda a documentação relativa ao vínculo empregatício — são atribuídas uma série de obrigações perante os órgãos públicos que exigem que este repasse às entidades governamentais uma série de dados pessoais de seus empregados, constantes da base de dados do RH. Citam-se, como exemplo, a necessidade de o empregador transmitir dados ao Ministério da Economia — para fins de cumprimento da RAIS e para preenchimento de dados do E-Social (que passou a reunir, a partir de

(24) Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, tradução livre, feita por Fabricio Lima Silva in SILVA, Fabricio Lima. A autodeterminação Informativa e os Limites do Poder Fiscalizatório do empregador. In: MIZIARA, Raphael; MILLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coords.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo, RT/Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 337.

fevereiro de 2020 os dados que alimentavam o CAGED) — e ao INSS, para fins de análise de preenchimento dos requisitos para que o trabalhador seja caracterizado como beneficiário, bem como para análise de períodos de carência e de graça e acesso aos benefícios previdenciários. Nestes casos, por estar diante do cumprimento de determinações legais, o tratamento de tais dados prescindirá o consentimento do empregado (art. 7º, II e art. 10, II, da LGPD).

No que diz respeito ao exercício do poder fiscalizatório, que consiste em um conjunto de prerrogativas do empregador que propicia o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e que permite o controle de portarias, revistas, circuito de televisão e controle de horário e frequência, por exemplo, discussões acerca da privacidade nas relações de trabalho se acentuaram, notadamente no contexto da evolução tecnológica, da proteção conferida aos direitos fundamentais pela Constituição da República e, mais recentemente, pela LGPD. Não há dúvidas de que a Lei Geral de Proteção de Dados, a partir dos princípios que definem finalidades estritas para o tratamento dos dados coletados, traz novas balizas para o exercício do poder empregatício.

Como pontua Fabrício Lima, para que seja justificado o tratamento das informações pessoais coletadas na relação de emprego, necessária será a observância dos princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação, da responsabilização e da prestação de contas, além da estrita necessidade de que esteja prevista alguma das hipóteses autorizadoras previstas no art. 7º da LGPD.⁽²⁵⁾

(25) SILVA, Fabrício Lima. A autodeterminação Informativa e os Limites do Poder Fiscalizatório do empregador. In: MIZIARA, Raphael; MILLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coords.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo, RT Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 336

Nesse cenário, observa-se que para o desempenho do poder diretivo, o empregador necessariamente terá que coletar e tratar alguns dados dos seus empregados. Esse tratamento, no entanto, deve ser limitado ao mínimo necessário para a realização das suas finalidades diretivas e para que o princípio da necessidade seja estritamente observado⁽²⁶⁾. A despeito de os poderes do empregador decorrerem da própria ordem jurídica, é certo que os princípios norteadores da LGPD impõem à empresa, quando do exercício do poder fiscalizatório, principalmente, a exigência de adotar condutas que reforcem a necessidade de se observar, também nas relações de trabalho, os deveres anexos dos contratos (art. 422 CC/02), conferindo maior transparência em relação às medidas de controle adotadas e maiores informações aos empregados acerca das hipóteses nas quais os dados podem ser utilizados.

A despeito de se entender, como regra, pela não admissão do consentimento do empregado como hipótese autorizativa para o tratamento indiscriminado de dados, autorizando-se o tratamento apenas nos casos em que seja necessário para o cumprimento de deveres legais e para o exercício das prerrogativas conferidas ao empregador em seu poder diretivo, é possível aceitar, excepcionalmente, a colheita do consentimento do empregado nos casos em que o tratamento de dados possa beneficiá-lo (como, por exemplo, o acesso a dados de produtividade e qualidade técnica que venham a possibilitar uma promoção por merecimento ou até mesmo a colheita de dados necessários para que o empregado e seus dependentes sejam habilitados no plano de saúde fornecido pelo empregador).

É preciso registrar, contudo, que mesmo nos casos em que seja admitido o consentimento do empregado, quando tais questões forem discutidas em juízo, deve valer, como regra, a inversão do ônus da prova, porquanto sempre deverá caber ao controlador (empregador) a

(26) SILVA, Fabrício Lima. *Op. cit.*, p. 338

prova de que o consentimento se deu de forma livre, em atendimento à vontade e aos interesses do empregado (art. 8º, § 2º, da LGPD).

Tal entendimento ganha reforço com a previsão contida no art. 42, § 2º, da LGPD, que permite, no processo civil, a inversão do ônus da prova em situações de hipossuficiência no tocante à indenização para o titular de dados.

O que se defende aqui, deve ser repetido, é que a prova do consentimento para tratamento dos dados pessoais seja, de uma forma geral, de incumbência do controlador (empregador) e, apenas como exceção, caberia ao titular dos dados pessoais (empregado), pois se já presente no processo civil a adoção dessa diretriz é certo que a sua utilização ainda mais se impõe no processo do trabalho, exatamente pela presunção de que o alegado consentimento pode não ser consequência da livre manifestação de vontade.

Como o processo do trabalho é referenciado pelo Direito do Trabalho, sendo que em ambos ganha relevância o princípio da proteção e, no caso, a específica proteção dos dados pessoais, não se pode deixar de ressaltar, fundamento maior do princípio, a flagrante desigualdade de informações e de acesso a justificar um desequilíbrio jurídico e processual favoravelmente ao empregado.

Embora não tenha tratado de forma expressa do direito e processo do trabalho, é inequívoco que a LGPD tem aplicação na seara trabalhista em razão da proteção dos dados pessoais que diz respeito à pessoa humana, em especial quando em estado de submissão, como ocorre na relação de emprego e, até mesmo, de trabalho. Aliás, nessas circunstâncias, é que se agiganta a importância de leis como a LGPD, como forma efetiva de proteção dos valores inerentes ao ser humano.

6. Conclusão

A circulação dos dados pessoais tem indiscutível intensidade no mundo digital para atender às mais variadas situações, havendo

necessidade de se proceder ao seu controle e normatização para indispensável proteção da pessoa natural.

A ausência de regulamentação do tratamento dos dados pessoais, que consiste, de maneira sintética, na forma de sua utilização, permite o desnudamento das pessoas no tocante à sua existência, em relação ao passado e ao presente, com influência nas escolhas para o futuro.

Anteriormente à LGPD o nosso sistema, tanto em nível constitucional como infraconstitucional, já trazia a previsão de normas para garantir proteção aos direitos fundamentais relativos à defesa da intimidade, da vida privada e da honra das pessoas, inicialmente dirigidas aos órgãos públicos e, posteriormente, estendidas aos particulares.

Deve, também, ser destacada a influência que o regulamento europeu sobre o tema, GDPR, produziu na elaboração de nossa LGPD, como instrumento indispensável para proteção e garantia da pessoa humana, sendo que a identidade normativa e os valores consagrados em ambas as legislações representam um facilitador para transações e cooperações entre os países que os adotam.

A LGPD consagra normas fundamentais previstas na Constituição da República, estabelecendo um diálogo com a norma constitucional, demonstrando, também, com a repetição de valores previstos na Carta Magna, a importância que deve ser atribuída à proteção dos dados pessoais, porquanto tem por destinatário a pessoa natural.

Para atingir o seu objetivo de proteção de dados pessoais, a LGPD adota princípios que estão em consonância com os constitucionais e com os seus objetivos, como o princípio da finalidade, no sentido de que o tratamento deve ser restritivo com adequação à previsão inicial; do livre acesso dos dados ao titular, o que deve ter como fundamento a transparência e a clareza para a consulta do interessado; e da segurança também, que é uma exigência

imposta ao controlador com as respectivas penalidades.

O consentimento para utilização dos dados pessoais trata-se de importante fundamento para tratamento dos dados, extraíndo-se a sua necessidade expressa da norma, do conjunto de seus princípios e dos próprios objetivos da LGPD.

Nas relações de trabalho, em que existem inúmeros dados pessoais a serem protegidos, embora a referida lei não faça menção ao direito e processo do trabalho, o consentimento deve ser bem sopesado em razão do desequilíbrio inerente a este tipo de relação jurídica, sendo que o GDPR europeu, já mencionado, tem restrições e cuidados em relação à veracidade do consentimento a ser dado em tais circunstâncias.

No processo do trabalho, em casos envolvendo empregado e empregador, deve sempre ser admitida a inversão do ônus da prova em razão da natureza da relação existente como também porque autorizada legalmente a sua utilização no processo civil, ressaltando-se, como acréscimo de fundamento, a importância do bem a ser protegido e que está em jogo, relacionado com valores positivados na Constituição Federal.

Por fim, a LGPD inscreve-se como legislação bem característica dos tempos modernos, em que se procura proteger a pessoa humana da própria tecnologia desenvolvida por ela, assestando que valores inerentes ao ser humano estão acima da evolução tecnológica e que esta não pode estar acima dos valores humanos reconhecidos na Constituição da República.

7. Referências

ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. *Negociação Coletiva Trabalhista — Parâmetros constitucionais e desafios pós-lei 13.467/17*. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. A Teoria Geral de Proteção de Dados e seus Impactos nas Relações de Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 84, n. 11, nov. 2020.

CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus Reflexos nas Relações Jurídicas Trabalhistas. In: MIZIARA, Raphael; MILLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coords.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo, RT/Thomson Reuters Brasil, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. Tradução de Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Boitempo, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 40. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da Proteção dos Dados Pessoais — Noções Introdutórias para a Compreensão da Importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e sua Repercussão no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT/Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 23-52.

MAIA, Daniel Azevedo de Oliveira. As Hipóteses Autorizativas de Tratamento de Dados Pessoais nas Relações de Trabalho sob a Ótica da LGPD e do GDPR. In: MIZIARA, Raphael; MILLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coords.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo, RT Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 191.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os Princípios Norteadores da Proteção de Dados Pessoais no Brasil e sua Otimização pela Lei n. 13.709/2018. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT/Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 53-82.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de Dados Pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Fabrício Lima. A autodeterminação Informativa e os Limites do Poder Fiscalizatório do empregador. In: MIZIARA, Raphael; MILLICONE, Bianca; PESSOA, André (Coords.). *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo, RT Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e Proteção de Dados Pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de*

Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT/Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 281-318.

Sentença

Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

Processo n.: Ação Trabalhista – Rito Ordinário 0000388-86.2020.5.10.0004

PROCESSO ELETRÔNICO

Data da Autuação: 12.05.2020

Valor da Causa: R\$ 200.165,76

Partes:

Reclamante: Washington dos Anjos Rodrigues

Advogado: Luis Fernando Moreira Cantanhede

Reclamado: Rita de Cassia da Silva Samuel Eireli

Advogado: Ligia Morgana Lacerda Ferraz

Reclamado: *Ifood.com* Agência de Restaurantes Online S.A.

Advogado: Adriano Joao Boldori

Juíza do Trabalho Substituta: Katarina Roberta Mousinho de Matos Brandão

SENTENÇA DE CONHECIMENTO

RELATÓRIO

Trata-se de reclamação trabalhista proposta pelo **WASHINGTON DOS ANJOS RODRIGUES** em face de **RITA DE CASSIA DA SILVA SAMUEL — EIRELI E IFOOD.COM AGÊNCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.**, requerendo, em suma, o reconhecimento do vínculo empregatício com a primeira reclamada, pagamento de horas extras e reflexos, pagamento de adicional de periculosidade, pagamento do aluguel da motocicleta, pagamento de tíquete-alimentação, o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, indenização por danos morais, bem como a condenação subsidiária da 2ª reclamada. Junto procuração (ID. f127e16) e declaração de hipossuficiência (ID. 91bab17).

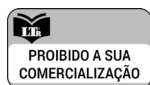
Foi atribuída à causa o valor de R\$ 200.165,76.

Devidamente notificadas as reclamadas apresentaram defesa escrita (ID. f3e7bf7 e a875940), sendo que a segunda reclamada, apesar de notificada em 29/06/2020, conforme ID. 450ab48, somente apresentou sua defesa em 24.08.2020.

Impugnação, pelo autor, quanto à defesa apresentada pela 2ª reclamada (ID. d987a01).

Requer o reclamante a decretação da revelia da 1ª reclamada e seja concedido prazo de 5 dias para apresentação de réplica em relação a defesa de RITA DE CÁSSIA DA SILVA – EIRELI, alegando que a contestação foi apresentada de forma intempestiva. (ID. f7ba84c).

Audiência de instrução realizada para depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas (ID. 88e6cf3).



Sem outras provas a serem produzidas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais orais remissivas. Conciliação final rejeitada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DAS PRELIMINARES

DA INÉPCIA DA INICIAL

Sustenta a segunda reclamada a inépcia da inicial, alegando que a peça de ingresso traz pedidos sem a devida liquidação, em violação do disposto no § 1º do art. 840 da CLT, bem como pedidos genéricos e com a indicação de valores conflitantes entre si, dificultando a defesa.

Tendo em vista que o objeto da demanda trata de reconhecimento de jornada de trabalho extraordinária, o que envolve a análise do conjunto fático-probatório dos autos para verificar se

havia, ou não, o labor extraordinário e a concessão de intervalos, bem como sobre outros pedidos indicados na peça de ingresso, não há que se falar em petição inicial inepta.

Ademais, a regra § 1º do art. 840 da CLT estabelece que o pedido da inicial seja certo, determinado e com indicação de seu valor. Da análise da inicial, verifico que as pretensões veiculadas foram claramente formuladas, com indicação dos fatos e do direito que as fundamentam. A indicação precisa dos valores referentes a essas pretensões, de fato, é suficiente para atender ao comando legal, sendo defeso ao magistrado, por força do art. 460 do CPC, *“proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”*.

Feitas essas considerações, **rejeito a preliminar.**

DA ILEGITIMIDADE DA 2ª RECLAMADA

Sustenta a segunda reclamada sua ilegitimidade para responder aos termos da demanda, uma vez que não contratou o reclamante, não se beneficiou de seus serviços, nunca lhe dirigiu comandos ou realizou qualquer pagamento em seu favor, desconhecendo por completo a pessoa do autor.

Segundo alega, não atua no ramo de entregas, tampouco no ramo de fabricação e comercialização de alimentos e bebidas, mas a primeira reclamada é empresa atuante no ramo de prestação serviços de entrega (também chamados serviços de delivery) e, que, dessa forma, não atuam no mesmo seguimento, tratando-se de empresas distintas, com diferentes objetos sociais, administrações divergentes, sócios e áreas de atuação igualmente distintos.

Defende não haver nenhum indício de que o reclamante prestou serviço em seu benefício, não havendo nenhuma prova de suposta relação, seja ela de que natureza for, entre o reclamante a segunda demandada. De acordo com suas alegações, não explora a atividade de entrega de alimentos, atuando somente como fornecedora da plataforma virtual, através da qual se dão as operações comerciais de publicidade de venda de refeições (alimentos em geral) realizadas pelos restaurantes/lanchonetes aos consumidores finais, funcionando como intermediadora para aproximar os interesses dos clientes, restaurantes e entregadores.

Sem razão.

A legitimidade passiva deve ser analisada *in abstracto*, apenas no plano da afirmação do direito, mesmo porque a legitimidade para causa não se confunde com o resultado da prestação jurisdicional, não significa a titularidade do direito material vindicado.

Na relação jurídica de direito processual, que não deve ser confundida com a relação jurídica de direito material, a simples indicação da reclamada, pela parte autora, como devedora do direito material, é suficiente para legitimá-la para responder à ação.

A questão arguida em sede de preliminar, na verdade, vincula-se ao mérito da causa, devendo ser com este, analisada e decidida.

Rejeito.

DA REVELIA DA PRIMEIRA RECLAMADA — DA INTEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO

Requer o reclamante a decretação de revelia da 1ª reclamada, uma vez que a defesa foi apresentada de forma intempestiva.

A primeira reclamada, na audiência de instrução, alega que o reclamante informou dois endereços e a notificação efetivamente recebida foi a que contou como prazo para contestação tempestiva.

Pois bem.

Em cumprimento às medidas adotadas para prevenção ao contágio do Coronavírus (Covid-19), o Juízo, atendendo a determinação do art. 1º do Ato n. 11/2020 da CGJT, e amparado na Recomendação GCREG n. 2/2020, deixou de designar a realização de audiência inicial, estabelecendo, para o caso, rito alternativo emergencial baseado no art. 335 do CPC. Por consequência, houve determinação para citação da parte reclamada para que, no prazo de 15 dias úteis, apresentassem defesa, sob pena de REVELIA, além de CONFISSÃO quanto à matéria de fato (art. 844 da CLT), reputando-se verdadeiros os fatos alegados na petição inicial. (ID. 5554090).

Ato contínuo, foi expedida notificação, cujo teor consta no documento de ID. 9309bf0, a saber:

“Fica CITADO para contestar a ação epigrafada, RITA DE CASSIA DA SILVA SAMUEL EIRELI no prazo de 15 dias úteis, com a prova documental que entender necessária, sob pena de revelia e confissão em relação à matéria de fato alegada na petição inicial (CPC, arts. 335 ss). Deverá ficar ciente dos procedimentos a serem observados

quando da apresentação da defesa e outras providências constantes do despacho de **n. 20061919552041500000022410007**, bem como do teor da PETIÇÃO INICIAL **n. 20051215070858700000021921089**” (grifei)

De acordo com a certidão de ID. 450ab48, a primeira reclamada foi citada por e-carta, sendo certificado que a notificação foi entregue com sucesso ao respectivo destinatário em 29.06.2020.

A primeira reclamada refuta o pedido obreiro, juntando os documentos de ID. 4fbe567 e 5e1ed82 para corroborar sua sustentação.

Sem razão a primeira reclamada.

Nos termos do art. 774 da CLT, os prazos são contados a partir da data em que for realizada pessoalmente, ou recebida a notificação.

Assim, recebida a citação pela reclamada em 29/06/2020, o prazo para apresentar defesa se inicia a partir do primeiro dia útil seguinte ao recebimento da e-carta.

Nessa conformidade, iniciada a contagem aos 29/06/2020, é de se reconhecer que o prazo para contestação findou-se no dia 20/07/2020, sem manifestação da primeira reclamada. Logo, ultrapassado o prazo de 15 dias concedido pelo Juízo, a contestação apresenta-se intempestiva.

Os documentos juntados pela primeira reclamada (ID. 4fbe567 e 5e1ed82) não são relativos à citação/notificação, mas, sim, para que a demandada tomasse ciência de ato judicial diverso do despacho de **n. 20061919552041500000022410007**, bem como do teor da PETIÇÃO INICIAL **n. 20051215070858700000021921089**. (ID. 9309bf0).

Assim, diante da contestação intempestiva apresentada pela primeira reclamada, forçoso se reconhecer a existência da revelia.

Pelo exposto, **decreto a revelia da primeira reclamada, aplicando-lhe os efeitos da**

confissão sobre a matéria fática, que deve ser balizada com as demais provas produzidas nos autos e respeitado o disposto no § 4º do art. 844 da CLT, com redação da Lei n. 13.467/2017.

No entanto, o parágrafo único do art. 346 do CPC prevê que o revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar. O art. 349 do mesmo diploma estabelece que, ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção. Por fim, o Enunciado n. 74, II, do TST fixa o entendimento de que “A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.”

Da análise conjunta desses normativos conclui-se que no âmbito dessa Justiça Especializada, dado o período de isolamento social causado pela pandemia da Covid-19, quando se adota o rito do CPC no que for compatível, mesmo que a contestação seja extemporânea, o Juízo deve considerá-la quanto às matérias de direito e de ordem pública, as quais o juiz pode conhecer até mesmo de ofício. Também deve ser recebida a prova documental trazida com a defesa tardia.

No caso, devem ser aceitas a contestação e os documentos apresentados pela reclamada, posto que a revelia não induz à exclusão da defesa apresentada de forma extemporânea, seja por ausência de regra legal que assim determine, seja pelo princípio da documentação dos atos processuais e, principalmente, porque se trata de meio a ser considerado, no que tange às matérias de direito e de ordem pública, para garantia constitucional do princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

DO MÉRITO

DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Narra o reclamante que foi contratado pela reclamada, 01.05.2018, para laborar na função de motoboy, consistindo na entrega de alimentos para as reclamadas. Percebia salário inicial variável entre R\$ 3.600,00 a R\$ 4.000,00 mensais, uma vez que era remunerado por entrega, com base no quilômetro rodado calculado pelo aplicativo do IFOOD. Segundo relata, trabalhava de segunda a segunda com 1 dia de folga por mês, no período compreendido entre 11h00 às 24h00, sem intervalo intrajornada. Alega que não recebia pelo aluguel da moto, conforme CCT da categoria, bem como não recebia adicional de periculosidade.

De acordo com o obreiro, o fim do liame ocorreu em 20.11.2019, não havendo qualquer anotação em sua CTPS, bem como o pagamento de qualquer verba rescisória, horas extras não compensadas e não pagas, depósitos de FGTS, bem como outras verbas devidas.

Ainda, de acordo com o autor, após a demissão o número de usuário no aplicativo *IFood* ficou bloqueado, o que impediu o reclamante de prestar serviços a outras empresas por tal aplicativo.

Alega que, durante o período em que laborou junto à reclamada, não teve sua CTPS assinada devidamente, motivo pelo qual se faz necessário o reconhecimento do vínculo empregatício, uma vez presentes os requisitos ensejadores da relação de emprego.

Dessa forma, postula o reconhecimento do vínculo empregatício com a primeira empresa reclamada, condenando-a a anotar na CTPS do reclamante a data de admissão (1º.05.2018) e demissão (20.11.2019), bem como a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada ao adimplemento das verbas postuladas.

Em sua defesa, a segunda reclamada ressalta que o pedido de reconhecimento de vínculo foi expressamente formulado estritamente em

face da primeira reclamada e que os pedidos se limitam à natureza de sua alegada responsabilidade subsidiária pelas verbas pleiteadas. Alega que não conhece, não contratou, não remunerou, tampouco deu ordens ao reclamante, não sendo beneficiária de seus serviços, o que torna impossível se estabelecer uma relação entre tais partes (reclamante e segunda reclamada), seja ela de que natureza for. Sustenta que o serviço de moto-frete em nada se relaciona com a atividade fim da empresa, uma vez que a ela cabe apenas direcionar as demandas por entrega às empresas parceiras mediante a alocação dos pedidos solicitados aos restaurantes/lanchonetes/clientes através dos aplicativos (plataformas virtuais) Ifood.com.

Para a segunda reclamada, o reclamante não laborou exclusivamente em seu favor, eis que o mero uso da plataforma virtual por ela fornecida não implica na relação de prestação de serviços entre a empresa e o reclamante.

Ademais, refuta o pedido de condenação subsidiária, ressaltando que o fato de motoboys utilizarem o aplicativo, através de senha fornecida por empresas como a primeira reclamada, não forma a relação pleiteada.

Quanto à alegação de que teria cancelado cadastro de usuário do reclamante, alega que o cadastro era estritamente controlado pela primeira reclamada, inexistindo ingerência da segunda reclamada no tocante ao alegado.

Apesar da declaração de revelia da primeira reclamada e, conseqüentemente, havendo confissão ficta da matéria de fato, esse juízo entende que *devem ser aceitas a contestação e os documentos apresentados pela reclamada, posto que a revelia não induz à exclusão da defesa apresentada de forma extemporânea, seja por ausência de regra legal que assim determine, seja pelo princípio da documentação dos atos processuais e, principalmente, porque se trata de meio a ser considerado, no que tange às matérias de direito e de ordem pública, para garantia constitucional do princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.*

A representante da primeira reclamada disse: (26:33) *a primeira reclamada é operadora logística e entrega com entrega de alimentos do Ifood, cuja entrega é feita pelos motoboys, os quais fazem seu cadastro no aplicativo e fazem a entrega; que o pagamento das entregas feitas pelos motoboys é feita para a 1ª reclamada; que o valor pago é por km rodado; que o contato da 1ª reclamada com os motoboys é feita através de whatsapp ou telegram; que a 1ª reclamada faz uma escala conforme a disponibilidade dos motoboys; que se não tiver nenhum motoboy disponível o Ifood rompe o contrato com a 1ª reclamada; que sabe que os motoboys estão trabalhando através do GPS, sabendo se eles estão parados ou andando; que não era descontado do reclamante o valor de combustível; que o Ifood manda para a 1ª reclamada uma planilha Excel com o valor total a ser recebido pelo reclamante; que o GPS era do Ifood; que o reclamante avisava para a reclamada quando não ia trabalhar; que a 1ª reclamada escalava os trabalhadores para prestar serviços para o Ifood; que o reclamante trabalhava em moto própria, sendo necessária a moto para trabalhar com o aplicativo; que fica mais fácil se tiver um compromisso de uma qualidade então o operador lógico ele faz os serviços de estar olhando o service o alimento vai chegar; que é feito um controle de qualidade pelo reclame aqui e a partir disso a 1ª reclamada orienta o trabalhador; a primeira reclamada não soube especificar a quantidade de entregas feitas pelo reclamante, mas admite que ele recebia cerca de R\$-700,00 a R\$-800,00 por quinzena; que a supervisão era feita pela depoente; que era possível o motoboy recusar entrega.*

O preposto da 2ª reclamada disse (01:06:04): *que é empregado do Ifood; que o Ifood é uma plataforma que tem entregadores e faz intermediação de negócios com empresas, as quais trazem entregadores para trabalhar para a plataforma; a 1ª reclamada coloca em sintonia, os restaurantes, entregador e clientes, o tripé, a fim de garantir um mínimo de entregadores*

na praça, já que quando chove, por exemplo, diminui o número de entregadores disponíveis; que o número de entregadores é de acordo com a demanda; que a 1ª reclamada consegue monitorar a quantidade mínima de entregadores disponíveis na praça e quantos mais entregadores estiverem trabalhando o resultado para a 1ª reclamada é melhor; que em média operador logístico tem 50 a 60 entregadores; que na praça de Brasília tem os turnos do almoço, do jantar e aí tem um turno extra que o turno que vai no turno da madrugada que nesse momento de pandemia e a gente não está tendo esse turno; que o controle de quais são os motoboys que estão prestando serviço é tudo feito através de algoritmos, só sabe o número quantos daquela empresa e sabe a gente sabe quantos empregadores têm através da geolocalização; que o valor das entregas é repassado para o operador logístico o qual repassa para o entregador; que o operador logístico recebe um valor conforme a quantidade de entregas; que a 1ª reclamada tem que disponibilizar motoboy inclusive nos feriados; que o ifood disponibiliza um sistema de gestão para a 1ª reclamada, a qual consegue visualizar todos os motoboys, conseguindo ver se ele está parado ou se movimentando, inclusive horários de entrega e relatórios de performance do entregador; que as reclamações quanto aos motoboys são repassadas da 2ª reclamada para a 1ª reclamada a fim de tomar as providências que entender necessárias; que a área a ser trabalhada pela 1ª reclamada é conforme a demanda, pois existem praças com mais demanda (mais quente), devendo deslocar motoboys para essas áreas “mais quentes”; que o sistema do ifood trabalha com algoritmos em tempo real, o qual mostra o “mapa de calor” das áreas com mais demanda para que os motoboys se desloquem para essa região, caso haja pouca disponibilidade de motoboys o Ifood faz promoções, incentivo, para atrair entregadores para aquela região; que o entregador faz o cadastro no aplicativo, cria senha, coloca dados pessoais, e quando ele se candidata a trabalhar para o operador logístico ele é vinculado aquele operador logístico;

que se o entregador tiver algum problema para prosseguir a entrega, ele pode informar no chat do aplicativo e a operadora logística verifica como resolver; (...) que existem duas formas de cadastro no Ifood, uma é livre e é chamado “nuvem” e outra pelo operador logístico e para o Ifood não há diferença de trabalho entre essas duas formas; que o Ifood oferece vagas (slots) para a operadora logística, conforme o “mapa de calor”; que se o entregador estiver inscrito para trabalhar em uma determinada região, por exemplo asa norte, ele tem que se deslocar para essa região (01:25:40).

Em relação à prova testemunhal, as duas testemunhas arroladas pelo reclamante foram consideradas suspeitas, não sendo considerados tais depoimentos como prova válida.

A primeira testemunha da reclamada Fernando narra: que trabalha na 1ª reclamada como motoboy desde 2019, antes disso a partir de 2017 trabalhou no administrativo na parte do pagamento dos motoboys; que como motoboy não trabalha todo dia, informando para a 1ª reclamada sua disponibilidade; que o depoente fez o cadastro no Ifood, devendo avisar com antecedência para a 1ª reclamada quando estiver disponível; que se não estiver escalado não pode trabalhar no Ifood, mas pode trabalhar para outros aplicativos; que recebe em média R\$ 2.500,00 por mês, trabalhando três vezes por semana; que pode trabalhar em qualquer lugar de Brasília, mas geralmente fica no plano piloto; que não tem como saber onde tem mais demanda, que apenas atende os chamados do aplicativo; que a 1ª reclamada não orienta para ir a algum lugar porque tem mais demanda; que a escala é de 3 ou 4 horas; (02:22:00).

A segunda testemunha da reclamada Vinícius versou: (02:25:27) que trabalha para a 1ª reclamada desde 2016; que o depoente fez seu próprio cadastro no Ifood, vinculado à 2ª reclamada; que a 1ª reclamada trabalha com 3 turnos, o de almoço das 10h30min às 14h; o lanche de 14h às 18h; o turno da janta de 18h às 23h; que roda por onde quer e prefere a asa norte, sendo

que a 1ª reclamada não orienta qual o ponto de maior demanda; que não aparece onde está maior demanda, como por exemplo promoções (02:38:00).

A terceira testemunha da reclamada Ronildo: (02:40:15) *que trabalha para a 1ª reclamada desde 2018; que trabalha quarta, quinta, sexta, sábado e domingo; que a empresa não direcionada para onde tinham que trabalhar; que o entregador escolhe onde vai trabalhar; que a única orienta repassada pela 1ª reclamada é entrar no horário e ser responsável; que o Sr. Fernando é operador, um ajudante na empresa, é para quem o depoente avisava se ocorresse algum problema, um suporte dos motoboys; que não sabe se o pagamento considera o quilômetro rodado; que o senhor Fernando é responsável pelo operacional e eram que lhe passava a escala;* (02: 58:30).

Considero que as três testemunhas faltaram com a verdade. O Sr. Ronildo declara que a primeira testemunha, Sr. Fernando é operador responsável pela supervisão e escalas, mas este em seu depoimento testemunhal diz que é motoboy da 1ª reclamada. As três testemunhas da reclamada negam que recebam orientação quanto ao local de maior demanda, ou seja, que recebiam orientação da 1ª reclamada para atuar nas regiões conforme “mapa de calor”, informação trazida pelas reclamadas em depoimento, demonstrando que não tinham isenção de ânimo para depor, motivo pelo qual declaro a suspeição das mesmas, cujos depoimentos são inservíveis como meio de prova.

Instada a apresentar o contrato com a 1ª reclamada, a 2ª reclamada apresentou um contrato padrão que seria o mesmo celebrado com a 1ª reclamada (id b14959b), cujo conteúdo é admitido pela parte autora como é válido, inclusive ressalta em sua manifestação (id ebb61f0) a Cláusula 1.2, itens I a IV que deixa clara a obrigação da 1ª reclamada disponibilizar entregadores portando motocicleta e anotar a CTPS dos mesmos como empregados. As Cláusulas 3.1 e 3.2 evidenciam a obrigação

da 1ª reclamada em garantir um número mínimo de entregadores disponíveis sob pena de multa, corrigindo situações adversas, devendo assinar a CTPS de todos os seus entregadores.

A presente questão posta em Juízo é típico caso de “trabalhador de plataforma”, cujo termo é usado para se referir àqueles que trabalham por meio de empresas de plataforma. Isso também foi chamado de “crowdwork” e “gig work”. A 2ª reclamada é uma empresa de plataforma digital que gerencia transações relativas à prestação de serviços de entregas, ocultando, por meio dos comandos estabelecidos unilateralmente nos algoritmos do aplicativo, a sua ingerência, poder e controle sobre os trabalhadores que subordina.

As reclamadas não poderiam cumprir seu objetivo social sem os entregadores, os quais fornecem um serviço essencial para ambas.

Importante destacar que nos EUA, especialmente no estado da Califórnia, que seria a quinta economia do mundo se o estado fosse um país, foi promulgada a Lei Califórnia Bill AB-5 atribuindo status de empregado e dando acesso aos direitos trabalhistas previstas no código de trabalho daquele estado, aos trabalhadores de aplicativo, incluindo os de entrega como no caso do Ifood, conforme trecho colacionado (tradução livre):

SEÇÃO 1. O Legislativo encontra e declara todos os seguintes:

(a) Em 30 de abril de 2018, a Suprema Corte da Califórnia emitiu uma decisão unânime em Dynamex Operations West, Inc. v. Tribunal Superior de Los Angeles (2018) 4 Cal.5th 903 (Dynamex).

(b) Em sua decisão, o Tribunal citou o dano aos trabalhadores classificados incorretamente que perdem proteções significativas no local de trabalho, a injustiça para os empregadores que devem competir com empresas que classificam incorretamente e a perda para o estado da receita necessária de empresas que usam classificação incorreta

para evitar obrigações como pagamento de impostos sobre a folha de pagamento, pagamento de prêmios de acidentes de trabalho, Previdência Social, seguro desemprego e invalidez.

(c) A classificação incorreta dos trabalhadores como contratados independentes tem sido um fator significativo na erosão da classe média e no aumento da desigualdade de renda.

(d) É intenção do Legislativo ao promulgar este ato incluir disposições que codifiquem a decisão da Suprema Corte da Califórnia na *Dynamex* e que esclareçam a aplicação da decisão na lei estadual.

(e) É também intenção do Legislativo ao promulgar este ato garantir que os trabalhadores que são atualmente explorados por serem erroneamente classificados como contratantes independentes, em vez de reconhecidos como empregados, tenham os direitos e proteções básicos que merecem nos termos da lei, incluindo um salário mínimo, indenização dos trabalhadores em caso de lesão no trabalho, seguro-desemprego, licença por doença paga e licença familiar paga. Ao codificar o marco da decisão unânime da *Dynamex* da Suprema Corte da Califórnia, esse ato restaura essas proteções importantes para potencialmente vários milhões de trabalhadores que tiveram negados esses direitos básicos no local de trabalho aos quais todos os funcionários têm direito de acordo com a lei.

(f) A decisão da *Dynamex* interpretou uma das três definições alternativas de “empregar”, a definição de “sofrer ou permitir”, das ordens salariais da Comissão de Bem-Estar Industrial (IWC). Nada neste ato se destina a afetar a aplicação de definições alternativas das ordens salariais da IWC do termo “empregar”, que não foram abordadas pela *holding* da *Dynamex*.

(g) Nada neste ato se destina a diminuir a flexibilidade dos funcionários para trabalhar em tempo parcial ou horários intermitentes

ou para trabalhar para vários empregadores. (<https://legiscan.com/CA/text/AB5/id/2054107>)

Nesse tipo de trabalho ressaltam quatro características: (1) funcionamento variável de horas e períodos de trabalho; (2) nenhum fornecimento de equipamento necessário para realizar o trabalho; (3) nenhum local de trabalho disponibilizado pela empresa e (4) mediação de tarefas por meio de meios digitais tecnologia (ou seja, aplicativos ou *software*).

Trata-se de uma nova forma de trabalho, conectando trabalhadores a plataformas, estando sujeitos a uma autoridade externa que gerencia a demanda do cliente, determina as tarefas a serem realizadas, estabelece o valor de troca do serviço e a força de trabalho necessária, controla a execução da obra e seu desempenho e determina recompensas ou punições.

Assim, a gestão por algoritmo contribui para uma maior organização do grupo de entregadores, através de sua enorme capacidade de reter e analisar dados, permitindo que tenham seu trabalho coordenado. Isso racionaliza o serviço de forma mais eficaz e, como resultado, produz um aumento de produtividade.

Atrás de uma aparente liberdade dada aos entregadores para decidir onde, quando e por quanto tempo eles prestarão serviço, existe de fato um mecanismo de controle, sem contato direto entre os empresários e os trabalhadores e, ao mesmo tempo, persuasiva e eficiente.

No presente causa, é possível conceber o reclamante no exercício de uma espécie de trabalho assalariado, remunerado através de “salário por tarefa”, onde o valor recebido varia de acordo com o que é produzido, o que foi admitido pelas reclamadas já que o entregador é remunerado por cada entrega, considerando a quilometragem e eventuais promoções de acordo com o mapa de calor.

Essa é uma primeira forma de controle, pois quando um salário por tarefa é adotado,

o alongamento da jornada de trabalho também é do interesse pessoal do trabalhador, já que com ele seu salário diário ou semanal aumenta. Uma vez que uma das principais características do trabalho por aplicativo é a flexibilidade no tempo e local onde é realizada, esta forma de remuneração garante assim a intensificação do processo de trabalho, fazendo com que seja do interesse dos trabalhadores que o seu dia de trabalho deve ser o mais longo possível a fim de aumentar a remuneração.

Trabalhar como entregador de aplicativo aumenta os custos de manutenção da moto, exigindo do trabalhador para passar mais horas dirigindo para cobrir essas despesas. Dirigir por mais horas causa que o trabalhador invista ainda mais na moto, aumentando assim a necessidade de ganho financeiro. Trabalhando mais, ganha mais, gasta mais, ou seja, um ciclo vicioso que acarreta no trabalho por longas horas em busca de um salário digno para garantir sua sobrevivência.

A segunda forma de controle é o controle ideológico sobre o trabalho, tratando o trabalhador como nuvem ou como parceiro, criando uma imagem de aparente relação horizontal entre todos os participantes do trabalho, como a OL (operadora logística) e o trabalhador, pregando um suposto empreendedorismo sem nenhuma autogestão.

A terceira forma de controle é a gestão por algoritmo, como admitido pelo preposto da 2ª reclamada, onde a governança e controle são impulsionados por software, oferecendo promoções que acabam por organizar o como trabalhar, a fim de garantir que o serviço seja prestado de acordo com os interesses da empresa.

A força produtiva central desse sistema é o entregador, sendo o aplicativo equivalente ao que representa a máquina-ferramenta no capitalismo do século XVIII e século XIX, o aplicativo se apresenta como um componente central da indústria digital de serviços baseada em plataforma, ou seja, o meio central de

produção pelo qual a gestão garante como o trabalho deve ser executado.

Além do mais, através do aplicativo a empresa transfere os riscos da atividade econômica ao trabalhador, como previsto em contrato a intermediação da 1ª reclamada garante a disponibilidade de motoboys através da elaboração de escalas e oferecimento de promoções.

Por conseguinte, os entregadores são obrigados a manter o preço estipulado pelo aplicativo, não formam clientela fixa e aceitam entregas em trajetos já estipulados pelo aplicativo, elementos que afastam o caráter de autônomo.

Logo, o modelo de negócios da 2ª reclamada se funda no uso do algoritmo e da tecnologia para realizar funções outrora desempenhadas pelos superiores hierárquicos. O controle do fluxo de trabalho, de satisfação do cliente e quantidade de entregas feito pelo algoritmo possibilita a realização do controle e punição dos entregadores, elementos que ensejam uma nova forma de subordinação.

As entregas realizadas pelo reclamante são rastreadas pelas reclamadas através do aplicativo, podendo, inclusive, saber se ele está parado ou em movimento e seus respectivos horários. Por meio desse rastreamento, é precificado o serviço de acordo com a distância e o tempo demandados. O valor da quilometragem e do tempo é fixado pela própria empresa, variando de acordo com critérios unilateralmente estabelecidos em seu algoritmo de execução. Ademais, os preços podem ser flexibilizados segundo critérios de oferta e demanda calculados pela empresa.

Apesar das reclamadas negarem a existência de uma relação de emprego, sabe-se que na dinâmica principiológica do Direito do Trabalho a aparência não se impõe à essência.

O aplicativo do *Ifood* não é uma simples ferramenta para uso corporativo, de otimização de procedimentos internos de outras empresas. O *Ifood* utiliza-se diretamente do

trabalho dos entregadores para a realização de sua atividade-fim.

A **personalidade** é patente, o Ifood possui um sistema de cadastro pessoal que seleciona aqueles que trabalharão como entregadores, somente o reclamante prestava o serviço utilizando o seu cadastro.

A **onerosidade** é elemento motivador para a existência do labor do entregador, já que o trabalhador faz a entrega com a intenção de receber pelo serviço, em uma típica relação de venda da sua força de trabalho. O entregador recebe de acordo com o trabalho efetuado, com base nas distâncias percorridas e na quantidade de entregas, cujo valor era pago pela 2ª reclamada através de depósito para a 1ª reclamada e esta última repassava o valor para o reclamante. Percebe-se, portanto, que o entregador é remunerado pelo Ifood e não pelo cliente. É indiferente para o cliente qual entregador que fará a entrega, uma vez que seu contato é feito unicamente com o Ifood por meio do aplicativo.

A **habitualidade** é verificada pois as reclamadas têm pleno controle do período laboral daqueles que trabalham em sua estrutura. A habitualidade não se caracteriza pela existência de horários fixos e/ou predeterminados de trabalho. Sequer há necessidade, para sua configuração, do labor diário para o empregador. Essa permanência se extrai do labor com ânimo de continuidade do entregador, labor este por período indeterminado e em atividades normais da empresa, como na presente lide.

A **subordinação jurídica** está caracterizada pelo fato do reclamante se integrar à empresa como elemento essencial e inerente à busca de seus objetivos econômicos. O reclamante é o sujeito de direito que depende da alienação de sua força de trabalho para assegurar seu sustento, laborando para as reclamadas de forma que essa venda de seu labor é elemento ligado

à serviços que geram o lucro do comprador/empregador/tomador dos serviços.

É necessário frisar o óbvio: o Ifood é uma empresa de entrega de alimentos delivery, não é apenas o aplicativo que disponibiliza para os usuários. O aplicativo é justamente a sua interface de intermediação da mão de obra, o instrumento utilizado para externar seu controle sobre a prestação de serviços que, embora ocorra de forma descentralizada, é tão vigorosa quanto a presencial.

Dentre as características mais evidentes da **subordinação**, podem-se citar as instruções repassadas pela empresa indicando o modo de prestação dos serviços, dentre as quais: o entregador deve possuir veículo próprio (moto ou bicicleta), comprar o isopor para o transporte (não pode armazenar o alimento como bem entender).

Esses elementos representam o evidente direcionamento empresarial no desempenho laboral, demonstrando o caráter de sujeição do entregador. A forma de remuneração pelo trabalho executado, por exemplo, é um elemento que claramente representa a relação de subordinação do entregador.

O trabalhador não tem qualquer autonomia para fixar o valor de seu trabalho. A remuneração do tempo trabalhado é unilateralmente definida pelo Ifood. O entregador sequer intermedia a transação econômica, eis que o pagamento pela entrega (ou seja, a contraprestação pecuniária decorrente do desenvolvimento de sua força de trabalho) é efetuado pelo consumidor diretamente à empresa, a qual repassa para OL.

Neste modelo de empresa de trabalho sob demanda, os consumidores possuem papel ativo no processo produtivo. Muito embora a finalidade seja a mesma — consumo de um serviço —, o consumidor é utilizado pela empresa como elemento de integração, com papel ativo na avaliação e na determinação de

funcionamento do modelo gerencial. Os parâmetros de avaliação e sua própria existência são definidos unilateralmente pela empresa, como forma de manejar o trabalho desenvolvido pelos entregadores. Isso é apenas mais um elemento que configura a **subordinação** dos trabalhadores, pois representa um controle gerencial e estrutural sobre a mão de obra prestadora de serviços.

Irrelevante o fato de um trabalhador não prestar serviços com exclusividade. Assim como esse critério é irrelevante para afastar a habitualidade, como visto acima, também o é para afastar a subordinação.

A subordinação presente não é aquela onde se dá apenas ordens diretas, é uma subordinação cibernética, onde os comandos são dados por um *software*.

Dito isso, reconheço a existência do vínculo empregatício entre o reclamante e a 1ª reclamada, como requerido na petição inicial.

Quanto ao tempo de labor e salário, as reclamadas não comprovaram inferior ao pretendido pelo autor, embora tivessem aptidão para tanto através do cadastro do reclamante no aplicativo e controle dos valores e entregas relacionados ao mesmo.

Sendo assim, declaro a existência do vínculo empregatício entre o reclamante e a 1ª reclamada, no período de 1º.05.2018 à 20.11.2019, com salário médio mensal de R\$ 3.800,00, na função de *motoboy*, devendo a reclamada proceder às anotações devidas na CTPS do autor, sob pena de multa, nos termos do art. 461 do CPC.

Há incontrovérsia quanto a rescisão contratual havida, razão pela qual considero a rescisão contratual sem justa causa, condenando a 1ª reclamada ao pagamento de saldo de salário, FGTS de todo pacto laboral + 40%, 13º salário proporcional e integral de todo pacto laboral; férias em dobro, simples e proporcionais + 1/3 de todo pacto laboral; multa do art. 477, § 8º, da CLT; multa do art. 467 da CLT sobre as parcelas rescisórias.

CCT SINDIMOTO – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTRUMENTO COLETIVO – ENQUADRAMENTO SINDICAL – DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Aduz o autor que jamais recebeu adicional de periculosidade, pois recebia apenas o salário mensal e taxas de entrega, não percebendo qualquer outro valor.

Alega que a atividade desempenhada encaixa-se no conceito de categoria profissional diferenciada, sendo esta entendida como: a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, na forma do art. 511, § 2º da CLT, e que, na existência de estatuto próprio (Lei n. 12.009/2009), regulamentando a profissão desempenhada (Motoboy), e ainda adicional próprio, pelo exercício de atividade considerada perigosa nos termos do art. 193, § 4º da CLT, introduzido pela Lei n. 12.997/2014, tem direito à percepção do adicional de periculosidade.

A 1ª reclamada afirma que a atividade desenvolvida não era considerada periculosa. Mesmo que tivesse exposto, a responsabilidade não seria da contestante/reclamada, ante a ausência do vínculo, esta última questão já superada.

Em contestação, a segunda reclamada entende indevida qualquer quantia a título de adicional de periculosidade. Isto porque a NR-16, anexo V, instituído pela Portaria MTE n. 1.565 de 13.10.2014, que regulamentava o referido adicional em razão de labor em motocicletas, foi anulada nos autos do no Processo n. 78075-82.2014.4.01.3400, em trâmite na 20ª Vara Federal do Distrito Federal. Segundo informa, foi proferida sentença julgando procedente o pedido para anular a Portaria n. 1.565/14, determinando à União o reinício do procedimento de regulamentação da periculosidade nas atividades que utilizam motocicletas.

Na mesma esteira, impugna o pleito de enquadramento da profissão do autor CCT (motoboy de empresa terceirizada), por entender descaracterizada a terceirização dos serviços.

No CNPJ da 1ª reclamada (<https://servicos.receita.fazenda.gov.br/servicos/cnpjreva/Cnpjreva_Comprovante.asp>) é possível constatar como atividade principal “serviços de entrega rápida 53.20-2-02”, a qual é representada pela SESCON/DF (<<http://www.sescondf.org.br/categorias-representadas/>>). Logo, uma vez reconhecido o vínculo de emprego é aplicável a norma coletiva de id 1a3ecab.

Em que pede a Portaria n. 1.565/14 tenha sido anulada pela Justiça Federal no processo referido pela reclamada, não tem decisão transitada em julgado. Sendo assim, o reclamante tem direito a receber o adicional de periculosidade de 30%, pois utilizava motocicleta para exercer as suas atividades diárias, consoante § 4º do art. 193 da CLT.

Logo, condena a reclamada ao pagamento do adicional de periculosidade de 30%, nos termos do art. § 4º do art. 193 da CLT, com reflexo em férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40%.

DAS HORAS EXTRAS – DA JORNADA DIÁRIA – DO INTERVALO INTRAJORNADA – DO PAGAMENTO EM DOBRO DOS FERIADOS – DO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO

De acordo com a peça de ingresso, o reclamante prestou com habitualidade horas extras, uma vez que extrapolava o limite diário de 6 horas diárias e 36 horas semanal de trabalho, no decorrer de todo o pacto laboral e que, dessa forma, durante todo pacto e de forma diária e semanal, a reclamante trabalhou em regime de sobrejornada, sendo que extrapolava o limite máximo fixado pela legislação vigente, devendo ser remunerado pela jornada extraordinária média diurna/noturna de 49h03min extras por semana.

Ainda, de acordo com o obreiro, laborou em todos os feriados durante o pacto laboral,

não recebendo de forma dobrada os feriados trabalhados (carnaval, Paixão de Cristo, Tiradentes, Dia Mundial do Trabalho, Corpus Christi, Independência do Brasil, Nossa Senhora de Aparecida, Finados e Proclamação da República), devendo ser remunerado pela contraprestação.

Requer, dessa forma, a descaracterização dos acordos de compensação de jornada e o pagamento das horas extras (média de 49h03min semanais), referentes a todo o pacto laboral.

A defesa sustenta que, não havendo relação de emprego entre as partes, não há que se falar na condenação ao pagamento de horas extras e reflexos, bem como nas verbas contratuais e rescisórias. Segundo alega, o reclamante fazia sua jornada, mandava mensagens para perguntar se teria como prestar os serviços de *free lancer* no dia, escolhia o turno que desejava prestar o serviço, e sequer trabalhava uma semana completa, muito menos em feriados, domingos ou em sobrejornada.

Segundo a primeira reclamada, o reclamante jamais sofreu qualquer tipo de controle de horário, sequer esporadicamente, sendo certo que desenvolvia suas atividades fora das dependências da primeira reclamada, inexistindo qualquer possibilidade de fiscalização e/ou controle da sua jornada de trabalho.

Ainda, de acordo com sua defesa, a primeira reclamada afirma que em conversa com o reclamante, ao observar que o autor estava pedindo para ser incluso diariamente em seus turnos de prestação de serviços diários, a própria primeira reclamada se negou, informando que o reclamante deveria ficar de folga, pois ele estava pedindo todos os dias para realizar os serviços.

Já a segunda reclamada, defende não haver nos autos qualquer elemento capaz de comprovar a jornada indicada na exordial, tampouco que havia supressão do intervalo intrajornada e interjornada, e que o reclamante exercia jornada integralmente externa, com impossibilidade de fiscalização do cumprimento do

intervalo intrajornada. Impugna o pedido por pagamento em dobro dos domingos e feriados laborados, por não haver comprovação nos autos do labor nos referidos períodos, o que não pode ser presumido.

Como analisado anteriormente, uma vez reconhecido o vínculo de emprego, era das reclamadas o ônus de apresentar o controle de jornada, que era feito através do aplicativo, o qual era feito através do rastreamento pelo GPS, do que não se desincumbiram, razão pela qual considero verídica a alegação do reclamante, consoante Súmula n. 338 do TST.

Sendo assim, considero verídica a jornada de trabalho elencada na inicial, condenando a reclamada ao pagamento de 49h03min semanais e intervalos intrajornada suprimidos, com adicional de 50%, divisor 220h, feriados e domingos trabalhados de todo pacto laboral, base de cálculo nos termos da Súmula 264 do TST, e reflexos em repouso semanal remunerado, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40%.

DO ADICIONAL NOTURNO

Alega o reclamante que, trabalhava em média 6 dias na semana (terça a domingo), possuindo 1 folga semanal na segunda, realizando em média 2h29 de trabalho noturno por dia (das 22:00 às 24:00 ou mais).

Uma vez reconhecida a jornada elencada na petição inicial, condeno a 1ª reclamada, com base no art. 73, § 5º da CLT e Súmula n. 60, I, do TST o pagamento de 55h36 do adicional sobre as horas noturnas mensais e seus reflexos em férias + 1/3, 13º salário, FGTS+40%, durante todo pacto laboral.

DIFERENÇAS RELATIVAS AO ALUGUEL DA MOTOCICLETA – CLÁUSULA 6ª CCT

O reclamante postula o pagamento de aluguel da bicicleta conforme previsto em norma coletiva.

A primeira Reclamada coleciona aos autos várias conversas de texto e áudio que

contradizem as alegações do reclamante, que mesmo sem ter obrigação de lhe assistir com o combustível, várias vezes o reclamante pede para que a primeira reclamada forneça-lhe combustível para ajudá-lo a realizar os serviços de *free-lancer*. Sabedora da necessidade do reclamante, presta-lhe auxílio ajuda para que ele possa rodar/trabalhar.

Ainda sobre as provas colecionadas pela primeira reclamada, observa-se um áudio, em específico, a seguinte conversa: “*Washington, eu não tenho obrigação nenhuma de te dar combustível e você sabe disso, você que têm que se organizar financeiramente para abastecer a sua moto, se eu não te der você vai ficar sem trabalhar? Como você vai fazer?*” Noutros áudios, extrai-se: “*Rita acabou minha gasolina, têm como mandar trazer para mim?*”; *Rita estou sem gasolina para rodar me tira do turno*”; e “*Washington você têm que se organizar você não pode rodar contando com a minha gasolina, pois não é minha obrigação e se eu parar de ajudar porque eu também tenho meus compromissos, você vai ficar sem?*”

A segunda reclamada, por sua vez impugna todos os pedidos por diferenças salariais, aluguel da motocicleta, auxílio combustível, ticket alimentação, uma vez que fundamentados em CCT inaplicável ao feito. Isso porque o obreiro, sendo motociclistas /motoboy/entregador pertence a categoria diferenciada, pelo o que a CCT reivindicada, concernente a sua categoria, não pode ser utilizada para condenar as reclamadas por não haver vinculação com o sindicato patronal (Sindicato Patronal das Empresas Prestadores de Serviço), por força da Súmula n. 374 do TST.

Resta incontroverso a utilização de moto própria do reclamante para execução do labor, sendo que a 1ª reclamada não realizou o pagamento do aluguel da motocicleta do autor de forma correta, conforme prevê a Cláusula 6ª da CCT. Além disso, em razão do trabalho em sobrejornada, ultrapassando as 8 horas diárias e 44 horas semanais de trabalho, condeno a

1ª reclamada ao pagamento de aluguel suplementar, termos da Cláusula 6ª, § 5º da CCT, do início do contrato até o fim do pacto laboral, nos valores, respectivamente de R\$ 431,49 e de R\$ 368,72.

TÍQUETE ALIMENTAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO

Segundo o autor, a empresa reclamada não fornecia local apropriado para alimentação do empregado ou alimentação, e, por tal razão, faz jus ao recebimento de vale alimentação diário, no valor de R\$ 18,22, de acordo com a Cláusula 7ª, § 1º, da CCT.

A 1ª reclamada se defende dizendo ser totalmente improcedente tal pleito, eis que de acordo com a Cláusula 10ª da aludida CCT, a abrangência do aludido benefício se restringe a tão somente ao funcionário com vínculo empregatício.

Em sua defesa, a segunda reclamada esclarece que atua no ramo de intermediação de negócios, agenciamento de restaurantes e desenvolvimento de softwares, ou seja, seu objeto social e atividade fim são completamente alheios àquelas abarcadas pela entidade sindical patronal que firmou a mencionada CCT.

Uma vez já superada a questão do reconhecimento do vínculo empregatício e aplicabilidade da norma coletiva, julgo procedente o pedido para condenar a 1ª reclamada a pagar o tíquete alimentação previsto em norma coletiva, durante todo pacto laboral.

DO AUXÍLIO COMBUSTÍVEL – CLÁUSULA 6º, § 3º DA CCT

Alega o autor que jamais percebeu remuneração relativa ao auxílio combustível, nos termos do art. 6º, § 3º, da CCT, equivalente a 1 litro de combustível para 35 Km rodados e que, como, em média rodava 300 Km por dia, teria direito a 4 vales combustíveis por dia de trabalho. Dessa forma, requer o pagamento de 1 vale combustível para cada 35 Km rodados.

A segunda reclamada, por sua vez impugna todos os pedidos por diferenças salariais, aluguel da motocicleta, auxílio combustível, ticket alimentação, uma vez que fundamentados em CCT inaplicável ao feito. Isso porque o obreiro, sendo motociclistas /motoboy/entregador pertence a categoria diferenciada, pelo o que a CCT reivindicada, concernente a sua categoria, não pode ser utilizada para condenar as reclamadas por não haver vinculação com o sindicato patronal (Sindicato Patronal das Empresas Prestadores de Serviço), por força da Súmula n. 374 do TST.

Mesmo considerando a troca de mensagens apresentada pela 1ª reclamada, é nítido que não estava sendo pago o auxílio combustível, direito do reclamante, mas sim sendo prestado um “favor”.

Sendo assim, condeno a 1ª reclamada ao pagamento do auxílio combustível, conforme previsto em norma coletiva, durante todo pacto laboral.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA 2ª RECLAMADA

É incontroverso que o reclamante, durante todo o período contratual, laborou em benefício exclusivo da segunda reclamada, postulando pela sua responsabilização subsidiária aos créditos que lhe sejam devidos pela primeira reclamada.

A primeira reclamada impugna a pretensão e sustenta que não há vínculo a ser reconhecido.

Em defesa, a segunda reclamada nega o vínculo de emprego e sustenta que não foi beneficiária dos serviços do reclamante.

Apesar da autodefinição apresentada pela empresa, sabe-se que na dinâmica principiológica do Direito do Trabalho a aparência não se impõe à essência.

A jurisdição trabalhista se pauta pelo princípio da primazia da realidade, segundo o qual em caso de discordância entre o que ocorre

na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.

O aplicativo do Ifood não é uma simples ferramenta para uso corporativo, de otimização de procedimentos internos de outras empresas. O Ifood utiliza-se diretamente do trabalho dos entregadores para a realização de sua atividade-fim.

No caso dos autos, restou incontroverso que durante todo o contrato de trabalho o reclamante prestou serviços à segunda reclamada por intermédio da primeira reclamada.

Com efeito, o contrato firmado entre as reclamadas torna irrefutável o fato de a segunda reclamada ter se beneficiado da força de trabalho do reclamante, sendo que o reconhecimento em Juízo da inadimplência da empregadora com relação às obrigações trabalhistas básicas, embora previsto em contrato inclusive a assinatura da CTPS, já evidencia a inidoneidade da prestadora de serviços.

O simples fato de o reclamante prestar serviços inseridos em atividade-fim da reclamada é o bastante para assegurar a responsabilização da empresa, pelo único motivo de que usufruiu de sua mão-de-obra, beneficiando-se de sua força de trabalho, o que se reverteu em lucratividade, como já exposto alhures.

A responsabilização é primordial em respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, CF/88).

Ainda, a utilização da força de trabalho da reclamante pelas reclamadas, como forma de aprimorar os seus objetos sociais, mas desencilhando-se de qualquer obrigação trabalhista advinda do contrato de trabalho, implicaria em verdadeiro abuso do direito, o que é vedado, nos termos do art. 187 do Código Civil.

Por fim, consolidou-se no C. Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula n. 331, item IV, a responsabilização subsidiária das tomadoras de mão de obra.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado pelo reclamante, para condenar a segunda reclamada subsidiariamente por todas as obrigações atribuídas à primeira reclamada neste processo.

DA JUSTIÇA GRATUITA

Em relação aos benefícios da Justiça Gratuita, deve ser acolhida a pretensão obreira, tendo em vista o teor da declaração de hipossuficiência (ID. 91bab17) e a sua presunção de veracidade, como consta no art. 99, § 3º, do CPC/2015 e no art. 1º da Lei n. 7.115/1983.

A declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, munido de procuração com poderes específicos para esse fim, é bastante para comprovação do alegado, conforme preceitua o art. 99, *caput* e § 3º, do CPC c/c o art. 1º da Lei n. 7.115/1983, ambos aplicados a todos os litigantes que buscam a tutela jurisdicional do Estado (arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 e Súmula n. 463 do C. TST), cuja aplicação, portanto, não pode ser afastada aos litigantes da Justiça do Trabalho, sob pena de inconstitucional restrição ao acesso à justiça (art. 5º, LXXIV, da CF).

Assim, **defiro o benefício da justiça gratuita** ao reclamante.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATICIOS

A ação foi ajuizada após a vigência da Lei n. 13.467/2017 que incluiu o art. 791-A na CLT, cujo *caput* determina: *Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.*

Do exposto, e considerando os critérios previstos no art. 791-A, 2º, da CLT, arbitra-se os honorários advocatícios sucumbenciais aos advogados do reclamante, no importe de 15% sobre o valor bruto da condenação devido ao

reclamante, a serem suportados pela 1ª reclamada, e subsidiariamente pela 2ª reclamada, conforme se apurar em liquidação de sentença (Súmulas ns. 219 e 329/TST e OJ n. 348/SDI-1 do TST).

DESCONTOS AO INSS E AO IMPOSTO DE RENDA

Diante do disposto no art. 114, VIII, da CF/88, nas Súmula n. 368 do TST, OJ n. 363 da SBDI-1 do TST e OJ n. 400 da SBDI-1 do TST, os descontos previdenciários e fiscais deverão ser recolhidos e comprovados pela reclamada, perante esta Justiça Especializada, na forma e prazo legais, esclarecendo que deverão ser respeitadas integralmente as legislações vigentes aplicáveis, inclusive no tocante aos limites de isenção e deduções por dependentes econômicos, com incidência sobre as parcelas remuneratórias ora deferidas (art. 28, § 8º, da Lei n. 8.212/91 e o Decreto n. 3.000/99), assim como observado o limite máximo do salário de contribuição, conforme disposto na Súmula n. 368 do C. TST. Aplicação da IN n. 1127/2011 da RFB.

DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA

A decisão do STF nas ADCs ns. 58 e 59 prevê, quanto aos créditos trabalhistas, “a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)”, excluindo-se o cabimento dos juros moratórios previstos na Lei n. 8.177/91.

A utilização da taxa SELIC é pertinente desde o ajuizamento da ação, uma vez que a citação é premissa para constituição do devedor em mora, mas a incidência de juros deve retroagir à data do ajuizamento.

Determino, portanto, a incidência do IPCA-E a partir do primeiro dia útil do mês subsequente à prestação de serviços (TST, Súmula n. 381), até a data do ajuizamento. A partir da data de ajuizamento da reclamação

trabalhista, incidirá apenas a taxa SELIC como índice conglobante de correção monetária e juros de mora.

Dispositivo

Pelo exposto, na reclamação trabalhista proposta por **WASHINGTON DOS ANJOS RODRIGUES em face de RITA DE CASSIA DA SILVA SAMUEL — EIRELI E IFood. COM AGÊNCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A.**, decido:

I – Rejeitar as preliminares de inépcia da petição inicial e ilegitimidade passiva da 2ª reclamada;

II – Declarar a revelia da 1ª reclamada;

III – Reconhecer o vínculo empregatício entre o reclamante e a primeira reclamada, no período de 1º.05.2018 à 20.11.2019, com salário médio mensal de R\$ 3.800,00, na função de *motoboy*, devendo a reclamada proceder às anotações devidas na CTPS do autor, sob pena de multa, nos termos do art. 461 do CPC.

IV – Julgar TOTALMENTE PROCEDENTES os pedidos elencados na petição inicial para reconhecer o vínculo empregatício entre a 1ª reclamada e o reclamante, e condenar a 1ª reclamada a pagar: saldo de salário, FGTS de todo pacto laboral + 40%, 13º salário proporcional e integral de todo pacto laboral; férias em dobro, simples e proporcionais + 1/3 de todo pacto laboral; multa do art. 477, §8º, da CLT; multa do art. 467 da CLT sobre as parcelas rescisórias; adicional de periculosidade de 30%, nos termos do art. § 4º do art. 193 da CLT, com reflexo em férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40%; 49h03min horas extras semanais e intervalos intrajornada suprimidos, com adicional de 50%, divisor 220h, feriados e domingos trabalhados de todo pacto laboral, base de cálculo nos termos da Súmula n. 264 do TST, e reflexos em repouso semanal remunerado, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40%; 55h36 do adicional sobre as

horas noturnas mensais e seus reflexos em férias + 1/3, 13º salário, FGTS+40%, durante todo pacto laboral; aluguel da moto, nos termos da Cláusula 6º, § 5º, da CCT, do início do contrato até o fim do pacto laboral, nos valores, respectivamente de R\$ 431,49 e de R\$ 368,72; tíquete alimentação previsto em norma coletiva, durante todo pacto laboral; auxílio combustível, conforme previsto em norma coletiva, durante todo pacto laboral. ALÉM DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

V – Declarar a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada sobre todas as obrigações impostas à 1ª reclamada neste processo.

VI – Honorários advocatícios sucumbenciais conforme a fundamentação.

VII – A RECLAMADA DEVERÁ RECOLHER E COMPROVAR PERANTE

ESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA, OS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS, NA FORMA E PRAZOS LEGAIS, RESPEITANDO INTEGRALMENTE AS LEGISLAÇÕES VIGENTES APLICÁVEIS, INCLUSIVE NO TOCANTE AOS LIMITES DE ISENÇÃO E DEDUÇÕES POR DEPENDENTES ECONÔMICOS.

VIII – A fundamentação é parte integrante deste dispositivo.

IX – Custas, pela reclamada, no importe de R\$ 4.020,00, calculadas sobre o valor provisoriamente atribuído à causa (R\$ 201.000,00). Liquidação por cálculo. Nada mais.

BRASILIA/DF, 05 de maio de 2021.

KATARINA ROBERTA MOUSINHO DE MATOS BRANDÃO

Juíza do Trabalho Substituta

Índice Geral

Doutrina

A Desconstrução da Cidadania ante a Nova Regulamentação do Trabalho: Uma Nova Era de Precarização.

1. Introdução. 2. A “construção” da cidadania: conceito de T. H. Marshall e especificidades do contexto brasileiro. 3. A nova era de precarização: “trípode destrutiva do capital” e desconstrução da cidadania. 4. Considerações finais. 5. Referências.. 19

A (Des)Legitimação do Consentimento Livre na Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral Frente ao Princípio da Proteção ao Trabalhador.

1. Introdução. 2. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus possíveis impactos no contexto labora. 2.1. Contornos essenciais do Princípio da Proteção ao Trabalhador. 3. Consentimento na proteção de dados pessoais. 4. O consentimento na proteção de dados pessoais frente ao Princípio da Proteção ao Trabalhador: perspectivas da Lei Geral de Proteção de Dados e da *General Data Protection Regulation*. 5. Considerações finais. 6. Referências..... 30

O Enquadramento Jurídico do Empregado como Operador de Dados no Contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

1. Introdução. 2. Uma figura peculiar da LGPD: o operador de dados. 3. A relação de emprego e a (im)possibilidade de enquadramento do empregado no conceito de operador de dados. 4. A responsabilização solidária prevista no art. 42, § 1º, I, da lei. 5. A superação da aparente antinomia: reflexões ancoradas na experiência europeia. 6. Considerações finais. 7. Referências..... 42

Aspectos Controvertidos Acerca da Figura do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais no Âmbito das

Relações de Emprego. 1. Introdução. 2. Conceitos básicos da Lei Geral de Proteção de Dados aplicados ao contexto das relações de emprego. 2.1. O titular dos dados pessoais. 2.2. Agentes de tratamento de dados pessoais: Controlador e Operador. 2.3. O encarregado. 3. As atribuições do encarregado. 4. A designação do encarregado. 5. Encarregado empregado: exercício de outras atividades e enquadramento em cargo de confiança. 6. A figura da “comissão” ou “equipe” de encarregados. 7. Deveres de sigilo e confidencialidade. 8. A questão da garantia de emprego do encarregado. 9. A dispensa de indicação de encarregado. 10. O encarregado enquadrado como categoria profissional diferenciada. 11. Conclusões. 12. Referências..... 56

Onlife Work Experience e os Dados Sensíveis dos Trabalhadores: Proteção de Dados Pessoais e Novas Perspectivas.

1. Introdução. 2. *Onlife Work experience* e os dados sensíveis dos trabalhadores. 2.1. *Onlife Work Experience*. 2.2. Dados sensíveis dos trabalhadores. 3. Proteção de dados sensíveis e novas perspectivas. 3.1. Proteção de dados sensíveis dos trabalhadores. 3.2. Novas perspectivas. 4. Conclusão. 5. Referências 67

O Direito a Inviolabilidade de Dados da Pessoa Natural no Sistema Positivo Brasileiro e sua Incursão nas Relações de Trabalho em Face da LGPD.

1. Introdução. 2. Antecedentes Históricos do direito à proteção aos dados pessoais. 3. Antecedentes Históricos do direito à proteção aos dados pessoais no Brasil. 4. A lei geral de processamento de dados: princípios que orientam, objetivos, conceito de dados, sua sistematização legal, e abrangência normativa. 4.1. Princípios que orientam a LGPD. 4.2. Objetivos da LGPD. 4.3. Conceitos na LGPD. 4.4. Sistematização dos dados pessoais na LGPD. 4.5. Da abrangência normativa da

LGPD. 5. Da aplicação da lei de proteção aos dados da pessoa natural nas relações de trabalho. 5.1. Das fases de tratamento dos dados pessoais da pessoa natural nas relações de trabalho de acordo com a LGPD. 5.2. Do microsistema de responsabilidades pela manutenção, tratamento e informações dos dados na relação de trabalho, de acordo com a LGPD. 5.3. Do microsistema de hierarquia das responsabilidades pela manutenção, tratamento e informações dos dados na relação de trabalho, de acordo com a LGPD. 5.4. Do sistema de tratamento de dados estabelecido na LGPD e sua incidência na contratação do trabalho doméstico. 5.5. Das implicações da LGPD no engendramento das relações do Direito Coletivo de Trabalho. 6. Da aplicação da Lei Geral de Processamento de Dados da Pessoa natural — LGDP, na esfera do Direito Processual do Trabalho. 6.1. Da repercussão da LGPD no Direito Processual Individual do Trabalho. 6.2. Da repercussão da LGPD no Direito Processual Coletivo do Trabalho. 7. Da repercussão da Lei Geral de Processamento de Dados da Pessoa natural — LGDP, na estrutura da Justiça do Trabalho. 8. Considerações finais. 9. Referências 80

A Utilização dos Dados da Pessoa Natural para a Eficiência Processual na Justiça do Trabalho: A Lei n. 13.709/18 Aplicada à Justiça do Trabalho. 1. Introdução. 2. Uma breve contextualização da Lei n. 13.709/18 na Justiça do Trabalho. 3. Assuntos de reclamação trabalhista e a viabilidade da Lei n. 13.709/18. 4. Princípios da Justiça do Trabalho e boa-fé. 5. Considerações finais. 6. Referências 98

Advocacia Preventiva: Uma Análise do Compliance Aplicado ao Direito do Trabalho. 1. Introdução. 2. Tratamento preventivo nas empresas (conceituando *compliance* trabalhista e governança

corporativa). 3. Análise de risco. 3.1. Uma análise superficial dos principais riscos trabalhistas no Brasil. 4. *Due diligence* no âmbito trabalhista. 5. Mecanismos de um plano de compliance trabalhista. 5.1. Plano de Integridade Trabalhista. 5.2. Canais de Denúncia. 5.3. Ficha de seus empregados. 5.4. Desafios do compliance ante a Lei Geral de Proteção de Dados. 6. Conclusão. 7. Referências 107

Execução Trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados. 1. Introdução. 2. Dados pessoais no eSocial e execução trabalhista. 2.1. Dados pessoais no eSocial. 2.2. Execução trabalhista. 3. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os novos rumos. 3.1. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). 3.2. Novos rumos da execução trabalhista. 4. Considerações finais. 5. Referências 121

Processo de Seleção em Recursos Humanos: Uma Abordagem Frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 1. Introdução. 2. Processo de seleção em recursos humanos. 2.1. Processo de recrutamento e seleção frente à robotização/automatização. 3. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 3.1. Do processo de seleção e da coleta de dados frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 3.1.1 Dos dados coletados e da real necessidade da coleta. 3.1.2 Da base legal para o tratamento de dados em processo de seleção. 3.1.3 Do tratamento automatizado frente à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 4. Conclusão. 5. Referências 132

O Consentimento do Trabalhador no Fornecimento de Dados Pessoais e a Busca pela Verdade Real. 1. Introdução. 2. Consentimento no fornecimento de dados pessoais. 3. Verdade real no processo do trabalho. 4. A verdade real e os limites da atividade jurisdicional.

5. Meios de consecução da verdade real e o consentimento. 6. Considerações finais. 7. Referências	141
---	-----

LGPD nas Relações de Trabalho: Os Riscos de Utilização do Consentimento para o Tratamento dos Dados dos Trabalhadores. 1. Introdução. 2. Hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais no Brasil. 3. A precedente discussão europeia. 4. A autodeterminação informativa e o consentimento. 5. Considerações finais. 6. Referências.....	156
---	-----

Dispensa Indireta Decorrente da Inobservância da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) pelo Empregador. 1. Introdução. 2. Proteção aos dados pessoais como direito da personalidade. 3. Fundamentos da LGPD. 4. Conceitos relevantes. 5. Princípios da LGPD. 6. Bases legais. 7. Direitos do titular. 8. Dispensa indireta — Conceituação. 9. Inobservância da LGPD pelo empregador durante o contrato de emprego. 10. Conclusão. 11. Referências.....	168
---	-----

O Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho e a Necessidade de sua Adequação à Lei Geral de Proteção de Dados. 1. Introdução. 2. Dados pessoais, sua manipulação e o PJe-JT. 2.1. Dados, informação e banco de dados. 2.2. Tratamento de dados. 2.3. Mineração de dados. 2.4. PJe-JT como <i>big data</i> . 3. Privacidade, proteção a dados pessoais e publicidade processual. 3.1. Autodeterminação informativa. 3.2. Publicidade processual versus proteção de dados pessoais a PJe. 4. O PJe-JT à luz dos princípios da proteção de dados. 5. Conclusão. 6. Referências	190
--	-----

Audiências por Videoconferência e Telepresencial: Distinções Necessárias, à Luz da Resolução n. 354 do	
---	--

CNJ. 1. Introdução. 2. Audiência por videoconferência. 3. Audiência telepresencial, em regime extraordinário. 4. Obrigatoriedade de participação das partes e advogados. 4.1. Problemas técnicos para a participação. 4.2. Problemas pessoais para a participação. 5. A necessidade de fundamentação para a não realização da audiência, a partir da Resolução n. 354/2020. 6. Conclusão. 7. Referências	209
--	-----

A LGPD e suas Repercussões no Direito do Trabalho no Contexto do Capitalismo de Vigilância. 1. Introdução. 2. O capitalismo de vigilância e a LGPD. 3. A incidência da LGPD nas relações de trabalho e a noção de privacidade. 4. Fases de tratamento de dados e bases legais de tratamento. 5. Considerações finais. 6. Referências.....	223
--	-----

Direito Processual do Trabalho e os Influxos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na Produção da Prova em Ambiente Processual Virtual. 1. Introdução. 2. Teoria geral da prova. 3. O ambiente virtual. 4. Os influxos da Lei Geral de Proteção de Dados na prova judicial. 5. Considerações finais. 6. Referências	234
---	-----

A Utilização do Consentimento no Tratamento de Dados Pessoais nas Relações de Trabalho: Um Estudo à Luz da Interpretação Legislativa da União Europeia. 1. Introdução. 2. O viés constitucional do Direito do Trabalho. 3. Os princípios do Direito do Trabalho. 4. O papel dos sindicatos no equilíbrio da relação laboral. 5. A reforma trabalhista e o negociado sobre o legislado. 6. A aplicação da LGPD na relação de trabalho. 7. As bases legais para tratamento de dados pessoais na relação trabalhista. 8. O consentimento. 9. O consentimento na relação de trabalho. 10. Hipóteses de utilização do consentimento na	
--	--

relação de trabalho. 11. Considerações finais. 12. Referências..... 247

A Responsabilidade Civil do Empregador pela não Observância da Proteção dos Dados do Empregado.	
1. Introdução.	
2. Privacidade, proteção de dados e o contrato de trabalho. 3. O regime jurídico de proteção de dados no Brasil. 4. A responsabilidade civil no sistema de proteção de dados. 4.1. Aspectos legais sobre a responsabilidade nos normativos de proteção de dados. 4.2. Da modalidade de responsabilidade civil. 5. Conclusão.	
6. Referências	263

Tratamento de Dados Pessoais e Relação Laboral: Contribuições do RGPD e do Direito do Trabalho Francês.	
1. Introdução. 2. Considerações iniciais. 3. Tratamento de dados na relação empregatícia. 4. Considerações finais. 5. Referências	279

Lei Geral de Proteção de Dados e Relação de Emprego: Controvérsias.	
1. Introdução. 2. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a relação de emprego. 2.1. Histórico e normas internacionais. 2.2. Princípios, abrangência e conceitos legais. 3. Aplicação da Lei n. 13.709/2018 nas diferentes fases da relação de trabalho. 3.1. Fase pré-contratual. 3.2. Fase contratual. 3.3 Fase pós-contratual. 4. Controvérsias sobre a interpretação da Lei n. 13.709/2018 na relação de emprego. 4.1. Sobre a aplicabilidade da LGPD nas relações de trabalho doméstico. 4.2. Sobre a necessidade de consentimento do titular quando o acesso à empresa ocorrer mediante utilização de dados biométricos. 4.3. Sobre a fiscalização do cumprimento da LGPD nas relações laborais. 4.4. Sobre a aplicabilidade da LGPD nos casos de elaboração de “listas sujas” por empregadores. 4.5. Sobre a necessidade de elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais. 4.6. Sobre	

a forma do consentimento do titular. 4.7. Sobre o rol taxativo ou exemplificativo de dados sensíveis. 4.8. Sobre a possibilidade de disciplina da proteção de dados do empregado em normas coletivas. 5. Conclusões. 6. Referências	296
---	-----

A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais nas Relações de Trabalho.	
1. Introdução. 2. Dignidade da pessoa humana — Linhas gerais. 3. Direitos de personalidade: intimidade, privacidade e proteção dos dados pessoais. 4. A proteção à privacidade e aos dados pessoais no contexto das relações de trabalho. 5. Considerações finais. 6. Referências.....	314

Impactos da LGPD nas Relações de Trabalho e na Justiça do Trabalho.	
1. Introdução. 2. Fundamentos jurídicos da LGPD. 2.1. Vigência. 2.2. Objeto e escopo. 2.3. Fundamentos e princípios. 2.4. Conceitos básicos. 2.4.1. Tratamento de dados pessoais. 2.4.2. Proteção de dados. 2.4.3. Responsáveis pelo tratamento. 2.5. Formas de tratamento de dados pessoais. 3. LGPD e relações de trabalho. 3.1. LGPD na fase pré-contratual. 3.1.1. Cautela na coleta de dados. 3.1.2. Mitigação dos riscos e destino dos dados. 3.2. LGPD no curso do contrato. 3.2.1. Documentos mantidos pela empresa. 3.2.2. Vigilância dos empregados. 3.3. LGPD na fase pós-contratual. 3.4. Responsabilidade da empresa. 4. LGPD e Justiça do Trabalho. 4.1. LGPD e publicidade. 4.2. LGPD e provas digitais. 5. Considerações finais. 6. Referências	328

Teletrabalho em Tempos de Covid-19: Estudo Comparado Franco-Brasileiro.	
1. Introdução. 2. Primeiras considerações: Medida Provisória n. 927/2020 x Art. L.1222-11 do Código do Trabalho francês. 3. Do Direito Comparado:	

noções e regime jurídico. 4. Conclusão.	
5. Referências	345

Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD:	
Aspectos Principais — Repercussão	
no Direito Material e Processual do	
Trabalho. 1. Introdução. 2. Dados	
personais na contemporaneidade. 3. Os	
fundamentos da Lei Geral de Proteção	
de Dados — LGPD. 4. Princípios da	

Lei Geral de Proteção de Dados — O	
consentimento. 5. A LGPD, o direito do	
trabalho e o processo do trabalho. 6. Con-	
clusão. 7. Referências.....	356

Jurisprudência

Sentença

Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Re-	
gião	373

