



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Área de Concentração em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico

CARLOS EDUARDO PINHEIRO DA SILVA

**A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO SUBORDINADO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO
PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS**

FORTALEZA

2023

CARLOS EDUARDO PINHEIRO DA SILVA

**A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO SUBORDINADO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO
PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS**

Dissertação apresentada ao Mestrado Acadêmico
em Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre. Área de concentração: Avaliação de
políticas públicas.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Gérson Marques
de Lima.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- S579c Silva, Carlos Eduardo Pinheiro da.
A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO SUBORDINADO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS / Carlos Eduardo Pinheiro da Silva. – 2023.
150 f.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2023.
Orientação: Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima.
1. Proteção de dados pessoais. 2. Trabalho subordinado. 3. Consentimento. 4. Direitos fundamentais. 5. Efetividade. I. Título.

CDD 340

CARLOS EDUARDO PINHEIRO DA SILVA

**A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO SUBORDINADO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO
PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS**

Dissertação apresentada ao Mestrado Acadêmico
em Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre. Área de concentração: Avaliação de
políticas públicas.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Gérson Marques
de Lima.

Aprovada em: 27/11/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima (orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Francisco Meton Marques de Lima
Universidade Federal do Piauí (UFPI)

Prof. Dr. Rafael Marcílio Xerez
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

FORTALEZA

2023

A Deus, que tudo criou.

A minha avó Francisca, que já descansa junto
ao Pai, e que sempre foi exemplo de amor, fé e
trabalho.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Luiz Carlos e Jacqueline, que sempre acreditaram e torceram por mim.

A minha tia Mirian, a meu tio Benjamim (*in memorian*) e minha avó Francisca (Chiquinha) (*in memorian*) aos quais muito devo e amo.

A meus irmãos Marcelo, Henrique e Augusto, que compartilham comigo muitas alegrias e preocupações.

Ao Professor Dr. Francisco Gérson Marques, pelos ensinamentos, pela orientação acadêmica, pelos conselhos e pela amizade construída ao longo do mestrado. Suas lições ampliaram minha visão pessoal, profissional e acadêmica, e me tornaram uma pessoa melhor.

Aos professores Dr. Rafael Marcilio Xerez e Dr. Francisco Meton Marques de Lima, por aceitarem examinar o meu trabalho e participar da Banca examinadora desta dissertação. Suas críticas e comentários foram valiosos para melhorar este trabalho e ampliar seu conteúdo.

Aos amigos Dr. Alisson Melo e Dra. Gabriela Pessoa, pelo incentivo e apoio a ingressar no mestrado e pelas conversas sempre agradáveis e verdadeiras, com discordâncias respeitadas e proveitosas.

A meu sócio Nestor Facundo, um excelente profissional e amigo, que com muita maestria pratica comigo todos os dias a advocacia. A meu amigo Tiago Furtado, que me apresentou o universo da proteção de dados pessoais, e ao fazê-lo, ampliou minha vida profissional e minha visão pessoal.

A Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, que com todos os desafios segue sua missão de ensino e formação continuada com excelência através do seu corpo docente e servidores.

A minha esposa Débora, por dividir sua vida comigo e pelo apoio irrestrito, e aos meus filhos Letícia e Arthur. Vocês são a maior fonte de amor, força e incentivo que tenho, e os que mais sentiram minha ausência nos dias e noites dedicados a esta pesquisa.

A Deus, que zela por mim e minha família, que nos ama com amor de Pai, e cujas misericórdias são a causa de não sermos consumidos todos os dias, pois não tem fim.

RESUMO

O trabalho desenvolvido tem por objetivo verificar o contexto da proteção de dados pessoais nas relações de trabalho subordinadas, dando especial enfoque à utilização da hipótese permissória do consentimento para o tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores e sua controversa utilização perante as situações de subordinação e hipossuficiência diante dos seus contratantes. Buscar-se-á, ainda, apresentar soluções para concretizar a proteção de dados pessoais nessas relações, analisando o papel de diferentes atores que participam efetivamente da realidade laboral. Para possibilitar o pleno entendimento desses objetivos, será realizada, inicialmente, a exposição da proteção de dados pessoais em seu contexto histórico-evolutivo, para, posteriormente, analisar-se a distinção hoje estabelecida entre privacidade e proteção de dados pessoais, bem como o imperativo de uma maior atenção à proteção dos dados pessoais dos trabalhadores subordinados frente aos riscos que os tratamentos representam aos seus direitos. A similaridade de fundamentos constitucionais com os fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD também será demonstrada, finalizando o capítulo inicial com o estudo de termos técnicos indispensáveis à matéria. Em seguida, serão considerados os princípios afetos à proteção de dados pessoais na realização de um estudo entre esses princípios e outros de natureza trabalhista, para verificação da possibilidade-necessidade da utilização de uma interpretação integrativa dos mesmos na relação de trabalho subordinada. As hipóteses autorizativas do tratamento de dados pessoais serão avaliadas para se destacar o problema da utilização do consentimento neste tipo de relação, em face das características próprias desse modelo contratual, apresentando, ao final, soluções para sua utilização de forma juridicamente mais segura e garantidora dos direitos e liberdades dos trabalhadores. No capítulo seguinte será apresentado o princípio do *accountability* como um princípio mestre na proteção de dados pessoais nas relações de trabalho subordinadas, posto que permitirá a fiscalização do tratamento efetuado por diversos meios e pessoas. Demonstrar-se-á ainda a importância do papel fiscalizador de diferentes instituições que participam efetivamente deste relacionamento laborativo. Por fim, apresentaremos as conclusões da pesquisa realizada.

Palavras-chave: trabalho subordinado; proteção de dados pessoais; consentimento; direitos fundamentais; efetividade.

ABSTRACT

The work carried out aims to verify the context of personal data protection in subordinate employment relationships, with a special focus on the use of the permissive hypothesis of consent for the processing of workers' personal data and its controversial use in situations of subordination and power imbalance with their employers. Efforts will also be made to present solutions to ensure the protection of personal data in these relationships, analyzing the role of different actors who actively participate in the work environment. To enable a full understanding of these objectives, the exposition of the protection of personal data in its historical-evolutionary context will be initially presented. Subsequently, the established distinction between privacy and the protection of personal data will be analyzed, along with the imperative of greater attention to the protection of personal data of subordinate workers in the face of the risks that data processing poses to their rights. The constitutional foundations' similarity with the General Data Protection Law (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) will also be demonstrated, concluding the initial chapter with the study of technical terms indispensable to the subject. Next, the principles related to the protection of personal data will be considered in a study comparing these principles with others of a labor nature, aiming to determine the possibility-necessity of using an integrative interpretation of them in subordinate employment relationships. The authorized hypotheses for the processing of personal data will be evaluated to highlight the problem of using consent in this type of relationship, given the specific characteristics of this contractual model. Solutions will be presented at the end for its legally more secure use, ensuring the rights and freedoms of workers. In the following chapter, the principle of accountability will be presented as a master principle in the protection of personal data in subordinate employment relationships, as it allows for the monitoring of processing through various means and by various individuals. The importance of the supervisory role of different institutions actively involved in this labor relationship will also be demonstrated. Finally, the conclusions of the research will be presented.

Keywords: subordinate work; protection of personal data; consent; fundamental rights; effectiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 HISTÓRICO NORMATIVO E ASPECTOS IMPORTANTES DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	15
2.1 As gerações das legislações de proteção de dados pessoais e a evolução da política brasileira de proteção de dados pessoais	15
2.2 Os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais	20
2.2.1 A proteção dos dados pessoais do trabalhador e os riscos do seu tratamento	24
2.3 Os fundamentos da proteção de dados pessoais da LGPD	38
2.3.1 A privacidade	39
2.3.2 A autodeterminação informativa	40
2.3.3 A liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião	42
2.3.4 A inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem	43
2.3.5 O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação	43
2.3.6 A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor	44
2.3.7 Os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais	46
2.4 Conceitos importantes da LGPD	49
2.4.1 Dado pessoal	49
2.4.2 Dado pessoal sensível	51
2.4.3 Dado anônimo e dado pseudo-anonimizado	53
2.4.4 Dados pessoais de crianças e adolescentes	54
2.4.5 Os agentes de tratamento – Controlador e Operador	55
2.4.6 O encarregado	57
2.4.7 A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)	58
3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A LGPD E O DIREITO DO TRABALHO	59
3.1 Princípios da proteção de dados pessoais	59
3.2 Princípios constitucionais para a proteção de dados pessoais.....	64
3.3 Hermenêutica para a concretização dos princípios para a proteção de dados pessoais nas relações de trabalho	73
3.4 Hipóteses permissivas do tratamento de dados pessoais na relação de emprego	84
3.4.1 O problema do consentimento na hipervulnerabilidade do empregado.....	90
3.5 Soluções para o problema do consentimento como hipótese legal nas relações laborais subordinadas	99
3.5.1 Da limitação do uso para a efetivação da progressão social	100
3.5.2 A criação de um microssistema de privacidade pelos empregadores com conteúdo específico para os dados pessoais dos empregados.....	102
3.5.3 A realização do relatório de impacto à proteção dos dados pessoais dos titulares pelos controladores.....	106

4 O ACCOUNTABILITY COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO SUBORDINADAS.....	111
4.1 Concretização do tratamento de dados pessoais nas relações laborais: o <i>accountability</i> e uma divisão adequada das competências institucionais fiscalizatórias.....	111
4.2 A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD)	116
4.3 O Sistema Federal de Fiscalização - STIF e os Auditores Fiscais do Trabalho – AFT.....	120
4.4 O Ministério Público do Trabalho (MPT)	122
4.5 Papel dos Entes Sindicais – a necessidade do despertar digital dos sindicatos	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143

1 INTRODUÇÃO

A inquietação com o processamento em massa de dados pessoais, assim como a sua utilização pelos mais diversos setores da sociedade e para as mais diversas finalidades, embora seja contemporânea, não é recente.

A capacidade computacional de processar dados em grande escala tornou-se possível em 1946. Inicialmente utilizada para fins militares, passou a ser explorada pela iniciativa privada nas décadas de 1960 e 1970, onde encontrou um gigantesco e lucrativo campo para se desenvolver.

A *internet*, por sua vez, data a sua criação de outubro de 1969, com seus primeiros passos no Brasil no ano de 1988, através de um sistema embrionário, que proporcionava o tráfego de informações entre algumas universidades brasileiras e instituições americanas, para propósitos acadêmicos.

O estudo da proteção de dados pessoais, na sua forma jurídica, remonta há pelo menos cinco décadas, sendo identificado na Lei de Proteção de Dados da Alemanha, de 1975, o primeiro diploma legal sobre essa matéria, embora o embrião dos princípios norteadores do assunto possa ser identificados já no ano de 1973, na publicação do relatório do grupo de trabalho para o *U.S Department of Health, Education & Welfare* – HEW.

Já atenta aos impactos que essa realidade poderia causar nas relações de trabalho, em 1997, a Organização Internacional do Trabalho – OIT publicou um documento chamado “*Protección de los datos personales de los trabajadores*”, com recomendações de boas práticas e diretrizes para a proteção dos dados pessoais do proletariado.

A proteção dos dados, dentre os quais os dados pessoais, passou a ter maior autonomia com a proliferação e o desenvolvimento do *Big Data*, no qual o tratamento de dados pessoais, por si só, ganhou enorme relevância social e econômica, representando considerável risco ao indivíduo, no que toca aos seus direitos e liberdades individuais.

O *Big Data* permite que um gigantesco volume de dados seja classificado e analisado para as mais diversas finalidades, estando associado a três características: i) volume; ii) velocidade; e iii) variedade. O *Big Data* é capaz de realizar em altíssima velocidade o tratamento de um volume incomensurável de dados, algo jamais visto antes na história e com espantosa vantagem sobre as tecnologias concorrentes. Já a característica da variedade é atribuída ao *Big Data* pela sua capacidade de organizar e processar diversos tipos de formatos, tais como textos, imagens e até cliques dados por usuários em aplicativos, páginas de *internet*, ou em ferramentas do dia a dia ou do trabalho, através da *internet* das coisas.

O que torna o *Big Data* superior as outras tecnologias de processamento de dados é que para ele não importa se os dados ou informações estão estruturadas. O *Big Data* emprega uma linguagem chamada de NoSQL (*not only structured query language*), o que importa em uma ampla vantagem sobre as outras tecnologias de processamento de dados, as quais utilizam a linguagem SQL (*structured query language*). A diferença dessas tecnologias se traduz em economia de pessoal, tempo e dinheiro na fase de estruturação dos dados para que deles se possa extrair a informação.

A evolução dessas ferramentas na capacidade de tratar dados pessoais em grande escala, e os tratamentos já levados a efeito tanto pelos governos como pela iniciativa privada, fez surgir um alerta para os malefícios que o tratamento sem regulamentação ou sem comprometimento com a ética podem gerar, questões que se tornaram objeto de grande inquietação pelos governos e sociedades.

Passou-se, então, a haver uma enorme e atual preocupação com a mercantilização dos dados pessoais, coletados agora de forma macro e através das mais variadas ferramentas tecnológicas, para finalidades frequentemente ignoradas pelos titulares. Isso pode significar, em análise finalística, um processo de mercantilização dos próprios direitos da personalidade e a possibilidade do controle e da manipulação dos indivíduos, podendo ocasionar a limitação das suas liberdades e direitos.

Com o aumento da capacidade de coleta e análise dos dados em grande escala, não existem mais dados insignificantes. Dados sem importância ou sem conexão entre si, em um primeiro e despretenso exame, podem ser estruturados e analisados de forma a gerar um relatório sobre determinada pessoa, grupo ou sociedade.

Da análise dos dados pessoais podem surgir perfis complexos, com grande quantidade de informações, os quais podem ser empregados por quem os detém para uma diversidade de propósitos, como para consulta ou a comercialização dos perfis, para o controle sobre o indivíduo ou grupo, para avaliação de empregados ou trabalhadores, entre muitas outras possibilidades, legais e ilegais, éticas ou questionáveis do ponto de vista moral.

Por isso é imperioso que os dados pessoais sejam tratados de maneira democrática, com estrita observação aos princípios constitucionais inerentes ou relacionados ao direito fundamental da proteção de dados. Essa exigência se apresenta ainda mais necessária quando o tratamento dos dados pessoais ocorre na relação de trabalho subordinado, devido às condições próprias de subordinação e hipossuficiência da relação de emprego.

A importância da abordagem constitucional ao tema dos dados pessoais é patente e irrefragável na sociedade contemporânea, onde o capitalismo e o neoliberalismo encontram na

tecnologia, na informação, na sociedade de consumo, nas mídias e redes sociais e na globalização um terreno fértil para a coleta e o uso abusivo de dados pessoais para os mais devidos fins, dentre os quais o econômico e o político.

Em busca de resultados econômicos e por maior controle e assertividade, pouca atenção é conferida aos direitos fundamentais dos titulares desses dados pessoais. O uso das tecnologias, a capacidade de análise da informação em grande escala, sua utilização para novos bens e serviços, e a globalização são características do que Manuel Castells chamou de economia informacional.

A *internet* e as novas tecnologias de tratamento (em especial a coleta) de dados pessoais alteraram a vida e a rotina de todos, ocasionando a multiplicação exponencial do tráfego de dados e da utilização destes para as mais diversas finalidades. A ubiguidade das operações de tratamento de dados pessoais afeta quase todas as atividades humanas, com impactos e diretos e indiretos na vida em comunidade. No Direito do Trabalho, a força desses processos não passaram despercebidos.

A LGPD descreve como dado pessoal toda e qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, na forma do seu art. 5º, inc. I, aplicando a visão expansionista ao conceito de dados pessoais.

Assim sendo, o tratamento de dados pessoais nas relações de trabalho se inicia no período pré-contratual, com a coleta de dados pessoais de candidatos à vaga de emprego ou oportunidades de trabalho diversas, continuando por todo o período do contrato de trabalho e perdurando em um momento posterior, com as obrigações dos empregadores em manterem alguns desses dados pessoais por longos períodos.

Um dos vários desafios que se apresentam é como o trabalhador será protegido em seus direitos e garantias fundamentais em uma relação contratual em que, geralmente, as condições encontradas são de hipossuficiência e subordinação.

As solicitações de informações acerca do tratamento dos seus dados pessoais; a utilização de uma base legal adequada para o tratamento; e as reclamações do titular pelo tratamento realizado fora do regulamentado pela lei certamente serão impedidas na prática ou mitigados por meio dessa relação desigual e de dependência em várias esferas (financeira, hierárquica, tecnológica, de conhecimento etc.).

A LGPD determina que o empregador, na qualidade de controlador dos dados pessoais dos empregados, deverá seguir uma série de exigências para tratar esses dados pessoais, inclusive a observância de normas de natureza principiológicas, tais como o respeito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade, à honra e à imagem, aos direitos humanos, ao livre

desenvolvimento da personalidade, à dignidade e ao exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A capacidade de tratamento dos dados pessoais e a aplicação das informações dele resultantes pode significar um novo campo na relação entre empregados e empregadores, e afetaram não apenas os atores principais dessa relação, mas a todos os que atuam no sistema complexo trabalhista, tais como os entes sindicais, o Sistema Federal de Inspeção do Trabalho - SFIT, o Ministério Público do Trabalho – MPT, a Justiça do Trabalho – JT e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais – ANPD.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho e seus atores terão de observar, examinar e até autorregular as previsões existentes na CF/88 e na LGPD do ponto de vista prático e procedimental, tornando possível o tratamento dos dados pessoais através das novas tecnologias nos procedimentos trabalhistas, ao mesmo tempo em que terão a incumbência de resguardar os direitos e as garantias fundamentais dos empregados, vistos em duplo espectro de análise, como cidadãos titulares de dados pessoais, e como pessoas em uma condição desfavorável a opor resistência ao tratamento irregular ou abusivo dos seus dados pessoais.

Resta claro que esses instrumentos normativos trarão um novo patamar de atenção e respeito à privacidade e à proteção dos dados pessoais nas relações de trabalho, e poderão servir como instrumentos de educação e conscientização dos empregados e empregadores, até mesmo para outras relações sociais além da laboral.

De forma não expressa, mas inerente ao atingimento das suas finalidades, a LGPD traz a necessidade da criação, implementação e vivência de uma cultura de privacidade e proteção de dados no país, refletindo assim nas empresas, mediante vasto conteúdo principiológico, conceitos abertos que necessitarão de interpretação, entendimento e adequação acerca do seu conteúdo e de sua aplicabilidade ao caso prático. Não existirá cultura de proteção de dados, e nem se atingirá o seu objetivo sem que os agentes atuantes na relação de trabalho estejam conscientes de seus direitos e deveres para tal mister.

Através da sua aplicação e adequação aos processos empresariais, a CF e a LGPD poderão contribuir no seio das relações de trabalho para uma nova alvorada de conhecimento relativos não apenas à privacidade, mas que se abre como um feixe de defesa de vários outros direitos e liberdades fundamentais, e do próprio estado democrático.

A LGPD poderá, se utilizada da forma constitucional, ser instrumento garantidor e de valorização de direitos e de criação de uma cultura de proteção de dados, entusiasmando um maior entendimento dos limites do empregador sobre a privacidade dos seus empregados.

Servirá, ainda, como instrumento de liberdade, de educação e de manutenção da dignidade da pessoa humana empregada, contra a objetificação dos seus direitos personalíssimos.

Diante da ubiquidade da internet, materializada nos *smartphones*, computadores, *tablets*, relógios inteligentes, entre outros, o indivíduo é convertido em dados, tendo monitorada praticamente toda a sua vida, incluindo às suas interações sociais, sejam elas profissionais ou do seu círculo íntimo. Esse fenômeno é chamado de datificação e atingirá níveis incomensuráveis com a maior utilização da internet das coisas – *internet of things/IOT*.

Diante do exposto, a pesquisa ora apresentada tem por objetivo a análise crítica das implicações do direito fundamental à proteção de dados pessoais nas relações de trabalho subordinadas no Brasil. Para tanto, discorrer-se-á sobre a evolução, os conceitos e fundamentos desse direito, bem como sobre mecanismos para sua concretização – implementação, responsabilização e fiscalização – a partir da LGPD e da CF/88.

A pesquisa que se efetua é aplicada, e apresentará opções para desenvolvimento de uma metodologia concretizante e de maior proteção aos dados pessoais no âmbito das relações de trabalho subordinadas, gerando um novo conhecimento capaz de orientar empregadores públicos e privados, trabalhadores e órgãos de fiscalização, em especial a ANPD, o MTE, o MPT e os entes sindicais, na interpretação da legislação de regência, em especial a LGPD, de forma compatível com os ditames constitucionais referentes ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.

A pergunta-problema que move o presente estudo é: como dar concretude ao direito fundamental à proteção de dados pessoais nas relações trabalhistas a partir dos parâmetros da Constituição de 1988 e da LGPD, considerando as condições peculiares da relação de emprego e os atores públicos e privados na realidade brasileira contemporânea?

Para o atingimento do objetivo serão analisados dados secundários, com larga utilização do método dedutivo. Como premissa menor, foi realizada a exposição dos conceitos fundamentais sobre o tema, relacionando-os com os riscos do tratamento dos dados em desatenção aos seus princípios, seguida da discussão da premissa maior, referente à leitura constitucional do arcabouço legislativo existente para implementação do direito fundamental à proteção de dados, e o papel dos entes institucionais de proteção e regulamentação destes no âmbito trabalhista.

O método é lastreado pela pesquisa bibliográfica e documental, em especial a legislação de regência, material bibliográfico nacional e estrangeiro encontrado sobre o tema, em grande medida consistente de livros no formato de coletâneas e de artigos científicos.

Como método secundário, foi realizada pesquisa de legislação comparada, em especial a da União Europeia e sua *General Data Protection Regulation* – GDPR.

O presente trabalho está dividido em 3 partes, sendo a primeira destinada ao entendimento da proteção de dados como direito fundamental autônomo, oportunidade em que se demonstra o desenvolvimento quantitativo e qualitativo das normas neste sentido. Passa-se, então, à compreensão dos fundamentos constitucionais para a proteção de dados pessoais e da nomenclatura técnica necessária para tanto.

Em seguida são estudados os princípios gerais e os princípios constitucionais para a proteção de dados pessoais, bem como da hermenêutica que deve nortear a interpretação dos princípios de proteção de dados nas relações de trabalho subordinadas. Neste mesmo capítulo são analisadas as hipóteses legais permissivas mais utilizadas para o tratamento de dados pessoais nas relações de trabalho subordinadas, e o problema do uso da hipótese do consentimento nesse tipo de relação, face aos requisitos inerentes a essa hipótese e sua aparente incompatibilidade com a hipossuficiência e subordinação do trabalhador. Ao final, são apresentadas três soluções para o problema da utilização do consentimento nas relações de trabalho subordinadas para o tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores.

O capítulo seguinte examina mecanismos práticos para a efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais nas relações de trabalho submissas, onde a aplicação concreta do princípio da *accountability* surge com dupla finalidade, de exigir e incentivar aos empregadores a adoção de uma postura responsável e ética no tratamento dos dados pessoais dos empregados, e tornar possível, em sua maior medida, a fiscalização dessas atividades através dos registros formais das operações, inclusive das medidas técnicas e procedimentais, salvaguardas e mecanismos de mitigação dos riscos provenientes dos tratamentos de dados pessoais na sociedade da informação.

Ainda no mesmo capítulo são analisados os papéis de diferentes atores na relação de trabalho subordinado, no que se refere aos seus deveres institucionais-fiscalizatórios. Por mandamento constitucional, esses atores devem realizar intervenções no sentido de proteger não apenas os titulares trabalhadores, mas o próprio sistema democrático por meio da prevenção e do combate ao tratamento abusivo ou ilegal dos dados pessoais dos obreiros e seus dependentes, sendo o caso da ANPD, do MTE e do MPT, bem como dos entes sindicais nas suas relações com os seus representados e com os empregadores, inclusive nas negociações coletivas.

2 HISTÓRICO NORMATIVO E ASPECTOS CAPITAIS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como pressuposto ao exame do núcleo do presente trabalho, que é a problemática do uso do consentimento como hipótese legal para as relações de trabalho subordinado; e a sindicabilidade do tratamento de dados pessoais dessa relação através dos variados atores da complexa e conflituosa relação de emprego, é necessário conhecer a privacidade e a proteção de dados pessoais no seu atual estágio de desenvolvimento, preocupação e proteção, bem como fixar e entender a nomenclatura técnica que envolve o tema.

Para tanto, este capítulo será dedicado a esse estudo, iniciando pela evolução das normas de proteção de dados pessoais, para, em seguida, tratar da privacidade e da proteção de dados pessoais. O capítulo será concluído com a análise dos fundamentos constitucionais para a proteção de dados pessoais e dos elementos necessários para o entendimento da proteção de dados pessoais presentes da LGPD.

2.1 AS GERAÇÕES DAS LEGISLAÇÕES DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Para o melhor entendimento desse estudo, far-se-á uma análise da evolução legislativa brasileira para a proteção de dados pessoais, a qual caminha ao lado da mudança evolucionária do próprio conceito de privacidade.

O Direito, como ciência viva e dinâmica, deve acompanhar as constantes modificações sociais e enfrentar os desafios que lhes são impostos por fatores endógenos e exógenos. A tecnologia e seus avanços nas mais diversas áreas, é um dos – senão o maior – fatores exógenos a impor as mudanças nessa área de estudo.

Ao redor do mundo, as Constituições e as normas delas derivadas estão sendo atualizadas ou reinterpretadas para dar respostas a esses avanços e seus reflexos nas relações humanas. Nesse contexto, o poder da lei deve fazer frente ao poder tecnológico, regulando-o e harmonizando-o às escolhas políticas de cada sociedade.

As normas afetas ao tema vêm sofrendo mudanças de níveis quantitativos e qualitativos, as quais apresentaremos a seguir utilizando a classificação sugerida por Viktor Mayer-Schönberger, em quatro gerações.

Na década de 1970 surgiram as primeiras legislações sobre a proteção de dados pessoais, citando-se como marcos do início desse movimento legislativo, sem grandes divergências

doutrinárias, a Lei do estado (*Land*) alemão de Hesse, de 1970, o Estatuto para bancos de dados de 1973 – *Datalag*, na Suécia, e o *Privacy Act* norte americano de 1974. Essas leis, as quais são classificadas como de primeira geração, tinham como objeto de atenção a concessão de autorizações para a criação de bancos de dados e o seu controle, feito quase que exclusivamente pelo Estado aquela época.¹

Uma segunda geração de leis, cujo marco temporal é lei francesa de proteção de dados pessoais de 1978, a *Informatique et Libertés*, abandona o critério central de análise da tecnologia nos bancos de dados, agora já amplamente utilizados pela iniciativa privada, para dar atenção à privacidade e a proteção de dados como uma liberdade negativa, pertencendo ao cidadão a identificação da fonte do uso indevido dos seus dados pessoais e a propositura dos pedidos de tutela aos direitos violados.

Com o avanço da tecnologia, o uso dos dados pessoais dos indivíduos passou a ser requisito indispensável na sua integração à sociedade informacional que despontava, a qual já utilizava massivamente as tecnologias de tratamento de dados pessoais para as mais diversas finalidades.

A lógica da liberdade negativa passou a não ser mais eficaz e nem almejada nesse novo cenário. A preocupação de dar a liberdade ao titular dos dados em fornecer ou não os seus dados pessoais migrou para a de garantir ao titular dos dados pessoais os meios para que ele pudesse exercer a autodeterminação informativa.

Surgem, assim, nos anos 1980, a terceira geração de leis de proteção de dados pessoais, as quais, mantendo ainda o indivíduo no centro gravitacional da proteção, procuraram ir além da simples obtenção ou da negativa pelo titular dos seus dados, colocando-o como parte ativa em todo o processo de tratamento. Essa terceira geração de leis ainda possuía caráter eminentemente individual, determinando caber ao indivíduo suportar os custos financeiros e sociais decorrentes do exercício da autodeterminação informativa.

Procurando transpor a visão individualista até então existente, as leis de quarta geração buscam um padrão de proteção de dados pessoais no coletivo, resguardando o indivíduo na sua fragilidade frente às organizações que tratam dados pessoais. Seu marco normativo é o julgamento da Lei do Senso pela Corte Constitucional da Alemanha, no ano de 1983.

Paradoxalmente, as leis de quarta geração restringem a liberdade do próprio indivíduo de consentir com o tratamento dos seus dados pessoais de qualquer modo, uma vez que buscam um elevado grau de proteção, no qual a decisão individual pode sucumbir à proteção da

¹ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.179-180.

coletividade. Sobre a quarta geração de leis de proteção de dados pessoais, assim destaca Doneda:

Nelas, percebe-se uma consciência do problema integral da informação na fundamentação da disciplina, que implica na dificuldade de basear a tutela dos dados pessoais simplesmente na escolha individual – são necessários instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção.²

A quarta geração é a geração das legislações atuais, nas quais proliferaram a criação e a importância das autoridades independentes em matéria de proteção de dados pessoais, a exemplo da LGPD e da ANPD. Interessante destacar, que a autoridade francesa de proteção de dados pessoais - *Commission Nationale de l'informatique et des Libertés*, foi criada na segunda geração, através da citada *Informatique et Libertés*, o que reafirma o avanço da legislação e do amadurecimento da matéria no continente europeu.

No Brasil, o direito à privacidade é descoberto no nível constitucional com o emprego da hermenêutica constitucional, utilizando o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), bem como da garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/88).

A Constituição de 1988 não empregou declaradamente a privacidade em seu conteúdo, lançando mão dos conceitos abertos de dignidade da pessoa humana, intimidade, vida privada e imagem das pessoas, acima mencionados.³

O cuidado e a atenção do Brasil com a proteção dos dados pessoais vem sendo evidenciada através do reconhecimento de direitos e garantias, e da criação de leis e órgãos de fiscalização, os quais confirmam a existência de uma política nacional de proteção dos dados pessoais.

A Constituição Federal manifestou, em sua origem, a proteção aos direitos de privacidade, de acesso e controle de dados pessoais. Como manifestação dessa preocupação com a privacidade e os dados pessoais destacam-se os arts. 1º, inc. III, e 5º, incs. X, XXXIII e LXXII.⁴

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, já demonstrando atenção à coleta e o uso de dados dos consumidores, incluindo dados pessoais,

² DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 184.

³ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

⁴ 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**, n. 249, 2021.

trouxe, em seu art. 43, regras para o tratamento de banco de dados e cadastros de consumidores. Sobrevieram a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, a Lei do Cadastro Positivo, e a Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação. Ambas tratavam da utilização de dados e privacidade, porém esta foi a primeira lei brasileira que trouxe uma regulamentação quanto ao acesso à informação e à *internet*, sendo editada justamente para regular o inciso XXXIII, do art. 5º da CF.⁵

Em novembro de 2012 foi sancionada a Lei nº 12.737, a qual dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Trouxe, assim, tipicidade a alguns dos chamados crimes cibernéticos. Em abril de 2014 veio a mais grandiosa e polêmica, até então, iniciativa do Estado brasileiro de regulação da internet, através da Lei nº 12.373, a popularmente conhecida como o Marco Civil da *Internet*.

Esse dispositivo foi aprovado e estabeleceu as bases dos princípios, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil, bem como diretrizes sobre o armazenamento de informações. Posteriormente, foi editado o Decreto nº 8.771/2015, que regulamentava o Marco Civil da *Internet*. Esse decreto abordou de forma vaga o tratamento de dados pessoais, deixando ainda o tema incompleto e frágil.⁶

Em 2018, como a maior e mais profunda legislação da política nacional de proteção de dados pessoais, foi aprovada e sancionada a LGPD, a qual toma por base a legislação europeia sobre a matéria. A LGPD teve como grande destaque a condensação e o melhoramento de vários princípios e regras existentes no Marco Civil da Internet. Preencheu, assim, lacunas no ordenamento jurídico sobre o tema, além de trazer de forma ampla e específica a proteção aos dados pessoais, possibilidades legais para o tratamento, direitos do titular, direitos, deveres e responsabilidades do controlador e do operador, bem como sanções cabíveis pela falta ou insuficiência da observação da lei.⁷

Com a LGPD houve a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia pública federal com competência para zelar pela proteção dos dados pessoais, elaboração de diretrizes, fiscalização e aplicação de penalidades, entre outras.

Verifica-se, dessa forma, que a ANPD terá competência para solicitar informações e documentos, auditar, fiscalizar e aplicar punições aos controladores e operadores pelo tratamento ilegal ou irregular dos dados pessoais. A ANPD deve agir, portanto, no sentido de

⁵ RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/35794>. Acesso em: 08 out. 2022.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

regulamentar, prevenir, apurar e aplicar penalidades aos agentes de tratamento de dados pessoais.

Em fevereiro de 2022, a Emenda Constitucional nº 115 alterou a Constituição Federal para incluir em seu artigo 5º o inciso LXXIX, entrincheirando a proteção dos dados pessoais no rol de direitos fundamentais. Modificou também os artigos 21 e 22 para estabelecer a competência exclusiva da União para organizar e fiscalizar, bem como legislar sobre a temática.

A proteção de dados pessoais tornou-se, assim, um direito fundamental expresso, valendo frisar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconhecia esse caráter como derivado da modernização das relações sociais em nossa sociedade.

Tal aceção pode ser constatada no julgamento da liminar deferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs) nº 6387, 6388, 6389, 6393 e 6390, dos dias 5 e 6 de maio de 2020.⁸

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes retratou o que apresentou como sendo um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo: o de acompanhar e compatibilizar os direitos e garantias fundamentais, bem como manter a estabilidade social, frente aos constantes e velozes avanços da tecnologia. Destacam-se, nesse sentido, os seguintes trechos do referido voto, em especial quanto à indicação dos critérios para implementação do direito fundamental à proteção de dados pessoais:

A discussão travada nesta ADI testa as possibilidades e os limites da proteção constitucional do direito à privacidade (art. 5º, inciso X) frente aos riscos desencadeados pelo constante avanço tecnológico que caracteriza a nossa sociedade da informação. A força normativa da constituição pode e deve ser atualizada e reconceitualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional e que hoje são diretamente ameaçadas pelo descompasso entre o poder de vigilância e a proteção da intimidade. [...]

O direito fundamental à igualdade – enquanto núcleo de qualquer ordem constitucional – é submetido a graves riscos diante da evolução tecnológica. A elevada concentração de coleta, tratamento e análise de dados possibilita que governos e de empresas utilizem algoritmos e ferramentas de *data analytics*, que promovem classificações e estereotipações discriminatórias de grupos sociais para a tomada de decisões estratégicas para a vida social, como a alocação de oportunidades de acesso a emprego, negócios e outros bens sociais.

[...] este Tribunal deve reconhecer que a disciplina jurídica do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo. [...]

É que, conforme será desenvolvido a seguir, no presente voto, a tutela de um direito fundamental à proteção de dados não mais se adstringe à demarcação de um espaço privado, mas, antes, afirma-se no direito à governança, transparência e sindicabilidade do tratamento de dados compreendidos em aceção abrangente.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 6.387 MC/DF**. Relatora Min. Rosa Weber, j. 24/04/20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

Na análise dos votos no julgamento acima relatado é possível verificar o reconhecimento, pelo STF, da proteção dos dados pessoais como direito fundamental antes mesmo da EC 115. Além disso, merece destaque a importância dada a alguns princípios inerentes a esse reconhecimento, tais como princípios pré-existentes a qualquer tratamento de dados pessoais, e que merecem figurar no suporte fático do direito fundamental da proteção dos dados pessoais, a saber: finalidade, adequação, necessidade, segurança, prevenção, responsabilidade e prestação de contas, não discriminação, autodeterminação informativa e transparência.

Destaca-se ainda, no voto do Ministro Gilmar Mendes, a necessidade do controle interno e externo ao tratamento de dados pessoais, através do realce ao princípio da sindicabilidade em sua fundamentação.

Como outros direitos fundamentais, o direito à proteção de dados pessoais possui dupla dimensão, a objetiva e a subjetiva. Em sua dimensão subjetiva o direito à proteção de dados pessoais confere ao titular um feixe de posições de natureza negativa e positiva do estado e dos entes privados. Já em sua dimensão objetiva, o direito prevê um dever de proteção, de organização e criação de procedimentos por parte do estado para com os titulares, em sentido amplo, e à sociedade como um todo coletivo.⁹

Diante do acima exposto, conclui-se que o Estado brasileiro vem apresentando uma evolução de ordem quantitativa e qualitativa em sua legislação para a efetiva proteção dos dados pessoais, sendo esse desenvolvimento normativo necessário frente a importância que o tratamento desses dados tomou na sociedade contemporânea e dos riscos inerentes.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Quando Samuel Warren e Louis D. Brandeis, dois advogados norte-americanos, escreveram, em 1890, o artigo *The right to privacy*,¹⁰ eles não poderiam imaginar que o conceito de privacidade contido em seu trabalho sofreria mudanças tão significativas na sociedade da

⁹ 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, p. 179-218, jan./jun. 2020.

¹⁰ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

informação. *The right do privacy* é considerado, com grande consenso na doutrina, como sendo o primeiro trabalho escrito sobre a privacidade e os limites da sua invasão.

Essa privacidade, a qual chamaremos de conceito clássico de privacidade para fins de melhor entendimento, possui caráter estático, com lógica de liberdade negativa, do indivíduo não sofrer interferências alheias na sua vida privada.¹¹ Era um direito arquitetado para proteção à propriedade privada, onde destacam-se a proteção à intimidade, ao domicílio, à correspondência, à imagem, à honra, entre outros.

Havia uma clara intenção de separar por meio deste direito o que seria público e o que seria privado na relação entre o indivíduo e a sociedade, em especial com as liberdades de informação e de imprensa.

Tomando emprestadas as palavras de Otávio Luiz Rodrigues Junior, a privacidade seria um “círculo de vivências, acontecimentos e informações”, que a pessoa deseja “legitimamente guardar para si e subtrair aos olhos do público, por se referirem a experiências íntimas que deseja manter como tais”.¹²

A pessoa humana tem o direito de conservar livres do domínio público certos aspectos da sua vida privada, tais como aqueles que acontecem no interior da sua casa, asilo inviolável nos termos da Constituição, ou na conversa com amigos.

O dilema descrito no artigo de 1890, de Warren e Brandeis, diz respeito a este conceito clássico, da necessidade de proteger o indivíduo da invasão de olhares externos, acerca da exposição de fatos de sua vida pela imprensa americana.

A privacidade passou, então, a ter um *status* de direito fundamental no pós-segunda guerra mundial, com a sua referência em 1948 na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e logo a seguir na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de agosto de 1948.

O direito à privacidade em seu conceito clássico padece com os desafios que lhe são impostos pelos avanços da tecnologia e da sociedade em rede. A resposta a esses desafios estaria, pelo menos em tese, no surgimento do direito à proteção de dados pessoais, o qual consiste em uma proteção dinâmica e uma liberdade positiva do controle sobre as suas informações pessoais.¹³ Isso tornaria possível ao indivíduo o controle sobre a coleta e o uso dos

¹¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 93.

¹² RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. São Paulo: Forense, 2018. p. 698.

¹³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 94.

seus dados pessoais pelas organizações, especialmente àquelas que utilizariam os dados e as informações deles extraídas como matéria prima na economia informacional.

Deixaria então o direito à privacidade o seu caráter estático, à espera de uma violação, passando a se preocupar com a sua construção posterior, onde atuaria ativamente no controle e conhecimento do que é feito com os dados pessoais, através de uma tutela dinâmica, capaz de dar uma resposta individual e coletiva ao tratamento em larga escala desses dados.

Essa mudança da lógica da privacidade foi descrita por Stefano Rodotà, ao falar da transição do trinômio “pessoa-informação-sigilo”, característico da privacidade clássica, para o quadrinômio “pessoa-informação-circulação-controle”,¹⁴ com menção a grande circulação e tratamento¹⁵ de dados pessoais que ocorre no mundo globalizado e digital.

Como principal ferramenta dessa mudança, a *internet* vem modificando a vida das pessoas, e como ciência social dinâmica, que busca regular as múltiplas relações do ser humano com o meio que o cerca, o Direito não pode ficar apático a nova realidade que se impõe.

Surgem, então, da interação da *internet* com as pessoas humanas pelo menos duas grandes vertentes de novos direitos, os quais podem ser qualificados, de forma simples, da seguinte forma: a primeira vertente seria a proteção da pessoa em face dos riscos à liberdade, à dignidade, à igualdade, entre outros, os quais derivam da *internet* e do seu uso; a segunda seriam os direitos de proporcionar a condição da promoção e ampliação dos direitos que são possibilitados pela própria *internet*.^{16 17}

¹⁴ RODOTÀ, Stefano. Persona, riservatezza, identità. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano CV, n. 4, p. 583-609, dic. 1997.

¹⁵ Utilizou-se como definição para o tratamento dos dados pessoais a descrição exemplificativa contida no art. 5º, X, da LGPD, sendo 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.

¹⁶ Neste sentido, expõem Rodolfo Pamplona Filho e Vicente Vasconcelos Coni Junior: “pode-se considerar a existência de categorias de direitos que são relacionadas a duas distintas situações pertinentes à Internet: a primeira envolveria a necessidade de proteção em face de riscos à dignidade, igualdade e liberdade que derivam da Internet; a segunda, concerne às condições de ampliação e promoção dos direitos pelas vias que são propiciadas pela Internet. Quanto aos riscos, pode-se considerar a existência, sobretudo, de três grupos de direitos, relativos aos que: a) visam a garantir o acesso adequado às tecnologias da comunicação e da informação, inclusive à internet e aos conteúdos por ela veiculados, sem direcionamentos e que sejam disponibilizados de forma neutra; b) almejam resguardar a privacidade, a intimidade e a propriedade; c) objetivam evitar práticas discriminatórias e preconceituosas, como manifestações de discurso do ódio. Quanto às condições de ampliação e promoção de direitos, haveria, ao menos, dois grupos de direitos, que seriam, primeiramente, relativos às liberdades, como a liberdade de informação, à liberdade de manifestação do pensamento, à liberdade de reunião, dentre outras.” CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA filho, Rodolfo. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no direito do trabalho. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 239. 2020. p. 2. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6744/4066>. Acesso em: 09 out. 2022.

¹⁷ Neste sentido, cita-se como exemplo a PEC nº 47, de 2021, a qual pretende acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos fundamentais.

O direito a proteção de dados não deve ser entendido como uma simples evolução do direito à privacidade, embora com ele tenha íntima conexão. Isso, porque além de ter uma lógica diversa, como já exposto, o seu relacionamento com outros direitos fundamentais é mais profundo, reclamando autonomia e estudos próprios diante dos riscos que a sua inobservância pode ocasionar em uma sociedade em rede que se pretende democrática e pluralista, alheia a uma sociedade do controle dos indivíduos e da sociedade pelo tratamento das suas informações pessoais.

Essa distinção de privacidade e proteção de dados pessoais já quase não encontra mais opositores, seja na doutrina, seja nas legislações ao redor do mundo. Como exemplo, citamos a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, onde ocorre expressa distinção entre o “respeito pela vida privada e familiar” e a “proteção de dados pessoais”, previstos nos artigos 7º e 8º, respectivamente.¹⁸

Privacidade e proteção de dados pessoais são distintas, autônomas, porém, é inegável a interação entre uma e outra na sociedade da informação, onde é possível a coleta de dados capazes de individualizar a pessoa natural no que toca a aspectos essenciais da sua personalidade, tais como sua religião, preferências políticas, vida sexual, conteúdo de correspondências digitais, entre tantas outras.

Como resultado da datificação¹⁹ do ser humano pela sua inclusão elevada no ambiente digital e das suas interações com as mais variadas formas de coleta dos seus dados pessoais, o

¹⁸ Art. 7º Respeito pela vida privada e familiar – Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Art. 8º Protecção de dados pessoais – 1. Todas as pessoas têm direito à protecção de dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. Disponível em: UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

¹⁹ “A datificação, de acordo com Mayer-Schoenberger e Cukier, é a transformação da ação social em dados on-line quantificados, permitindo assim monitoramento em tempo real e análise preditiva. As empresas e as agências governamentais exploram as pilhas exponencialmente crescentes de metadados coletados a partir da mídia social e plataformas de comunicação, tais como Facebook, Twitter, LinkedIn, Tumblr, iTunes, Skype, YouTube, e serviços gratuitos de e-mail, como o Gmail e o Hotmail, para rastrear informações sobre o comportamento humano:” (DIJCK, José van. *Confiamos nos dados? As implicações da datificação para o monitoramento social*. **Matrizes**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 39-59, jan./abr. 2017. p. 41. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-8160.v11i1p39-59>. Acesso em: 09 out. 2022). “Podemos agora coletar informações que não podíamos antes, seja sobre os relacionamentos revelados por chamados telefônicos ou sentimentos mostrados em tweets” (MAYER-SCHOENBERGER, V.; CUKIER, K. *apud* DIJCK, José van. *Confiamos nos dados? As implicações da datificação para o monitoramento social*. **Matrizes**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 39-59, jan./abr. 2017. p. 41. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-8160.v11i1p39-59>. Acesso em: 09 out. 2022).

ser humano é rotulado e caracterizado com base nesses dados. Esses dados pessoais coletados formam um perfil a seu respeito, uma prática que recebe o nome de *profiling*.²⁰

Esse perfil, por sua vez, é utilizado para as mais diversas finalidades, desde processos seletivos para postos de trabalho,²¹ passando pelo desenho de perfis de consumo para fins de publicidade comportamental *on line*,²² até o que será visto quando se acessa a *internet*, especialmente pelo uso de *cookies* para identificar o usuário, rastrear a sua navegação na rede e obter dados úteis a seu respeito. Danilo Doneda descreve bem esse processo:

Nossos dados, estruturados de forma a significarem uma representação virtual - um avatar - de nós mesmos, são cada vez mais o principal fator levado em conta na avaliação de uma concessão de crédito, na aprovação de um plano de saúde, na obtenção de um emprego, na passagem pela imigração em um país estrangeiro, entre tantos outros casos.²³

Essas informações são armazenadas e podem ser compartilhadas ou acessadas por terceiros, das mais diversas formas e por diferentes justificativas, o que aumenta o número de pessoas com acesso a importantes informações sobre os indivíduos, significando um risco considerável aos direitos e garantias dos seus titulares.

No atual estágio de produção e coleta de informações da sociedade, a proteção dos dados pessoais passou a ter vital importância na manutenção da democracia, bem como na garantia e no exercício de outros direitos fundamentais, entre os quais os de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, os quais são objetivos da LGPD, presentes em seu art. 1º.

Abordaremos, a seguir, o tratamento de dados pessoais nas relações de trabalho subordinados, as quais, pela natureza do próprio trabalho em subordinação, requerem maior atenção e fiscalização.

2.2.1 A proteção dos dados pessoais do trabalhador e os riscos do seu tratamento

²⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 87-88.

²¹ A exemplo da metodologia de contratação *data-driven*, a qual compila e analisa um grande volume de dados, coletados de diversas bases, com o uso de *machine learnig* e inteligência artificial, sendo um processo baseado em dados e modelos preditivos, com o uso de algoritmos. EQUIPE CATHO EMPRESAS. O que é a contratação data-driven e como fazê-la? **Catho**, 27 set. 2022. Disponível em: <https://paraempresas.catho.com.br/contratacao-data-driven/>. Acesso em: 10 out. 2022.

²² BIONI, op. cit., p. 16-17.

²³ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1-2.

É perceptível que as relações de trabalho vêm passando por mudanças significativas nas últimas décadas, muitas delas ocasionadas pela tecnologia e pelos novos modelos de negócios, os quais, em grande parte, utilizam a *internet* e o tratamento de dados pessoais.

Vários são os meios de tratamento desses dados, e mais diversos ainda as finalidades as quais podem ser destinados, a exemplo do uso da *internet* das coisas²⁴ nas ferramentas de trabalho para monitorar o desempenho e os deslocamentos do empregado ou o uso de dados pessoais sensíveis para o usual controle de jornada, como no caso do ponto digital.

O fluxo de informações pessoais dos trabalhadores não ocorre apenas em âmbito privado. Um grande volume de dados pessoais é coletado e enviado para cumprimento de obrigações legais para com o governo, nos diferentes níveis da Federação. Assim, informações sobre o vínculo de emprego tais como afastamentos e suspensões do contrato de trabalho, exposição a agente insalubres ou perigosos, entre outros dados são repassados diariamente aos entes governamentais, alimentando o banco de dados sobre o empregado, desde a primeira contratação até a sua aposentadoria, e não cessando em razão dessa.

O objetivo do uso das tecnologias de tratamento de dados no ambiente laboral pode ser resumido a duas palavras: controle e eficiência. O controle do empregado através dos seus dados pessoais provoca uma grande assertividade nos dados por ele coletados, pois é possível saber se o trabalhador está efetivamente trabalhando ou não, mesmo não estando no mesmo espaço físico do empregador, através do uso de câmeras e de *logs* nos sistemas, o tempo em que ele esteve digitando ou interagindo com os sistemas empresariais, a produção realizada, o retorno às demandas da empresa e dos clientes, o tempo de navegação em sites não vinculados ao seu serviço durante o expediente, entre outros.

A eficiência repousa na utilização máxima do trabalho do indivíduo em prol do contratante, uma vez que aquele estará sobre constante vigilância, capaz, inclusive, de afetar o seu bem-estar físico e psicológico, o ambiente de trabalho, a socialização do empregado com seus pares, o surgimento ou as discussões de questões sindicais dentro das organizações.

Como resultado do maior controle e do aumento da eficiência, os empregadores auferem uma redução dos custos em diversas etapas da relação de emprego, inclusive na de seleção, onde, através da utilização de ferramentas de *Big Data*, milhares de candidatos são previamente

²⁴ Segundo o art. 2º, I, do Decreto nº 9.845, de 25 de junho de 2019, a *internet* das coisas pode ser definida como a infraestrutura que integra a prestação de serviços de valor adicionado com capacidades de conexão física ou virtual de coisas com dispositivos baseados em tecnologias da informação e comunicação existentes e nas suas evoluções, com interoperabilidade.

analisados para concorrerem a uma vaga de trabalho, excluindo candidatos que tenham características não desejadas à função.

Não é difícil imaginar, já neste momento, a alta capacidade de lesão a direitos fundamentais dos trabalhadores no exemplo acima utilizado. O candidato, que muitas vezes sequer sabe que está sendo avaliado para uma oportunidade de trabalho, pode sofrer discriminação por vários fatores, tais como sua idade, sexo, etnia, religião, local onde reside, distância deste local até a empresa, orientação sexual, estado de saúde, cor da pele, experiências anteriores de trabalho, ao fato de já haver ingressado com uma reclamação trabalhista contra ex-empregador, dentre vários outros.

A imensurável quantidade de dados pessoais de trabalhadores em circulação, com informações de suas diferentes esferas de vivência social, tais como a religiosa, a sexual, a familiar, a política etc., podem invadir e serem utilizadas para análise em outras esferas sociais, tais como a laboral.

Se o empregado frequenta uma certa igreja e professa uma determinada religião, por exemplo. Isso pouco deveria importar para a sua vida profissional. Porém, essa informação pode estar – e provavelmente estará – circulando no fluxo de dados pessoais característico na sociedade da informação. Esse tipo de dado poderá, então, ser utilizado por um potencial empregador em uma seleção para vagas de emprego, ou pelo empregador pra avaliar promoções entre seus empregados, servindo dessa forma para discriminar o empregado.

Tudo estará registrado no banco de dados, ou nos vários bancos de dados consultados, e será analisado por um algoritmo, o qual, mesmo que não tenha sido programado para esta finalidade ilegal, violará direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana pela prática da discriminação.

Banco de dados é a definição para um conjunto de informações estruturadas seguindo uma lógica anteriormente definida, com finalidade utilitarista. A partir do advento e desenvolvimento da informática, os bancos de dados passaram a ser explorados com maior potencial, tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo.²⁵

O algoritmo, utilizado há milênios na matemática e em outros ramos do conhecimento, ganhou notoriedade com a criação da máquina universal por Alan Turing, posteriormente chamada de computador. Ela utilizava uma sequência de instruções bem definidas e em etapas

²⁵ DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 30 set. 2023.

para a resolução de um problema ou para a realização de uma tarefa, valendo-se de dados inseridos (*inputs*) e resultando em respostas (*outputs*).

O *Big Data*, juntamente com modernas técnicas de tratamento de dados, entre as quais destaca-se a conhecida como *data mining*²⁶, tornaram possível a extração de informações úteis de diversas fontes, desde bancos de dados a fontes não estruturadas, com dados em seu estado bruto, não qualificados e em diferentes formatos.²⁷

Em sua dissertação,²⁸ Eugênio Delmaestro, citando o trabalho de Mayer- Schönberger e Cukier, destaca que três mudanças de mentalidade advieram do *Big Data*. A primeira seria a capacidade de analisar grande quantidade de dados sobre um tópico, ao invés de terem acesso restrito a conjuntos menores. A segunda mudança seria a possibilidade de receber e incorporar, nas análises realizadas, dados sem qualidade ou equivocados.

Sobre essa mudança, disserta o autor, que a qualidade dos dados é algo que sempre se almeja para garantir a menor chance de erros da análise, porém, isso somente pode ser garantido quando se limita o exame a um pequeno conjunto de dados. Contudo, os dados disponíveis em larga escala nem sempre estão com qualidade, ou podem ser conferidos para lhes corrigir o defeito. Dessa forma, o *Big Data* incorpora a imprecisão existente na quantidade absurda de dados analisados, mas que, justamente por ter uma amostra colossalmente maior, podem gerar um resultado melhor e mais assertivo.

Por fim, como terceira mudança é apontada a da mentalidade, que tira o foco da busca pela casualidade evasiva para entender as correlações entre os fenômenos, utilizando esse resultado para resolver o problema. Sobre as mudanças acima, destaca-se o pensamento de Bioni:

Por isso os dados passaram a ser analisados não mais em pequenas quantidades ou por amostras, mas em toda a sua extensão. Há um salto quanto ao volume de dados processados, tornando-se possível correlacionar uma série de fatos (dados), estabelecendo entre eles relações para desvendar *padrões* e, por conseguinte, inferir, inclusive, *probabilidades* de acontecimentos futuros.

Por esse motivo o *Big Data* não é um sistema inteligente. Não se trata de ensinar o computador a pensar como um ser humano, trata-se apenas de uma nova metodologia

²⁶ O *data mining*, mineração de dados em tradução livre, consiste, segundo Danilo Doneda, “na busca de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a partir de quantidades muito grandes de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos.”. DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2020. p. 158.

²⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 34.

²⁸ CORASA, Eugênio Delmaestro. **Capitalismo baseado em dados e a proteção do trabalhador: investigações para uma utilização coletiva de ferramentas de proteção de dados dos trabalhadores no Brasil**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/46944>. Acesso em 12/10/2023.

para que tal ferramenta processe e organize dados para inferir a (re)ocorrência de acontecimentos.

[...] É por meio dessa (cor)relação estabelecida entre fatos que se revela um padrão, ou seja, a recorrência de um evento que permite prever que eles se repetirão no futuro. Em conclusão, *Big Data* não se preocupa com a causalidade de um evento, mas tão somente, com a probabilidade da sua ocorrência. Em vez de questionar porque algo acontece, procura-se diagnosticar o que está acontecendo. Não se está preocupado com a análise das razões que geram uma cadeia de eventos, mas, tão somente, com o seu desencadeamento.²⁹

A utilização de um algoritmo numa relação de emprego, bem como em outras relações, possui inquestionáveis vantagens sob vários aspectos, tais como a já relatada redução de custos, melhoramentos de serviços, diminuição de riscos, assertividade em análises etc.

Porém, o enfoque que chama atenção nesta pesquisa é a possibilidade de discriminação – que recebe o nome de discriminação algorítmica, de controle extremo e de invasão da privacidade dos trabalhadores na relação de trabalho pelo tratamento de dados pessoais realizada através dos algoritmos, ou ainda, a possibilidade do cometimento de outras injustiças ou erros.

Para definir a discriminação, lança-se mão dos ensinamentos de Francisco Gérson Marques de Lima:

ato de discriminar ou diferenciar com pejoração, sem pertinência lógica ou preconceituosamente, para eliminar o indivíduo ou o objeto analisado mediante raciocínio subjetivo; distinção feita entre pessoas ou objetos, eliminando uns em benefício de outros, para satisfazer anseios e ideias preconcebidas; separação através de tirocínio sem balizamento objetivo; discernimento feito por alguém, que leva o indivíduo ou o objeto distinguido à situação de inferioridade, embora antes, fossem uns e outros iguais ou semelhantes entre si.³⁰

Assim sendo, a discriminação algorítmica é toda forma de discriminação ocorrida através da utilização do algoritmo, a qual pode ocorrer com um propósito já inserido na sua programação, ou em virtude da má interpretação, da má qualidade ou da insuficiência dos dados disponíveis para a decisão automatizada.

Os algoritmos utilizados nas relações de trabalho pelos empregadores valem-se das mais variadas fontes de coletas de dados para alcançar os seus objetivos. Se, nas décadas anteriores, o meio de controle e gestão dos empregadores era realizado no local físico de trabalho – através dos relatos dos gestores, pesquisas com clientes ou realizadas internamente, verificação da

²⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 36.

³⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques. **Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 33.

produtividade do empregado ou do setor, câmeras de vigilância, entre outros –, com o avanço da tecnologia, esse controle pode ocorrer de incontáveis maneiras, muitas vezes imperceptíveis.

O uso dos algoritmos para gestão e vigilância dos empregados, que pode ser intensificado com o emprego da inteligência artificial, realiza a coleta e analisa os dados obtidos com o trabalho dos indivíduos, bem como com os dados criados e disponibilizados pelo trabalhador através das suas interações digitais no âmbito privado.

Cathy O’Neil³¹ se refere a esses algoritmos como *Weapons of Math Destruction* – WMDs (armas de destruição matemática, em livre tradução). Segundo a autora, algumas características podem acompanhar esses algoritmos, transformando-os em armas de discriminação e injustiças, tais como a opacidade, a escala e o dano que eles podem causar. Nesse sentido, O’Neil cita exemplos que são válidos para as relações de trabalho, como a da utilização por empregadores dos escores de crédito das pessoas para processo de seleção, acreditando que aqueles que pagam suas contas em dia seriam mais predispostos a cumprirem horários e obedecerem às regras a eles impostas.

Ocorre, porém, que em muitas oportunidades, excelentes profissionais podem se encontrar em dificuldades financeiras por diversos motivos, a exemplo do desemprego, de gastos elevados por problemas de saúde ou por prestarem auxílio a parentes. Em virtude de uma má fase financeira, esses trabalhadores podem atrasar contas, ou deixar de pagá-las, diminuindo o seu padrão de bom pagador.

O desemprego provocado pela recusa da oportunidade a um trabalhador com baixo escore de pagamento, ou a recusa a uma melhor oportunidade de emprego, irão, conseqüentemente, aprofundar a situação de pobreza e falta de pagamento desse trabalhador, gerando um círculo vicioso, cruel e sádico.

Além disso, algoritmos para funcionarem bem, visando a correta resposta ao problema que lhes é dado, devem receber informações de qualidade, verdadeiras e atuais, evitando-se ainda a dubiedade das expressões utilizadas. Os *inputs* recebidos pelo algoritmo, caso estejam equivocados, certamente gerarão um *output* errado, ou seja, por conta de informações erradas a resposta será igualmente errada.

Tome-se como exemplo um trabalhador hipotético que foi acometido por um câncer. Felizmente, após o tratamento médico, ele foi curado da doença e recuperou-se plenamente. Participando de um processo interno de promoção, os dados de vários empregados foram

³¹ O’NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction**: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. New York: Crown, 2016. O livro foi traduzido para o português como “Algoritmos de Destruição em Massa”.

colocados para análise de um sistema, no qual o algoritmo avaliava diversas variáveis, dentre as quais a pontualidade, o absenteísmo e a produtividade dos candidatos.

O algoritmo não fora programado para fazer a correlação entre os atrasos do empregado, suas ausências, sejam justificadas ou não, e a sua produtividade. Não importará, na sua análise matemática, se o candidato passou por um grave problema de saúde e, ainda assim, manteve-se trabalhando, atuando no maior esforço das suas capacidades para obter o seu sustento e de sua família.

O empregado curado do câncer, mesmo sendo entre os demais candidatos o que mais tem capacidade e vontade de exercer tal cargo, seria imediatamente excluído pela análise do algoritmo, o qual ainda receberia os elogios de ser imparcial e objetivo. Dificilmente o empregado prejudicado poderia contestar o resultado de forma eficaz, pois a lógica subjetiva por trás do algoritmo quase sempre é inacessível, guardada a “sete chaves” como segredo comercial.

Em 2021, adotando a recomendação de uma algoritmo que analisou a eficiência dos trabalhadores, a empresa russa Xsolla despediu 150 dos seus 450 empregados. O algoritmo considerou os trabalhadores despedidos como improdutivos e pouco comprometidos com os objetivos da empresa.³² Diante dessa realidade, da ascensão do uso de dados pessoais, a análise dessas informações será determinante em todos os momento do contrato de trabalho, inclusive para a sua manutenção.

Tanto o tratamento, como a lógica subjacente desses processos, são uma caixa-preta para os trabalhadores e os agentes de fiscalização. Nesse sentido, adverte Ifeoma Ajunwa:

A caixa-preta no trabalho tem implicações terríveis para a situação dos trabalhadores num local de trabalho cada vez mais vigiado. Em primeiro lugar, a impenetrável caixa-preta da contratação automatizada lança dúvidas sobre a noção de igualdade de oportunidades para todos os trabalhadores, uma vez que a justiça dos critérios utilizados na contratação não pode ser verificada. Um processo de contratação não transparente também cria mais dificuldades para descobrir e corrigir disparidades na contratação. Em segundo lugar, a natureza opaca da forma como os dados são recolhidos dos trabalhadores poderiam ser avaliados ou implementada tanto pelos empregadores atuais como pelos futuros apresenta desafios à personalidade dos trabalhadores, às autonomia dos trabalhadores e à mobilidade social.³³

³² ECHARRI, Miquel. 150 demissões em um segundo: os algoritmos que decidem quem deve ser mandado embora. **El País**, 10 out. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/tecnologia/2021-10-10/150-demissoes-em-um-segundo-assim-funcionam-os-algoritmos-que-decidem-quem-deve-ser-mandado-em-bora.html>. Acesso em: 12 out. 2023.

³³ AJUNWA, Ifeoma. The “black box” at work. **Big Data & Society**, Londres, Reino Unido, v. 7, n. 2, p. 1-6, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1177/2053951720938093>. Acesso em 12 out 2023. p. 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/346272905_The_black_box_at_work. No original: “The black box at work holds dire implications for the plight of workers in an increasingly surveilled workplace. First, the impenetrable black box of automated hiring casts doubts on the notion of equal opportunity for all workers, as the

Além da equivocada interpretação dos dados, o algoritmo terá tantos vieses quantos forem os do seu programador, que pode moldá-lo, intencionalmente ou não, com seus preconceitos, tais como buscar apenas mulheres para vagas de recepcionista, ou apenas de homens brancos formados em universidades caras para vagas de gerência, entre outros.

Um outro problema central é a existência de vieses nas máquinas e sistemas responsáveis por tomar decisões que afetam os trabalhadores. Um viés, na sua acepção mais básica, é uma tendência ou distorção existente no processo decisório do julgador/agente decisório. Vieses são comuns na vida humana e podem impactar diretamente indivíduos marginalizados ou minoritários, como negros e pessoas não-heterossexuais. Um viés pode ser algo simples como um preconceito em face de uma determinada etnia ou orientação sexual, velado ou não.³⁴

Cathy O’Neil reitera a possibilidade de vieses pelo algoritmo e a importância de mecanismos de identificação e controle deles afirmando que algoritmos são modelos simplificados, que não conseguem incluir toda a complexidade da realidade ou as nuances da linguagem humana, que vai além da linguagem verbal. Afirma que para a criação do modelo realizam-se escolhas daquilo que se considera ser importante, ignorando pontos cegos que não seriam necessários para a execução da tarefa, e conclui que apesar da sua reputação de imparcialidade, os modelos refletem objetivos e ideologias, sendo opiniões embutidas em matemática.³⁵

Em 2019 a União Europeia formulou orientações para o desenvolvimento da inteligência artificial, de forma que este fosse centrado no ser humano, como instrumento de aumento do bem-estar, devendo serem observados o respeito à dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de direito e respeito dos direitos fundamentais.

O objetivo era o aumento da confiança no uso dessa tecnologia, através da observação de três componentes: legal, ético e sólido. Pelo componente legal, deveriam ser observadas toda a legislação e regulamentos aplicáveis. O componente ético vincula a IA a observação de valores e princípios éticos e morais. Já para o preenchimento do componente da solidez, deveria

fairness of criteria used in hiring cannot be verified. A nontransparent hiring process also creates more difficulty for discovering and redressing disparities in hiring. Second, the opaque nature of how data collected from workers could be evaluated or deployed both by present and future employers presents challenges to worker personhood, worker autonomy, and social mobility”. (tradução livre)

³⁴ CORASA, Eugênio Delmaestro. **Capitalismo baseado em dados e a proteção do trabalhador**: investigações para uma utilização coletiva de ferramentas de proteção de dados dos trabalhadores no Brasil. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/46944>. Acesso em 12/10/2023.

³⁵ O’Neil, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução Rafael Abraham, 1ª Ed., Santo André: Ed. Rua do Sabão, 2020, p. 33/35.

ser buscado ao máximo a segurança do ponto de vista técnico e social, com análise inclusive dos danos não intencionais que pudessem ser causados.

Simultaneamente, há que sublinhar que os direitos fundamentais também são conferidos a indivíduos e (até certo ponto) a grupos por força do seu estatuto moral como seres humanos, independentemente do seu valor jurídico. Entendidos como direitos suscetíveis de proteção judicial, os direitos fundamentais enquadram-se, por conseguinte, na primeira componente de uma IA de confiança (a IA legal), que garante o cumprimento da legislação. Entendidos como direitos universais, alicerçados no estatuto moral inerente aos seres humanos, estão também subjacentes à segunda componente de uma IA de confiança (a IA ética), respeitante a normas éticas que, embora não sejam necessariamente vinculativas em termos jurídicos, são cruciais para assegurar a fiabilidade.³⁶

As orientações trouxeram ainda sete requisitos que os sistemas que utilizam IA devem cumprir, sendo: i) ação e supervisão humanos; ii) solidez técnica e segurança; iii) privacidade e governança de dados; iv) transparência; v) diversidade, não discriminação e equidade; vi) bem-estar ambiental e social; vii) responsabilização.

As orientações destacam ainda que os trabalhadores, enquanto grupo vulnerável, devem ser protegidos em seus direitos fundamentais, buscando a igualdade, não discriminação e a solidariedade.

Igualdade, não discriminação e solidariedade — incluindo os direitos das pessoas em risco de exclusão. Deve ser assegurado o respeito igualitário do valor moral e da dignidade de todos os seres humanos. Tal vai além da não discriminação, que tolera o estabelecimento de distinções entre situações diferentes com base em justificações objetivas. Num contexto de IA, a igualdade implica que as operações do sistema não podem gerar resultados injustamente tendenciosos (p. ex., os dados utilizados para treinar os sistemas de IA devem ser o mais inclusivos possível, representando diferentes grupos da população). Tal exige que as pessoas e os grupos potencialmente vulneráveis²¹, tais como trabalhadores, mulheres, pessoas com deficiência, minorias étnicas, crianças, consumidores, ou outras pessoas em risco de exclusão, sejam devidamente respeitados.³⁷

³⁶ Comissão Europeia, Direção-Geral das Redes de Comunicação, Conteúdos e Tecnologias, Orientações éticas para uma IA de confiança. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/2686>. Acesso em: 28 out. 2023.

³⁷ Ibid., p. 13.

A existência de gigantesca quantidade de dados pessoais disponíveis no mundo virtual, aliadas às tecnologias e técnicas de tratamento em massa, possibilitam ainda a criação de *databrokers*³⁸ para utilização comercial de informações sobre trabalhadores. Geralmente essas empresas de comercialização de informações costumam categorizar os dados que possuem em *buckets* (baldes, em tradução livre), e cada *bucket* passa a qualificar o indivíduo pela existência ou não de uma característica específica.

Guilherme Goulart exemplifica a classificação da informação por essas empresas nos seguintes *buckets*: dados de identificação; dados sensíveis de identificação; dados demográficos (incluindo etnia, estado civil, religião e até a presença de idosos na família); registros públicos e legais (dados de ações judiciais que envolvam o indivíduo, as propriedades registradas em seu nome, situações específicas da pessoa para com o poder público, como uma licença para realizar ou exercer algo etc.). O autor ainda destaca que a segmentação da informação ligada à pessoa possui grande potencial para a prática da discriminação.³⁹

Com atuação tradicionalmente mais corriqueira nas relações de consumo, as *databrokers* estão alargando sua atividade para outras áreas, como a das relações de trabalho, especialmente para eventos de seleção de candidatos a vagas de emprego.

Ainda que considerando para análise os mesmos exemplos de *buckets* destacados anteriormente, que são mais comuns para as atividades que envolvem as relações de consumo, tais *buckets* já bastariam para averiguar a capacidade discriminatória do comércio de dados pessoais referentes aos trabalhadores.

O Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 2021, atendendo a um pedido do Ministério Público do Trabalho, condenou uma empresa a parar de coletar e fornecer a terceiros informações sobre trabalhadores.

Segundo o MPT, a empresa realizava uma investigação na vida pessoal dos trabalhadores, inclusive sobre restrições ao crédito, e utilizava as informações obtidas nos seus processos internos, além de transmitir a terceiros. A empresa foi condenada a abster-se de utilizar o banco de dados, de prestar e/ou buscar informações sobre restrições creditícias relativas a candidatos a emprego/trabalho, sob pena de pagamento de multa, além de ter sido condenada por dano moral coletivo.⁴⁰

³⁸ *Databrokers* são instituições que coletam e armazenam uma quantidade colossal de dados, inclusive de dados pessoais, de milhões de pessoas, e que possuem atividade comercial na venda de tais informações ou na análise e comercialização dos seus resultados, quase sempre sem a permissão e o conhecimento dos titulares dos dados.

³⁹ GOULART, Guilherme. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo: Databrokers e score de crédito. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 107, set.-out. 2016.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 933-49.2012.5.10.0001**. Rel. Min. Maria Helena Mallmann, j. 25/02/2022. Disponível em:

No acórdão restou destacado o uso ilegal dos dados pessoais para prática discriminatória e para gerar desigualdade de condições em seleções para o trabalho, dando ainda realce à necessária observação da vinculação à finalidade do tratamento original, nos seguintes termos:

Se se está diante de uma manipulação de dados pessoais tendente a gerar uma cadeia de quebra da isonomia e de discriminação (já repudiada no art. 1º da Lei 9.029/1995 e pela Convenção 111 da OIT), não há que se falar em prevalência do direito fundamental à livre iniciativa. No caso, a ré usa dado com fim diverso daquele para o qual foi criado, a fim de indicar ao empregador e à seguradora um maior risco na contratação ou na distribuição de serviços para determinado empregado. [...] Destarte, utilizar ou fazer utilizar o cadastro para qualquer outro fim que não a proteção ao fornecimento de crédito, salvo autorização em Lei, após a vigência da LGPD, é ilegal. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.

Em outro acontecimento, um motorista não conseguia um novo emprego devido a existência e a troca de informações pessoais desabonadoras a seu respeito, informações que muito embora fossem de domínio público, foram tratadas e utilizadas pelas rés de forma discriminatória. No caso, o motorista havia sido vítima de um furto de cargas no estado do Rio de Janeiro, chegando a ser preso em um momento inicial da investigação como suspeito.

Porém, com o decorrer da investigação, não restaram comprovados quaisquer elementos acerca da sua culpabilidade, tendo o Ministério Público Estadual pedido sua liberdade, ante a ausência de elementos mínimos em seu desfavor.

O fato de haver sido envolvido no evento criminoso, mesmo que posteriormente tenha sido comprovada a sua inocência perante a Justiça, bastou para que esse dado pessoal acompanhasse o trabalhador em suas tentativas de retorno ao mercado de trabalho.

Assim decidiu o TST no julgamento do caso em comentário:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015 E DA IN Nº 40/2016 DO TST. MOTORISTA DE CARGAS. EMPRESA QUE REPASSA INFORMAÇÕES ORIUNDAS DE BANCO DE DADOS DE DOMÍNIO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. Trata-se de ação de indenização por danos morais decorrentes do impedimento do demandante de realizar o trabalho de carregamento de mercadorias, em razão de informações prestadas e compartilhadas pelas rés advindas de cadastros informativos sobre a idoneidade de motoristas a serem contratados para transporte de cargas. O Regional consignou que o fato de as ora agravadas prestarem e compartilharem informações de domínio público às empresas que contratavam motoristas não seria suficiente para a condenação em danos morais, notadamente pela ausência da prática de ato ilícito. Ao contrário do decidido pela Corte de origem, observa-se que a conduta das reclamadas está consubstanciada na forma discriminatória com que procederam, pois visa à inibição da prestação de serviços dos motoristas que figurem em suas listas cadastrais.

A prática da conduta discriminatória em apreço importa em ofensa a princípios de ordem constitucional, tais como o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da isonomia e da não discriminação. Esclarece-se que o dano moral de ordem íntima prescinde de prova da sua ocorrência em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato ilícito ou antijurídico, em função do qual a parte afirma tê-lo sofrido, por ser *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio evento danoso, não havendo falar em demonstração do dano, pois, nesse caso, ele se situa no psicológico do lesado, em que é impossível se extrair uma prova material (precedentes). Recurso de revista conhecido e provido " (RR-83-60.2015.5.17.0141, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 13/11/2020).⁴¹

Existem diversas empresas que realizam serviços de investigação da vida privada e profissional de trabalhadores, vendendo seus resultados para serem utilizados pelos empregadores de diversas maneiras. Uma dessas empresas é a Áliant, que possui um serviço denominado de *background check*, cuja apresentação destaca que sua atuação é na identificação de riscos em casos de contratações de colaboradores. Sobre a avaliação de empregados, assim descreve a empresa o seu serviço:

Conheça seus funcionários e pretendentes a vagas de emprego, para cargos técnicos até gestores, identificando seu alinhamento com as diretrizes e cultura de sua corporação, por meio de avaliações diversas, tais como reputação profissional, comportamento em redes sociais, vínculos que apontem eventuais conflitos de interesse, status como PEP ou ligação com setor público, dentre outros potenciais riscos e fatores de pressão.⁴²

Os exemplos acima demonstram o alto risco de violação a direitos fundamentais do trabalhador pelo tratamento dos seus dados pessoais. Restam violados valores de ordem constitucional pela sua utilização para fins ilícitos, entre os quais destacam-se a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, do acesso ao pleno emprego e da não discriminação.

Uma vez formado o perfil digital do indivíduo, o *profiling*, dificilmente alguma informação que tenha sido disponibilizada na *internet* sobre ele deixará de ser adicionada ao seu *avatar* construído digitalmente e quase sempre à sua ignorância.

A metainformação com as características pessoais, profissionais, políticas, religiosas, seus convívios e relacionamentos pessoais, seus hábitos de consumo, entre outros, estará registrada, e poderá ser disponibilizada para as mais diversas finalidades. Poder-se-ia substituir a palavra “poderá” por “será” sem prejuízo da verdade da declaração, dando-lhe conteúdo de

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 83-60.2015.5.17.0141. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. j. 13/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/b48c7020fce25e6a27a57136c9595bf7>. Processo nº 000000083-60.2015.5.17.0141. Acesso em 01/10/2023.

⁴² Disponível em: <https://www.aliant.com.br/background-check/>. Acesso em: 28 out. 2023.

certeza, devido ao grande fluxo de transmissão e às formas de tratamento dos dados pessoais levadas à efeito.

Esse *data shadow*⁴³ cada vez mais será utilizado para diferentes processos, destacando os processos relacionados ao acesso e a manutenção do emprego, e ainda nas relações entre as corporações, os empregados, e os diversos atores que atuam no sistema trabalhista, tais como os sindicatos.

Daí a importância não apenas de um sistema de adequação dos controladores e operadores ao uso regular e ético dos dados pessoais, mas também de possibilitar meios de fiscalização interna e externa desses tratamentos, sem qualquer prejuízo ainda da necessária cautela que se deve ter sobre a qualidade da informação tratada.

Ademais, o tratamento de dados pessoais dos empregados ocorre tanto no meio digital quanto no meio físico, não sendo raro que os empregadores ainda utilizem fichas de registros, anotações, arquivos médicos e profissionais, entre outros, em sua forma física. Tais informações e dados pessoais devem ter a mesma atenção à LGPD por parte dos seus controladores.

Ao empregador cabe dirigir a atividade da prestação de serviços, possuindo para tanto poderes de regulamentar e controlar o empregado. Tais poderes não são absolutos, devendo encontrar também na privacidade do empregado, e na proteção dos seus dados pessoais, limites ao seu exercício.

A análise dos dados gerados pelos empregados, dentre os quais dados pessoais, não é novidade do Direito do Trabalho. Afinal, o empregador possui direitos de fiscalização, direção e gestão sobre o trabalho e sobre o empregado, fazendo parte desses poderes a possibilidade de análise das informações geradas pelo trabalhador e pelo seu trabalho.

No entanto, as novas técnicas e possibilidades de controle e fiscalização através do tratamento dos dados pessoais, além de poder ultrapassar os limites do contrato de trabalho, invadindo a privacidade dos trabalhadores, tem o poder de pôr em risco o precioso sistema de direitos fundamentais dos indivíduos.

Isso também ocorre com os direitos trabalhistas conquistados com grande esforço, como o do trabalho livre, de exercer a sua atividade em um ambiente físico e psicologicamente saudável, da autodeterminação da sua vida profissional, entre outros.

⁴³ Termo utilizado por Alan Westin, na obra *Privacy And Freedom*, que significa em tradução livre sombra de informações. Segundo o autor o conjunto de dados referentes ao indivíduo que estão armazenados em bancos de dados o seguiria, como uma sombra, onde quer que o indivíduo esteja. Danilo Doneda ressalta que a metáfora é condescendente, pois uma sombra é sempre visível, ao passo que o perfil do indivíduo na rede muitas vezes é invisível, e até desconhecido.

É claro que a análise de dados aplicada aos processos de trabalho não é nova; por exemplo, o taylorismo e a gestão científica formaram a base da industrialização em massa. Mas, hoje, estamos vendo empregadores desenvolverem novos modelos de negócios e métodos de controle de trabalhadores e gestão de produtividade baseados em sistemas digitais que têm o potencial de afetar substancialmente as condições de trabalho, a qualidade do trabalho e a equidade de raça e gênero.

É importante compreender que o local de trabalho orientado por dados é uma tendência emergente; estamos apenas no início do desenvolvimento e da adoção dessas tecnologias digitais. Além disso, a falta de supervisão regulatória transformou os locais de trabalho em locais de experimentação com estes sistemas, muitos dos quais estão escondidos dos trabalhadores, legisladores e pesquisadores⁴⁴

Um dos desafios da proteção de dados que se mostra atual e de difícil superação, é como conciliar os interesses e os direitos envolvidos na complexa e assimétrica relação de trabalho em um capitalismo de dados. Em um estudo realizado no ano de 2013 para o Parlamento Europeu, com o objetivo de verificar possibilidades de complementar a proteção de dados pessoais dos trabalhadores com regras mais específicas, a questão da privacidade dos trabalhadores e a fiscalização por parte dos empregadores foi abordada como um problema decorrente dos interesses antagônicos relacionados ao poder de controle do empregador e o direito à privacidade do empregado.⁴⁵

⁴⁴ BERNHARDT, Annette; KRESGE, Lisa; SULEIMAN, Reem. **Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights**. Berkeley: UC Berkley Labor Center, 2021. Disponível em: <https://laborcenter.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/11/Data-and-Algorithms-at-Work.pdf>. Acesso em 12 out 2023. No original: “Of course, data analytics applied to work processes is not new; for example, Taylorism and scientific management formed the linchpin of mass industrialization. But today, we are seeing employers develop new business models and methods of worker control and productivity management based on digital systems that have the potential to substantially affect working conditions, job quality, and race and gender equity. It is important to understand that the data-driven workplace is an emerging trend; we are just at the beginning of both the development and the adoption of these digital technologies. Moreover, the lack of regulatory oversight has turned workplaces into sites of experimentation with these systems, many of which are hidden from workers, policymakers, and researchers”. (Tradução livre)

⁴⁵ DE HERT, Paul et al. Protection of personal data in work-related relations. Study made on behalf of the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs. European Parliament, 2013. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/pt/document/IPOL-LIBE_ET\(2013\)474440](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/pt/document/IPOL-LIBE_ET(2013)474440). Acesso em 12 out 2023. No original: “The issue of monitoring of workers' behaviour and correspondence has been subject of a lot of debate. Point of departure is the relation between the right of control of the employer and the right to privacy of the employee. In the employment contract the employee obligates himself to work under instructions and control of the employer. The law regulating individual labour contracts will provide the legal ground for control by the employer. By signing the labour contract the employee has consented to the right to control of the employer. However, this is not an absolute right. The employee has not traded his right to privacy away in the employment contract. Both interests will have to be balanced. The right to privacy of the employee will be limited by the right of control of the employer, but not disappear. The national labour laws also provide notions like the mutual duty to respect (Belgium¹⁴²), dignity (Spain), good faith (France¹⁴³), mutual trust and confidence (UK) which limits the employer's right to control. This right to control of the employer has to be exercised in accordance with the data protection principles. The legitimacy of such control measures will generally be based on the necessity for the performance of the employment contract. The finality and proportionality principles will be important criteria to judge if control measures are acceptable or not. The specific surveillance measures can often also be legitimated with other purposes than controlling the work of employees. The specific purpose can lead to different applications of the proportionality principle. In other words, when control of employees is not the aim but rather security control of goods, production processes or the functioning of electronic networks, more intrusive surveillance is allowed. Purpose limitation and avoiding of function creep or processing for other purposes will be an important

O estudo destaca que o direito de controle não é absoluto, e nem consente o empregado, ao assinar um contrato de trabalho, com qualquer renúncia aos seus direitos à privacidade, devendo pois haver um equilíbrio entre os interesses distintos.

O controle pelo empregador deve seguir valores jurídicos, tais como de mútuo respeito, dignidade, boa-fé e confiança mútua, e os tratamentos devem ser realizados de acordo com os princípios e demais imposições da legislação de proteção de dados, bem como pela aplicação do princípios da proporcionalidade.

Muitas questões práticas serão levadas à análise da doutrina e do Poder Judiciário sobre os limites que devem existir entre os agentes de tratamento e os trabalhadores. A resposta para muitos deles estará no entendimento do contexto atual da proteção de dados pessoais, bem como da hermenêutica a ser utilizada na interpretação da norma no caso concreto. Valiosos ainda são os fundamentos da LGPD, os quais serão tratados no tópico seguinte.

A LGPD traz como seus fundamentos o respeito a 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.

Como a proteção de dados pessoais tem inegável e umbilical ligação com esses institutos, cabe aqui uma breve análise de cada um deles, ligando-os ao direito fundamental da proteção de dados pessoais, o qual surge como um novo direito da personalidade, e os riscos da sua não observância.

2.3 OS FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA LGPD

Na metalinguagem jurídica, um fundamento pode se referir a um princípio, uma base ou justificativa para construção de uma norma legal, que pode ter substância axiológica ou não. É, pois, a causa ou razão de algo (*ratio essenci, ratio cognoscendi, ratio decidendi*).

No art. 2º da LGPD, são apresentados os fundamentos sobre os quais se sustentam a matéria da proteção de dados pessoais no Brasil, os quais também são encontrados na Constituição Federal.

Neste contexto, merece destaque o artigo 1º, abalizado na dignidade da pessoa humana, assim como os artigos 5º, incisos V, X, XII, 170, *caput* e incisos IV, V e IX, 218 e 219, 220.

concern. As the technological possibilities for such monitoring and surveillance are growing, this debate will only increase”.

Passa-se ao exame de cada um desses fundamentos, relacionando-os à urgência e importância do tema tratado.

2.3.1 A privacidade

O direito à privacidade fora objeto de análise no tópico anterior, razão pela qual não se repetirá em demasia a sua análise neste subtópico. O art. 5º da CF⁴⁶ declara que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. O constituinte abraçou esses termos nas garantias e direitos fundamentais.

A nível infraconstitucional, o Código Civil destaca que é inviolável a vida privada da pessoa natural.⁴⁷ A proteção da privacidade através da proteção de dados pessoais é algo que se impõe frente aos métodos de coleta, transmissão e uso dos dados pessoais.

Como o legislador não efetuou qualquer interpretação dessas expressões, deixando-as sabiamente abertas ao comentário, coube à doutrina e à jurisprudência o entendimento e a limitação de cada um desses termos, a qual irá variar com o próprio desenvolvimento da sociedade e os desafios que lhes são impostos.

Embora utilizadas muitas vezes como sinônimos, a intimidade e a vida privada são coisas distintas. A vida privada seria mais abrangente do que a intimidade, e ambas estariam abrangidas pela privacidade.

Para efeitos de melhor entendimento, a teoria das três esferas, de Heinrich Hubmann, retrata de forma didática essa distinção. Segundo essa tese, existiriam 3 (três) esferas concêntricas, sendo da esfera mais próxima do ser para a mais pública, as esferas secreta, a íntima e a privada.

Essas esferas procuram delimitar o que seria privado e o que seria público. Assim sendo, o que estivesse dentro das esferas não deveriam ser tornado público, em regra, e a proteção jurídica aos direitos existentes dentro dessas esferas deveria ser tão maior quanto a proximidade do objeto jurídico do núcleo das esferas.

O direito à imagem pode ser desmembrado em dois, sendo o primeiro a imagem-retrato, e o segundo a imagem-atributo. Por imagem retrato temos as fotos, físicas ou digitais, o desenho da pessoa, a sua pintura, escultura, ou outra forma de representação física da pessoa, capazes

⁴⁶ 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;

⁴⁷ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

de a individualizar. Já a imagem-atributo é a forma como a sociedade vê a pessoa, podendo ter relação com o seu trabalho, honestidade, amabilidade, truculência etc.⁴⁸

Necessário apontar que o direito à imagem-atributo também é encontrado no inciso V, do mesmo art. 5º da CF. Logo, enquanto a imagem-atributo estaria protegida pela previsão do inciso V, a imagem-retrato teria albergue no inciso X do mesmo artigo.

A honra guarda estreita relação com a imagem-atributo. Por honra, tem-se o conjunto de qualidades do indivíduo capazes de guiá-lo em sua conduta própria e identificá-lo na sociedade, tais como a sua honestidade, o bom nome, sua ética, boa fama, entre outros.

De acordo com o acima exposto, a honra divide-se em objetiva e subjetiva, sendo a primeira a forma como a sociedade vislumbra o indivíduo e a segunda o sentimento interno do ser para com ele mesmo.

Anderson Schreiber define como honra objetiva “a reputação de que goza a pessoa no meio social”, e honra subjetiva o “sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral.”⁴⁹

De tão prestigiada e essencial nas relações sociais em uma comunidade, o direito da personalidade da honra foi protegido também no aspecto penal, sendo considerados crimes contra a honra a calúnia, a injúria e a difamação.⁵⁰

2.3.2 A autodeterminação informativa

A autodeterminação informativa é a capacidade de controle, pelo titular, do que é feito com os seus dados pessoais. É a tentativa de aproximação do titular dos dados pessoais com o seu próprio patrimônio, o qual é captado e utilizado para as mais diversas finalidades, muitas vezes de forma despercebida.

Segundo Stefano Rodotà, a autodeterminação informativa é “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”.⁵¹

A autodeterminação informativa teve como marco jurídico do seu reconhecimento o julgamento, pela Corte Constitucional da Alemanha, da Lei do Censo, no ano de 1983. A

⁴⁸ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. São Paulo: Forense, 2018. p. 695-696.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72.

⁵⁰ Código Penal – Arts. 138, 139 e 140.

⁵¹ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 15.

referida lei previa que os cidadãos alemães fornecessem uma série de informações sobre eles, as quais poderiam ainda serem cruzadas com outras informações públicas para “atividades administrativas”, de forma genérica.⁵²

A Corte Constitucional alemã reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Lei, uma vez que a finalidade com a coleta dos dados deveria ser tão somente o recenseamento da população, constando ainda em suas razões que a proteção dos dados pessoais seria um direito da personalidade autônomo e a edificação do julgador no sentido de que o cidadão deve ter o controle sobre os seus dados pessoais, sendo construído o fundamento aqui analisado, e sua expressão.

Esse direito, muito embora pareça inatingível na sociedade da informação, onde frequentemente o titular sequer tem conhecimento da captura e tratamento dos seus dados pessoais, muito menos das informações que foram obtidas e para qual finalidade serão utilizadas, foi alçado como fundamento da LGPD, a qual trouxe várias formas de materializá-lo e torná-lo acessível, tais como as previsões existentes no capítulo III, que trata dos direitos do titular.

Mesmo com a dificuldade de dar efetividade a esse direito, é de vital importância sua inclusão como fundamento da LGPD, posto que permite que os titulares estabeleçam diversas posições para exercerem o controle sobre os seus dados pessoais, somando forças às outras formas de controle e fiscalização que foram estabelecidas nas legislações de proteção de dados da 4ª geração, conforme visto no item 2.1 desse trabalho.

Como forma de dar efetividade à autodeterminação informativa, são direitos, entre outros: a confirmação da existência de tratamento dos seus dados pessoais, o acesso a eles, a correção dos dados incompletos, inexatos ou desatualizados, a anonimização, o bloqueio ou a eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei, a portabilidade e a eliminação dos dados tratados com base no consentimento.

A autodeterminação informativa não se limita ao exercício dos direitos dos titulares existentes na LGPD, mas encontra sua essência diluída por todo o seu texto, uma vez que a garantia desse fundamento também é alcançada com a exigência trazida pela lei de que os dados pessoais dos titulares serão tratados na forma da sua finalidade informada, da exigência de pelo menos uma hipótese legal autorizativa do tratamento, bem como observe outros direitos da personalidade.

⁵² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 97.

O cumprimento sistemático da CF e da LGPD fortalecem e privilegiam o tratamento ético, responsável e passível de fiscalização dos dados pessoais, tornando possível aos titulares exercerem a autodeterminação informativa.

2.3.3 A liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião

Na sociedade em rede, comportamentos, opiniões, frases, interações e até mesmo o conteúdo visualizado ou pesquisado na *internet* pelos indivíduos podem ter reflexos na confecção de seus perfis e no gozo de suas liberdades.

Inegável que as liberdades de expressão, informação, comunicação e opinião estão em risco quando absolutamente tudo o que se faz em rede é objeto de captura e, em alguma medida, de armazenamento.

A Constituição Federal garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença, o sigilo das correspondências e das comunicações de dados e telefônicas, e assegura a todos o acesso à informação.⁵³

O artigo 220 do texto constitucional ainda destaca que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, nos termos da própria Constituição. A proteção a esses direitos também está prevista nos artigos 12 e 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁵⁴

Nenhuma sociedade será plural e democrática sem variedade de opiniões, tampouco sem a liberdade de expressá-las pelos mais diversos meios. De semelhante forma, é necessário garantir às pessoas o acesso a essas opiniões e pensamentos, permitindo que o indivíduo possa escolher entre um e outro, firmando a sua própria opinião, o que contribui para a formação da sua personalidade.

Tendo em mente que a proteção de dados pessoais é fundamental nesse contexto, a LGPD trouxe diversos artigos destinados à proteção dessas liberdades, tais como a sua não aplicação para o tratamento de dados pessoais realizado exclusivamente para fins jornalísticos,

⁵³ CF Art. 5º, incisos IV, IX, XII e XIV.

⁵⁴ Art. 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Art. 19 Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

artísticos ou acadêmicos⁵⁵. Coube ainda ao mesmo diploma vedar o tratamento para fins discriminatórios,⁵⁶ o que poderia ocorrer em inúmeras situações, citando como exemplo a restrição de liberdade de expressão para fins religiosos ou políticos.

2.3.4 A inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem

Assim como a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem são direitos da personalidade, igualmente fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição. Por inviolabilidade temos de entender a inacessibilidade ou a proteção dos bens acima tutelados, salvo quando a lei autoriza a retirada ou a fragilização desse atributo. A inviolabilidade seria a tentativa legal de resguardar a intimidade, a honra e a imagem das pessoas contra interferências não autorizadas ou não previstas em lei.

A LGPD traz uma série de ferramentas, entre regras e princípios, voltados a garantir, senão a inviolabilidade plena, o tratamento ético e responsável dos dados pessoais dos titulares, entre os quais podem ser citados a necessidade de ter uma hipótese legal para tratamento dos dados, sendo ilegal qualquer tratamento que não tenha pelo menos uma das hipóteses existentes no art. 7º da LGPD.

2.3.5 O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação

A LGPD não veio para dificultar o progresso tecnológico, ou a inovação baseada no tratamento dos dados pessoais. No mundo globalizado e da sociedade da informação os dados pessoais são matéria prima para uma nova economia, que modifica e impulsiona diversos setores, dos mais variados.

O mercado, anteriormente conceituado como um espaço físico composto de vendedores e compradores que realizavam trocas, foi modificado pela *internet*, tendo sido substituído com grande alcance pelas plataformas *online*, em um mundo digital.

O mercado atual pode ser definido como um ambiente de realizações das atividades econômicas, com regras bem determinadas e decidido por opções políticas.⁵⁷ Esse mercado, e

⁵⁵ Art. 4º, inc. II, a e b, da LGPD.

⁵⁶ Art. 6º, inc. IX, da LGPD.

⁵⁷ MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

essas opções de desenvolvimento políticas, acompanham o incremento das tecnologias próprias de cada época.

Sendo *commodities* dessa economia digital, os dados pessoais precisam ser utilizados para que do seu tratamento advenham avanços econômicos e tecnológicos. O que não se espera, contudo, é que o seu uso seja desregulado e que não sofra limitações de ordem legal e até moral, visto que, como já tratado anteriormente, os riscos do seu tratamento são demasiadamente grandes para outros valores e direitos fundamentais.

Com o tratamento de dados pessoais, são criados novos modelos de negócios, novos produtos e serviços. A publicidade torna-se mais assertiva com a utilização da técnica da publicidade direcionada comportamental *online*, a qual utiliza ferramentas tecnológicas para identificar e captar o interesse dos consumidores.⁵⁸ Aparentemente, o feixe de oportunidades na economia digital ainda não encontraram limites.

A LGPD serve como uma instituição para esse novo mercado, a qual, utilizando o conceito de Douglass C. North,⁵⁹ seria um conjunto de “restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana”, as quais conferem uma estrutura de regras previamente definidas e, por isso, reduzem as incertezas nos cenários sociais, entre os quais o econômico.

2.3.6 A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Substituindo os dados pessoais o papel que outrora era do petróleo, como grande *comodities* da economia mundial,⁶⁰ as empresas que possuem acesso a grandes bancos de dados pessoais, e detêm a tecnologia para extrair dos mesmos informações que possam ser aplicáveis, possuem uma larga vantagem sobre seus concorrentes.

A livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica, podendo ser verificada em sua essência a ideia de que o Estado deve promover o livre exercício da atividade econômica, permitindo a disputa no mercado a todos, de forma igualitária. O Estado não deve apadrinhar ou desvaler, por meios artificiais, agentes econômicos específicos, devendo ser destes o mérito do seu sucesso ou do fracasso comercial, a depender das suas habilidades e das condições do mercado em que se encontram.

⁵⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 16-17.

⁵⁹ NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 13.

⁶⁰ Neste sentido, cf.: KANTAR. **Kantar BrandZ: 2021 most valuable global brands**. London: Kantar Brandz, 2021.

A livre iniciativa, por sua vez, é o livre-arbítrio que todos devem ter para atuar em uma atividade econômica, de fabricar, produzir e tornar disponíveis no mercado materiais e produtos necessários ao bem-estar.⁶¹

Já como exemplo de defesa do consumidor, o CDC, desde 1990, traz algumas regras acerca dos bancos de dados e cadastros dos consumidores. A LGPD, além de estabelecer a defesa do consumidor como fundamento, ainda dá destaque ao assunto nos seus artigos 45 e 55-K, parágrafo único.

O art. 45 prevê que, no caso de violação dos direitos do titular no âmbito das relações de consumo, as regras de responsabilização previstas na legislação consumerista permanecerão. Já o art. 55-K informa que a ANPD articulará a sua atuação junto com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema da proteção de dados pessoais, como é o caso da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON.

Vale destacar, ainda, que tanto a livre iniciativa, quanto a livre concorrência e a defesa do consumidor são fundamentos e princípios da ordem econômica do estado brasileiro, previstos no art. 170 da Constituição Federal. A LGPD os trouxe para o seu texto, elencando-os também como fundamentos, pela ciência de que o tratamento de dados pessoais e seu uso impactam profundamente esses institutos.

O mesmo art. 170, no inciso IX, destaca que deve haver tratamento favorecido para as empresas de micro e pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Com base no art. 55-J, inciso XVIII, da LGPD, a ANPD editou a Resolução CD/ANPD nº 2,⁶² em 27 de janeiro de 2022, aprovando o regulamento de LGPD para empresas de pequeno porte e microempresas. Estão entendidos como sendo de pequeno porte e microempresas, definidas como sendo as microempresas, empresas de pequeno porte, *startups*, pessoas jurídicas de direito privado, inclusive sem fins lucrativos, bem como pessoas naturais e entes privados despersonalizados.

A Resolução apenas traz como exceção os agentes de tratamento que, mesmo estando dentro da sua definição, realizem tratamento de alto risco para os titulares, as que recebam receita bruta superior ao limite estabelecido no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006

⁶¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Algumas notas sobre a invocação do princípio da “livre concorrência” nas relações tributárias. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28, n. 2, p. 61-81, jul./dez. 2008.

⁶² BRASIL. **Resolução CD/ANPD Nº 2, de 27 de janeiro de 2022**. Aprova o Regulamento de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019#wrapper>. Acesso em: 20 out. 2022.

ou, no caso de startups, no art. 4º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 182, de 2021, ou que pertençam a grupo econômico de fato ou de direito, cuja receita global ultrapasse os limites referidos nos artigos citados das leis complementares acima destacadas.

Esses fundamentos da LGPD ainda possuem forte conexão com os arts. 218 e 219 do texto constitucional, os quais destacam que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação, bem como assevera que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

A LGPD não apenas regulamenta o tratamento dos dados pessoais, mas serve ainda como importante ferramenta à proteção constitucional da liberdade econômica, à garantia da livre concorrência e à defesa do consumidor.

2.3.7 Os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais

Direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais são nomes diferentes para o mesmo assunto. Juristas latinos e da família do direito anglo-saxão utilizam mais as expressões direitos humanos e direitos do homem, enquanto a expressão direitos fundamentais é mais utilizada pelos juristas alemães.

Para tratar desses fundamentos da LGPD, optou-se, no presente trabalho, por lançar mão dos ensinamentos do professor Paulo Bonavides,⁶³ para quem a Revolução Francesa, de 1789, teria consagrado em seu lema – *Leberté, Égalité, Fraternité*, todo o conteúdo possível das várias dimensões dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão (ou geração) desses direitos dá ênfase à liberdade e aos direitos civis e políticos, que serviriam como proteção do indivíduo contra o Estado. São direitos de resistência, de liberdade negativa, contra as arbitrariedades cometidas contra o sujeito humano. A segunda dimensão, também conhecida como a dimensão dos direitos sociais, surgiu como uma reação da classe operária à política liberal. Os trabalhadores exigiam igualdade, a qual restou consagrado pelo surgimento de diversos direitos sociais, culturais e econômicos, os quais tinham como titulares a coletividade e os grupos sociais. O Estado, além de ter de respeitar e garantir a liberdade do indivíduo, deveria promover condições de liberdades coletivas, além de

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

fornecer prestações materiais para garantir uma igualdade material a grupos marginalizados ou minoritários.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais traz consigo os direitos voltados à tutela dos interesses difusos e transindividuais. O destinatário desses direitos seria o próprio gênero humano e eles seriam distribuídos a todos os seres humanos. Destacando que esse círculo de direitos poderá ser alargado “à medida que o processo universalista se for desenvolvendo”,⁶⁴ Paulo Bonavides exemplifica como sendo direitos pertencentes a esse grupo o direito: ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente sadio, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação.⁶⁵

A quarta dimensão de direitos fundamentais seria uma resposta contra a globalização do neoliberalismo, o qual busca dissolver o Estado nacional, fragilizando a soberania e doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. Esta dimensão englobaria o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

A democracia pertencente à quarta geração, destacada por Bonavides, é uma democracia direta, possível materialmente pelos avanços da tecnologia e dos meios de comunicação. Pressupõe, assim, o acesso pela população à informação correta e pluralista, livre de manipulações.

Necessário pontuar que Bonavides ainda preleciona um direito fundamental de 5ª dimensão em sua obra, o qual seria o direito a paz. A paz⁶⁶ seria trasladada da terceira para a quinta geração, ganhando posição de destaque. Sua justificativa seria que o direito a paz teria sido tratado de forma incompleta e lacunosa pelo criador original da teoria das gerações de direitos fundamentais, o jurista Karel Vasak.

A proteção de dados pessoais deve privilegiar, promover e proteger os direitos humanos, uma vez que como já visto, o tratamento irregular e não ético dos dados pessoais pode causar sérios danos aos outros direitos fundamentais, uma vez que a própria proteção de dados pessoais é, em si mesma, um direito fundamental.

O livre desenvolvimento da personalidade está entrelaçada com o respeito e garantia aos direitos humanos, notadamente aos direitos de liberdade de expressão, de acesso à informação, de privacidade, entre outros. O tratamento de dados pessoais levados a efeito para afunilar o conteúdo e a informação a indivíduos já é uma realidade.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 584.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 584.

⁶⁶ Como a discussão acerca dessa quinta geração de direitos fundamentais foge ao objetivo deste trabalho, sua análise não será aprofundada, bastando, como respeito à obra do professor Paulo Bonavides, dar nota de sua existência.

Cite-se como exemplo a já mencionada publicidade direcionada comportamental *online*, método pela qual a navegação *online* do indivíduo é objeto de escrutínio por parte das *Big Tech* para criação de um perfil, o qual irá ser determinante para o envio e a disponibilização do conteúdo *online* a que o indivíduo terá acesso.

A formação da personalidade do indivíduo é contraposta a um poder econômico e/ou político, que poderá exercer sobre aquela um controle externo e opaco, de difícil percepção. Interessante destacar que são os próprios titulares dos dados pessoais que fornecem a matéria prima para os modelos de negócios que utilizam essas informações, o que ocorre através de um novo mecanismo e lógica de extração do valor, chamado por Hamid Ekbia de heteromação.⁶⁷

Nesse sentido, os serviços e produtos “gratuitos” na *internet* cobram, na verdade, o preço da sua privacidade, a qual é paga através do fornecimento de dados sobre o usuário. Esses dados geram informações e movimentam a publicidade dos parceiros do fornecedor do produtor ou do serviço.

O usuário passa a ser, ao mesmo tempo, o consumidor e o produto nesse tipo de relação, já que elementos já sua personalidade estão sendo comercializados. O titular troca seus dados pessoais pelo produto ou serviço ofertados. As empresas que realizam essa coleta e tratamento posterior, por sua vez, comercializam essas informações para terceiros interessados. Essa dinâmica é bem ilustrada pelo jargão comum na área publicitária, segundo o qual “se você não paga pelo produto, o produto é você”.⁶⁸

O problema da comercialização de elementos da personalidade exposto acima, é apenas a ponta de um dos vários riscos que o tratamento de dados pessoais pode ocasionar. Pouco se sabe sobre o que está sendo coletado, para quais finalidades e com quem essas informações estão sendo transferidas.

O titular não sabe, em última análise, qual o preço que ele está pagando afinal, tampouco pode antever se está disposto a pagar o preço. Uma vez coletados, são colossais as possibilidades de utilização dos dados pessoais, para fins legítimos e ilegítimos, servindo a LGPD como um instrumento legal de contenção desse tipo de prática, a qual pode ser abusiva, e colocar em risco não apenas os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos mas todo o sistema democrático, diante da capilaridade da matéria da proteção de dados pessoais, e sua conexão com as demais áreas da realidade humana.

⁶⁷ EKBIA, Hamid R.; NARDI, Bonnie. **Heteromation, and other stories of computing and capitalism**. Cambridge: MIT Press, 2017.

⁶⁸ CARNEIRO, Felipe. O produto é você. **Veja**, 26 out. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/o-produto-e-voce/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

2.4 CONCEITOS IMPORTANTES DA LGPD

Para entender uma matéria científica é necessário ter o domínio da sua metalinguagem, empregando e interpretando os termos utilizados dentro do seu contexto. Tanto na linguagem coloquial, como na científica, a mesma palavra pode ter interpretações diversas, a depender do argumento na qual é utilizada.

Na linguagem científica, muito embora o acima narrado possa ocorrer, o acadêmico deve forçar-se ao máximo para elaborar o seu discurso com a precisão da linguagem técnico/científica, a fim de evitar fugas interpretativas que podem ocasionar uma total mudança das suas conclusões ou ideias pelo receptor da mensagem.

Por obvio que a ciência do Direito, assim como tantas outras ciências sociais, utiliza em alto grau as chamadas expressões abertas, as quais são necessárias para dar uma maior flexibilidade na interpretação e aplicação da sua força normativa, amoldando a norma ao tempo e a realidade social. A própria privacidade estudada nesta pesquisa é um bom exemplo disso, tendo a sua interpretação e alcance diferentes entendimentos e níveis.

Por se tratar de uma área relativamente nova do conhecimento do operador do direito, e ainda mais do homem médio, convém realizar a conceituação e a explicação de alguns termos importantes para a compreensão da matérias de proteção de dados pessoais.

2.4.1 Dado Pessoal

Tento optado o legislador brasileiro pela visão expansionista do dado pessoal, este é entendido como sendo toda informação relacionada a pessoa humana capaz de identificá-la, ou torná-la identificável. Essa definição é encontrada no art. 5º, I, da LGPD.

Da definição acima surgem algumas conclusões. A primeira delas é que pessoas jurídicas não possuem dados pessoais. Um CNPJ, por exemplo, ou o nome de uma empresa não são tidos pela legislação brasileira como dados pessoais. Mas há exceções, como no caso dos Microempreendedores individuais – MEI, em que o nome da empresa é o próprio nome do seu titular, seguido do número do seu CPF. Existem, nesse caso, dois dados pessoais no nome empresarial.

Outra conclusão, e esta decorre da alta capacidade de mineração e tratamento dos dados pessoais na sociedade da informação, é que não existem mais dados desinteressantes ou irrelevantes para esse conceito. Dados que, *a priori*, não seriam tidos por pessoais, podem ser tratados e deles se originar uma informação suficiente à identificação de um indivíduo.

O nome de uma pessoa, sua foto, ou a sua digital tornam o indivíduo inteiramente identificado. Esses são dados pessoais diretos, pois prescindem de outros dados ou informação para tornar a identificação possível.

Há outros dados, no entanto, que não se ligam diretamente a um indivíduo específico. O nome de uma rua, por exemplo, por si só não constitui um dado pessoal, muito embora seja um dado rotineiramente solicitado e informado sem maiores alardes. Mas o nome de uma rua, um número de um condomínio e uma unidade de apartamento já tornam os moradores do local plenamente identificáveis, bastando para tal o acesso a mecanismos comuns de busca disponíveis na internet, sejam eles públicos ou privados. Separadamente considerados, esses dados são irrelevantes para a LGPD, porém, estruturados, passam a ser encarados como dados pessoais.

O *Global Positioning System*, popularmente conhecido pela sua sigla *GPS*, é outro exemplo. O sistema de navegação via satélite permite que seja fornecida uma posição geográfica em todo o globo terrestre. Inicialmente criado e utilizado para o meio militar, expandiu-se com enorme aceitação para o uso civil, tendo os mais diversos empregos atualmente, desde sua utilização para otimização de transportes, até a oferta de produtos e serviços com base na geolocalização dos envolvidos, como no caso de aplicativos de restaurantes, lojas, supermercados etc.

As informações do *GPS* utilizado nos celulares, computadores e até em equipamentos de trabalho, tais como veículos, *palms*, *tablets*, entre outros, são dados pessoais, uma vez que capazes de identificar a pessoa natural. Eric Schmidt, *CEO* da Google, exemplificou bem a condição de quase onisciência das *Big Tech* na seguinte frase: “Nós sabemos onde você está. Sabemos onde você esteve. Podemos mais ou menos saber o que você está pensando”.⁶⁹

Os exemplos acima são conhecidos como dados pessoais indiretos, pois necessitam de complementação com outras informações ou procedimentos para tornarem o sujeito identificado.

Assim sendo, são exemplos comuns de dados pessoais o nome, o RG, o CPF, o endereço, a conta de e-mail, o *internet protocol* – IP dos dispositivos conectados à *internet*, entre tantos outros.

Importante destacar que ao redor da pessoa natural gravitam diversos outros dados, que embora não pessoais, lhe caracterizam enquanto indivíduo, tais como religião, sentimentos, hábitos, assim como predileções políticas, filosóficas, gastronômicas, entre tantas outras.

⁶⁹ FRAGA, Renê. As 15 citações notáveis de Eric Schmidt. **Discovery**, 28 out. 2010. Disponível em: <https://googlediscovery.com/2010/10/28/as-15-citacoes-notaveis-de-eric-schmidt/>. Acesso em: 22 out. 2022.

Como já apontado neste trabalho, esses dados também são coletados e tratados, e, muito embora estivessem fora do alcance da LGPD, ao serem conectados a uma pessoa humana, tornam-se dela indissociáveis, sendo uma projeção do próprio indivíduo, o que os faz merecer a devida proteção. Dados pessoais são, ou podem ser, dessa forma, elementos da identidade física da pessoa natural e, ainda, os da sua psique, da sua situação econômica, cultural e até do território onde reside.

Destarte, são dados pessoais do trabalhador não apenas os dados pessoais comuns a todos os demais titulares e citados acima, mas também àqueles que se revelam na relação laboral, tais como a sua habilidade profissional, os dados médicos coletados através dos ASOS e dos atestados entregues ao empregador, os dados de filiação sindical, de participação em greves e outros movimentos obreiros, os dados concernentes a pontualidade ou produtividade, até dados coletados de forma reflexa ao contrato de trabalho, como no caso dos dados pessoais de seus dependentes.

2.4.2 Dado pessoal sensível

Sensíveis são os dados pessoais que vinculam o seu titular a sua origem racial ou étnica, a sua convicção religiosa, opinião política, filiação à sindicato ou à organização de caráter religioso, filosófico ou político, referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos.⁷⁰

Tratam-se de dados que podem ocasionar algum tipo de discriminação para com os seus titulares, aumentando o risco de violação aos seus direitos fundamentais. São muitos os exemplos de discriminação de pessoas com base na sua religião, ou por conta da cor da sua pele ou da sua vida sexual.

Segundo Danilo Doneda, a “criação de uma categoria de dados sensíveis foi fruto da observação pragmática sobre a diferença dos efeitos do tratamento desta categoria de dados em relação aos demais”.⁷¹

Entendemos que a lista de dados pessoais sensíveis é um norte, porém, meramente exemplificativo, uma vez que a natureza do dado poderá ou não ensejar uma discriminação ou a um risco ou lesão elevados aos direitos fundamentais dos seus titulares. A Constituição Federal dá suporte a este entendimento.

⁷⁰ Art. 5, II, da LGPD.

⁷¹ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 147.

A promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação é um dos objetivos fundamentais da República.⁷² Já no art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, em seu inciso XLI, informa que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Conclui-se, assim, do status constitucional garantido à proteção de dados, que, independentemente do tipo de dado pessoal e da sua pré-qualificação, se o controlador ou operador verificarem que o tratamento levado à efeito poderá ocasionar algum tipo de discriminação, deverá ter maior atenção para com ele, dando-o o mesmo tratamento deferido pela LGPD aos dados pré-classificados como sensíveis.

Vale destacar que não existe uma proibição de tratamento de dados de natureza sensível. O que a LGPD demanda é a observação de vários cuidados e restrições ao uso regular desses dados pessoais, os quais estão destacados no art. 11 da Lei, sendo: 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 nº 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) 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.

O parágrafo 2º do art. 11 informa que nas hipóteses “a” e “b”, do inciso II, a dispensa do consentimento deverá ser publicizada, nos termos do inciso I, do art. 23 da LGPD, quando o tratamento for realizado por órgãos e entidades públicas. Já o parágrafo 3º informa que o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores que tenham por objetivo a obtenção de vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou ser regulamentado pela

⁷² CF, art. 3º, inc. IV.

autoridade nacional de proteção de dados pessoais, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público.

2.4.3 Dado anônimo e dado pseudo-anonimizado

Dado anônimo, ou anonimizado, é o dado pessoal que após passar por um processo próprio com essa finalidade, perde a capacidade de ser associado a uma pessoa natural, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião do seu tratamento. Essa definição está no art. 5º, inc. XI da LGPD, e ao processo dá-se o nome de anonimização.

O dado anonimizado não é considerado dado pessoal para efeitos de aplicação da LGPD, exceto quando por meios próprios o processo de anonimização for revertido, ou quando a reversão for possível com o emprego de esforços razoáveis. Verifica-se o esforço razoável no caso concreto, através da análise de fatores objetivos, tais como o custo e o tempo despendidos para essa tarefa.⁷³

Por meios próprios, deve-se entender a utilização de algum *hardware* ou *software*, outras ferramentas tecnológicas ou uma informação que o controlador ou o operador tenham em sua posse ou controle. Deve-se incluir no requisito do esforço razoável, além dos já citados custo e tempo necessários para reversão da anonimização, o elemento tecnologia e suas melhorias. O esforço deve ser razoável para a tecnologia existente naquele momento histórico do tratamento, uma vez que com o constante avanço dela poderá tornar simples e acessível o que outrora era difícil e complexo.

Dados pessoais tratados para a formação de perfis comportamentais permanecem sendo dados pessoais, caso seja possível identificar o usuário que serviu àquele perfil. Caberá à ANPD dispor sobre padrões e técnicas de anonimização, bem como verificar a sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais. Tais apontamentos estão no art. 12, §§ 2º e 3º da LGPD.

Já dados pseudonimizados são aqueles que passaram por um processo que, embora em um primeiro momento os faça perder a capacidade de ser associado a uma pessoa natural, pode ser revertido com o uso de uma informação adicional, a qual é mantida separada em poder do controlador em um ambiente protegido (seguro e controlado).⁷⁴

⁷³ LGPD, Art.12, caput e §1º.

⁷⁴ LGPD, art. 13, § 4º.

A previsão legal para pseudoanonimização dos dados, na LGPD, veio restrita às hipóteses tratadas no art. 13, o que não significa, entretanto, que controladores e operadores não possam as utilizar em outras hipóteses, seguindo as regras e princípios coerentes com a proteção de dados, aumentando a proteção sobre eles.

2.4.4 Dados pessoais de crianças e adolescentes

Os dados de crianças e adolescentes receberam por parte do legislador, uma atenção diferenciada, em razão dos riscos e dos resultados nefastos que o tratamento de dados pessoais podem ter em relação a este grupo vulnerável e ainda em formação física e psicológica.

Dados de crianças e adolescentes não possuem, em regra, qualquer particularidade própria que possam lhes acarretar uma atenção negativa ou discriminatória, tais como os dados sensíveis. A atenção que tais dados merecem são resultantes exclusivamente da idade dos seus titulares, sendo crianças aquelas com até 12 anos incompletos e adolescentes aqueles com idade entre 12 e 18 anos incompletos.⁷⁵

Embora possam os dados de crianças e adolescentes também ser sensíveis, posto que capazes de externar condições sobre saúde, religião, entre outros fatores já retratados, o elemento que lhe dá especial atenção é objetivo, sendo tão somente a idade dos seus titulares. A Constituição Federal, em seu art. 227, informa ser dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito, entre outros lá destacados, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência comunitária e familiar, devendo colocá-los ainda em proteção contra todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Essas previsões acima estão intimamente relacionadas ao acesso desse grupo ao ambiente virtual e ao tratamento dos seus dados pessoais, muitas vezes fornecido sem que se tenha entendimento do que se está fornecendo e das suas consequências.

O art. 14 da LGPD informa que o tratamento de dados pessoais desse grupo somente poderá ser feito em seu melhor interesse, atendendo ainda a legislação de proteção de dados e outras relativas ao grupo, devendo, ainda, ser observadas as previsões existentes nos seus parágrafos.

Em 24 de maio de 2023, o Conselho Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) publicou o Enunciado CD/ANPD N° 1, no sentido de que “o tratamento de

⁷⁵ Art. 2º da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), desde que observado e prevalecente o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do art. 14 da Lei."

2.4.5 Os agentes de tratamento – Controlador e Operador

Controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões sobre os tratamentos de dados pessoais. Ao controlador cabe todas as decisões referentes ao ciclo de vida do dado pessoal⁷⁶ no tratamento levado a efeito. Já o operador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Ambos contêm suas definições no art. 5º, inc.VI e VII, da LGPD, sendo ainda o controlador mencionado na sua competência no art. 39 da mesma lei.

Embora os conceitos acima pareçam simples, na prática, nem sempre a definição de quem é o controlador ou o operador é uma atividade simplória. Isso, porque esses conceitos não são inertes, podendo uma mesma pessoa ocupar a posição de controlador ou operador a depender da análise do caso prático.

Por exemplo, uma empresa que dispõe dos dados pessoais de seus empregados obtidos por força da relação de trabalho. Nesse caso, a empresa seria a controladora desses dados pessoais, pois a ela são fornecidos tais dados, cabendo-lhe as decisões acerca do tratamento desses dados de acordo com a sua finalidade, bem como da definição das bases legais, entre outras decisões de tratamento e para adequação.

Imagine, ainda, que essa mesma empresa utiliza um serviço de contabilidade externa de um terceiro, o qual realiza a emissão dos contracheques e os depósitos dos pagamentos dos salários dos empregados, férias, além de disponibiliza créditos nos cartões de benefícios alimentação etc. Em tal hipótese, a prestadora do serviço de contabilidade recebe dados pessoais da controladora, e os trata sob as ordens e para a finalidade especificados pelo controlador; logo, a terceira prestadora de serviços seria a operadora nessa relação.

Por sua vez, a empregadora presta serviços para outras empresas, confeccionando os crachás de identificação dos funcionários destas. Nessa relação, por sua vez, a empresa será

⁷⁶ O ciclo de vida do dado pessoal pode sofrer variações na quantidade das suas fases e definições delas a depender do doutrinador ou da fonte consultada. Sem prejuízo de entendimento, o ciclo de vida de um dado pessoal pode ser resumido da seguinte forma: coleta, análise, armazenamento, compartilhamento e exclusão.

operadora, pois trata os dados pessoais de terceiros sob as ordens e com a finalidade especificados pelos respectivos controladores. A definição de quem é operador e quem é controlador tem natureza dinâmica, e deve ser realizada em cada situação concreta.

Contudo, esse dinamismo não pode ser motivo para que o controlador não seja identificado perante os titulares dos dados pessoais e a ANPD. O art. 9º da LGPD, incisos III e IV, trazem a obrigação de que o controlador se identifique, inclusive indicando as formas de ser contatado. Segundo o mesmo artigo, o controlador também está obrigado a fornecer acesso facilitado às informações sobre o tratamento de dados, disponibilizando-as de forma clara, adequada e ostensiva, indicando minimamente a finalidade específica do tratamento, sua forma e duração, o compartilhamento dos dados pessoais e a finalidade do mesmo, e descrever os direitos dos titulares.

A definição de quem é controlador e operador tem ainda relevância no que diz respeito às obrigações e responsabilidades de cada um deles. O controlador, por exemplo, deverá estabelecer as respectivas hipóteses legais para cada tratamento que realiza.⁷⁷ Deve, da mesma forma, manter um registro de todas as operações de tratamento que realiza,⁷⁸ produzir o relatório de impacto à proteção dos dados pessoais,⁷⁹ assim como fornecer as instruções de tratamento ao operador.⁸⁰ É, em regra, em face do controlador que o titular irá exercer os seus direitos previstos na legislação, sendo sua a responsabilidade na eventual ocorrência de dano patrimonial ou moral, individual ou coletivo, no caso de violação à LGPD, bem como recaem sobre ele as sanções administrativas previstas no art. 52 da LGPD.

Já o operador, além de possuir obrigações em comum com o controlador, tais como a previsão do art. 37 da Lei, ainda possui previsões próprias, tais como responder solidariamente com o controlador 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 será equiparado ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 da LGPD.

Não deve haver confusão entre empregados ou servidores subordinados com a figura do operador ou do controlador, uma vez que aqueles atuam em nome dos agentes de tratamento, sob um poder hierárquico e diretivo. Logo, um gerente que realiza um tratamento de dados em

⁷⁷ Arts. 7 e 11 da LGPD.

⁷⁸ Art. 37 da LGPD.

⁷⁹ Art. 5, XVII, Art. 10, §3º e Art. 38 da LGPD.

⁸⁰ Art. 39 da LGPD.

nome da empresa em que trabalha não será operador para fins legais, tampouco o servidor ou empregado público que atua no exercício da sua atividade profissional.

2.4.6 O encarregado

O encarregado é a pessoa natural ou jurídica, da própria organização ou terceirizado, indicado pelo controlador e pelo operador, que atuará como canal de comunicação entre o controlador e os titulares, bem como entre os agentes de tratamento e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Apesar do conceito trazido no art. 5º, VIII, da LGPD, e acima retratado, o papel do encarregado na proteção dos dados pessoais vai bem além do de ser um canal de comunicação. Dessa forma, são tarefas do encarregado aceitar as reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências, receber comunicações da ANPD e adotar providências, orientar os funcionários e contratados da sua organização a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais, além de executar outras atribuições estabelecidas em normas complementares ou pelo controlador.⁸¹

Além disso, cabe à ANPD, na forma do parágrafo 3º do art. 41 da LGPD, estabelecer, como dito acima, normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive sobre hipóteses da dispensa da sua necessidade, o que já foi feito em uma ocasião, como já visto na menção a Resolução CD/ANPD nº 2, em janeiro de 2022.

O encarregado também é comumente chamado de *DPO (Data Protection Officer)*, em referência à nomenclatura utilizada na GDPR da União Europeia. Embora a LGPD não destaque quaisquer pré-requisitos para que uma pessoa possa exercer o papel de encarregado, é forçoso concluir, por processo lógico e pela exigência do mercado ou das fiscalizações, que o encarregado deva ter, além de qualidades pessoais para o desenvolvimento da função, conhecimento da legislação e das boas práticas sobre o tema.

A GDPR, ao contrário, traz, no art. 37,5, a determinação de que o encarregado de dados será designado com base nas suas qualidades profissionais e, em particular, no conhecimento especializado da lei e práticas de proteção de dados, além da capacidade de cumprir as suas obrigações mínimas previstas no art. 39 do mesmo diploma. Tais requisitos são ainda reforçados na Consideranda 97 da legislação europeia, a qual ainda acrescenta que o nível de conhecimento necessário pelo encarregado deverá ser determinado caso a caso, considerando

⁸¹ Art. 41, da LGPD.

os tratamentos realizados e a proteção exigida para tal, devendo ainda o encarregado ter a independência e autonomia necessários para desempenhar as suas atribuições.⁸²

Não existe vedação legal para que um grupo de organizações nomeie um mesmo encarregado para que este as represente de forma conjunta ou individualmente. As informações do encarregado acerca da identidade e dos contatos do encarregado deverão ser divulgadas ao público, de forma clara e objetiva, preferencialmente no *site* do controlador.⁸³

2.4.7 A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados, inicialmente criada como um órgão da administração pública federal vinculada à Presidência da República, foi transformada em autarquia de natureza especial através da Lei nº 14.460, de 25 de outubro de 2022, que lhe garantiu autonomia administrativa e financeira.

A ANPD possui um longa relação de competências, as quais estão discriminadas no art. 55-J da LGPD, e que podem ser sintetizadas em três grandes pilares: regulamentação, fiscalização/punição e educação/conscientização.

A composição da ANPD está prevista no art. 55-C de sua lei de regência, merecendo especial destaque para este estudo a composição do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade – CNPD, que conta com 2 vagas destinadas a entidades do setor laboral e 3 vagas a confederações sindicais representativas das categoria econômicas do setor produtivo.⁸⁴ Tais destinações revelam a grandiosidade e importância do tema para as relações de trabalho.

⁸² GDPR, art. 5º, 5. *The data protection officer shall be designated on the basis of professional qualities and, in particular, expert knowledge of data protection law and practices and the ability to fulfil the tasks referred to in Article 39.*

GDPR, Consideranda 97. [...] *The necessary level of expert knowledge should be determined in particular according to the data processing operations carried out and the protection required for the personal data processed by the controller or the processor. Such data protection officers, whether or not they are an employee of the controller, should be in a position to perform their duties and tasks in an independent manner.*

⁸³ Art. 41, § 1º, da LGPD.

⁸⁴ LGPD, Art. 58-A, IX e XI.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A LGPD E O DIREITO DO TRABALHO

Este capítulo é dedicado ao estudo dos princípios que fundamentaram a proteção de dados pessoais. Ele evolui desde o instrumento que serviu como incubadora para o nascimento dos princípios básicos para a proteção dos dados pessoais. A partir dessa base, diversos outros princípios foram estruturados e desenvolvidos, formando uma alicerce que seria reproduzido nas leis e regulamentos ao redor do mundo que versam sobre o tema.

Em seguida, trataremos da matéria a nível constitucional e infraconstitucional, relacionando-os com princípios do Direito do Trabalho e estudando a hermenêutica necessária a sua interpretação enquanto direito fundamental que transita e interage com diferentes áreas da ciência jurídica.

As hipóteses permissivas para o tratamento dos dados pessoais serão estudadas, com especial atenção à hipótese do consentimento, uma vez que deve ser utilizada com ressalvas ou maior atenção dentro do contexto de subordinação e hipossuficiência inerentes ao trabalho subordinado.

A hipossuficiência do trabalhador subordinado, em suas mais variadas possibilidades, irá ser examinada sob um novo enfoque, o da proteção dos seus dados pessoais, com a necessidade de mitigação do uso da hipótese do consentimento para realização do tratamento de dados pessoais dos trabalhadores.

3.1 PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Inicialmente, acerca dos princípios, eles são normas de caráter geral, com forte conteúdo valorativo, que guiam todas as atividades dentro de uma esfera de influência. São normas estruturantes dentro do sistema, aos quais as outras normas devem atenção.

Dworkin denominou os princípios como um padrão a ser observado, com dimensão de valor, que busca não apenas garantir uma situação econômica, política ou social almejada, mas que ambiciona atingir a justiça ou a equidade, ou ainda alguma outra dimensão da moralidade.⁸⁵

Dworkin continua sua obra apresentando os princípios como normas que não determinam de modo absoluto a decisão quando as condições são dadas, mas que possuem fundamentos que devem ser conjugados com outros princípios que também podem ser aplicados ao caso concreto para se chegar a uma decisão. Os princípios possuem dimensão de

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

peso, ou importância, e no intercruzamento entre eles, aquele que irá decidir a questão deve levar em conta o peso, ou a força, de cada princípio no caso concreto.⁸⁶

Robert Alexy, tendo como ponto de partida a teoria de Dworkin, conceituou os princípios como normas de caráter mais abstrato, com dimensões de valor, importância e peso, onde na ocorrência de colisão entre princípios que poderiam ser igualmente utilizados no caso prático, haverá uma prevalência de um sobre o outro, o que não significa a sua exclusão do ordenamento jurídico.

Princípios seriam mandamentos *prima facie* de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, havendo, em caso de colisão entre os princípios, a precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto seria encontrado através da lei do sopesamento, já que estes possuem dimensão de peso que podem ser modificados na análise fática. Assim, pela natureza dos princípios, os casos de colisões seriam resolvidos através da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação e necessidade (mandamento do meio menos gravoso), em face das possibilidades fáticas, e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), como mandamento de otimização nas possibilidades jurídicas.⁸⁷

Humberto Ávila traz a proporcionalidade – e com ela a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – como postulados aplicativos⁸⁸. No que toca a proporcionalidade o autor destaca que a ideia de proporção é inata ao direito, como “elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um à sua proporção.”⁸⁹ Porém, destaca que o postulado da proporcionalidade se aplica apenas a situações em que existe uma relação de causalidade entre dois elementos diferenciáveis.

Ele se aplica apenas em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre dois meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸⁸ Na lição de Humberto Ávila os postulados normativos aplicativos são “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas.”. Os postulados são também chamadas de normas de segundo grau. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 164.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 205.

da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).⁹⁰

Tamanho a importância dos princípios como normas estruturantes dos sistemas por eles afetados, que Bandeira de Mello advertiu acerca do alto nível de gravidade da violação aos princípios. Para ele, violar um princípio seria atacar todo o sistema de comandos, de onde as outras normas seriam derivadas.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.⁹¹

Os princípios de direito podem ter três tipos de classificações segundo a sua origem, podendo derivar do direito natural, da tradição e da política. Seriam derivados do direito natural os princípios que estariam ligados diretamente ao ser humano, como condição inseparável pela sua natureza humana, tais como o princípio de que todos os seres humanos têm direito à vida ou a liberdade. Como exemplo de princípio ligado à tradição temos o direito à herança e como exemplo de princípio político citamos os princípios federativos e da separação de poderes⁹². Já no que toca às funções, ou dimensões, dos princípios, essas podem ser fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa.⁹³

No ano de 1973 foi publicado o documento que seria o embrião dos primeiros e mais destacados princípios para a proteção dos dados pessoais. O relatório do grupo de trabalho para o *U.S Department of Health, Education & Welfare – HEW, o Records, Computers and the Rights of Citizens*⁹⁴ apresentou cinco sugestões para serem observadas no uso dos sistemas de processamentos informatizados de informações. Tais sugestões foram sintetizadas e descritas por Bioni da seguinte maneira:

- i) Não pode haver sistemas de bases de dados pessoais cuja existência seja secreta;
- ii) Deve existir um meio para que o indivíduo possa descobrir que tipos de informações sobre ele estão sendo armazenadas e como estão sendo utilizadas;

⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 206.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 230.

⁹² LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 28.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo. Malheiros. 2015. p. 283.

⁹⁴ Disponível em: <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>. Acesso em 04/10/2023.

- iii) Deve existir um meio para que o indivíduo possa evitar que informações sobre ele sejam obtidas para uma finalidade sejam utilizadas ou disponibilizadas para finalidades diversas sem o seu consentimento;
- iv) Deve haver um meio de o indivíduo corrigir ou emendar um registro de informações sobre ele que o tornam identificável;
- v) Qualquer organização que crie, mantenha, use ou dissemine registros de dados pessoais identificáveis deve garantir a confiabilidade do dado para o uso pretendido e deve tomar as medidas necessárias para evitar o uso inadequado desse dado.⁹⁵

Em 1975 foi publicada a primeira lei sobre proteção de dados pessoais no mundo, chamada de Lei do Estado de Hesse, na Alemanha.⁹⁶ Já em 1980, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos – OCDE, publicou diretrizes para a proteção da privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais, as quais passaram a ser replicadas em quase todas as legislações nacionais que tratam da proteção de dados pessoais.⁹⁷

As diretrizes da OCDE estabeleceram princípios que ficaram conhecidos como *Fair Informmation Privacy Principles* – FIPPs, entre os quais vários restaram reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo essas diretrizes, são princípios básicos da proteção de dados pessoais: princípio da limitação de coleta; princípio da qualidade do dado; princípio da especificação da finalidade; princípio do uso limitado; princípio da salvaguarda de segurança; princípio de abertura; princípio da participação individual, ou do indivíduo; e o princípio da responsabilização, também conhecido como *accountability*.

Em 1997, já demonstrando preocupação com o tratamento de dados pessoais em larga escala e para os mais diversos objetivos, a Organização Internacional do Trabalho – OIT publicou um código de práticas, não vinculativo, chamado de *Protection of worker's personal data*.⁹⁸ O documento tem o objetivo de fornecer orientação para a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, recomendando sua utilização para o desenvolvimento da legislação, regulamentações, acordos coletivos, regras de trabalho, políticas e práticas empresariais.

O *Protection of worker's personal data* recomenda a atenção a princípios gerais de proteção de dados pessoais voltados aos trabalhadores. São eles: i) os dados pessoais devem ser

⁹⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da *accountability***. Rio do Janeiro: Forense. 2022. p. 13-15.

⁹⁶ MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 124. ano 28. p. 157-180. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2019

⁹⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. 1980. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0188>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Protection of workers' personal data**. 1997. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS_107797/lang--en/index.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

tratados de forma lícita e justa, e apenas por razões diretamente relevantes para o emprego do trabalhador; ii) os dados pessoais devem, em princípio, ser utilizados apenas para os fins que foram originalmente coletados; iii) se os dados pessoais forem tratados para fins diferentes daqueles para os quais foram coletados, o empregador deve garantir que eles não sejam usados de maneira incompatível com a finalidade original, devendo tomar as providências necessárias para evitar quaisquer interpretações erradas causadas por uma mudança de contexto; iv) dados pessoais coletados em conexão com questões técnicas ou organizacionais medidas para garantir a segurança e o bom funcionamento dos sistemas de informação automatizados não devem ser utilizados para controlar o comportamento dos trabalhadores; v) as decisões relativas a um trabalhador não devem basear-se apenas no processamento automatizado dos dados pessoais desse trabalhador; vi) os dados pessoais coletados pelo monitoramento eletrônico não devem ser os únicos fatores na avaliação do desempenho do trabalhador; vii) os empregadores devem avaliar regularmente suas práticas de processamento de dados: (a) reduzir tanto quanto possível o tipo e a quantidade de dados pessoais coletados; e (b) melhorar as formas de proteger a privacidade dos trabalhadores; viii) 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; ix) as pessoas que processam dados pessoais devem ser treinadas regularmente para garantir a compreensão do processo de coleta de dados e seu papel na aplicação dos princípios deste código; x) o processamento de dados pessoais não deve ter o efeito de discriminação ilegal no emprego ou ocupação; xi) empregadores, trabalhadores e seus representantes devem cooperar para a proteção de dados pessoais e no desenvolvimento de políticas de privacidade dos trabalhadores consistentes com os princípios do documento; xii) todas as pessoas, incluindo empregadores, representantes dos trabalhadores, agências de emprego e trabalhadores, que tenham acesso a dados pessoais, devem estar sujeitas a uma regra de confidencialidade consistente com o desempenho das suas funções e os princípios deste código; xiii) os trabalhadores não podem renunciar aos seus direitos de privacidade.⁹⁹

Doneda aponta para a existência de um “núcleo comum” dos princípios de proteção de dados pessoais ao redor do mundo, estando esse núcleo representado pelos princípios da publicidade ou da transparência, da exatidão, da finalidade, do livre acesso e o princípio da segurança física e lógica¹⁰⁰.

⁹⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Protection of workers' personal data**. 1997. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS_107797/lang--en/index.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

¹⁰⁰ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 186-187.

Estes princípios, mesmo que fracionados, condensados ou então adaptados, podem ser identificados em diversas leis, tratados, convenções ou acordos entre privados. Eles são o núcleo das questões com as quais todo ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais.¹⁰¹

Existe uma confluência dos princípios de referência para a proteção de dados pessoais, sendo os princípios acima amplamente utilizados nos diversos códigos de proteção de dados pessoais em diferentes países, dentre os quais a LGPD.

O questionamento que emerge naturalmente é: existem princípios constitucionais para a proteção dos dados pessoais presentes na Constituição do Brasil? E se positivo, quais seriam? Essas perguntas serão respondidas no tópico seguinte.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Com a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, a proteção dos dados pessoais, passou a ser um direito fundamental expresso no estado brasileiro. No entanto, já havia uma declaração do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2020, acerca da existência, mesmo que de maneira implícita na Constituição Federal, da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, em razão da abertura da Constituição aos avanços da tecnologia e da sociedade, no que toca aos parâmetros de proteção dos direitos fundamentais.

No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs) 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, o STF destacou que o tratamento de dados pessoais, por agentes públicos e privados, seria um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade. No julgado restaram destacados e contextualizados princípios constitucionais para a proteção de dados pessoais, os quais todos encontram-se descritos na LGPD.

A LGPD, em seu papel como instituição¹⁰², reúne os princípios de maior predominância aplicados à proteção de dados pessoais, servindo como ferramenta de interpretação constitucional do direito fundamental à proteção de dados pessoais, ao desenvolvimento da economia informacional e do desenvolvimento tecnológico.

Qualificou-se, nesse estudo, a LGPD como uma instituição, no conceito do ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1993, Douglas North, por entender a LGPD como uma

¹⁰¹ Ibid., p. 188.

¹⁰² Na lição de Douglas C. North, uma instituição seriam “as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana”, formando um corpo de regras capaz de diminuir as incertezas nos cenários sociais. NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 13.

legislação com característica de transversalidade, cujos fundamentos buscam desde a proteção à privacidade do indivíduo, até o desenvolvimento econômico, tecnológico e das inovações.

A LGPD busca não apenas garantir e proteger a privacidade e a proteção dos dados pessoais, mas vários outros objetivos que atingem diferentes ciências, tais como a economia, tendo um alcance social e plural.

Segundo a teoria de North, a LGPD se qualifica como uma instituição formal e criada, justamente por constituir as “regras do jogo”, dando segurança aos *players* através da criação de restrições formal e não formais, limitando o conjunto de escolhas dos indivíduos e das organizações e aumentando os custos de transação e de produção. Conforme destacado na obra de North:

As instituições são restrições criadas pelos homens que estruturam a interação política, econômica e social. Elas consistem em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) e regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade). Ao longo da história, instituições foram criadas por seres humanos para criar ordem e reduzir a incerteza nas trocas. Juntamente com as restrições comuns da economia, elas definem o conjunto de opções e, portanto, determinam os custos de transação e produção e, portanto, a lucratividade e a viabilidade de se envolver na atividade econômica. Elas evoluem gradualmente, conectando o passado com o presente e o futuro; a história em consequência é, em grande parte, uma história da evolução institucional, na qual o desempenho histórico das economias só pode ser compreendido como parte de uma história sequencial. As instituições fornecem a estrutura de incentivos de uma economia; à medida que essa estrutura evolui, ela molda a direção da mudança econômica em direção ao crescimento, estagnação ou declínio.¹⁰³

Em seu papel institucional a LGPD tem como função principal a de reduzir as incertezas para todos os que tratam dados pessoais, nos mais diversos segmentos da vida pessoal e comercial, estabelecendo uma estrutura estável, mas não imutável e não necessariamente eficiente, para a interação humana. E a redução das incertezas encontra sua nascente exatamente na existência e na interpretação dos princípios existentes norma.

Assim sendo, são princípios constitucionais para a proteção de dados pessoais:

A) princípio da boa-fé – previsto no caput do art. 6º da LGPD, o princípio da boa-fé pode ser encontrado em outros diplomas legais, a exemplo do Código Civil (arts. 133, 187 e 422), do Código de Processo Civil (arts. 5º, 322, §2º, e 489, §3º), da CLT (art. 510-B, II) e do Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, III, 51, IV e 54-A, §1º). A

¹⁰³ NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p.97.

boa-fé é um princípio geral de direito, multifacetado, o qual se molda aos diferentes ramos da ciência com observação às suas peculiaridades, ora em seu aspecto objetivo, como regra de conduta e comportamento, e em outras no seu aspecto subjetivo, como crença ou estado de ignorância.¹⁰⁴

Nascida no Direito Romano, a ideia de boa-fé (*fides*) foi amplamente utilizada no mundo romano. Judith Martins-Costa assim percorrendo acerca da boa-fé na cultura jurídica romana, destacou que a boa-fé é entendida como confiança, e igualmente como colaboração e auxílio mútuo entre as partes nas relações entre iguais, e como amparo ou proteção na relação entre os desiguais, e ainda como lealdade e respeito à palavra dada e como fundamento da justiça e da virtude cívica.¹⁰⁵

Por meio desse princípio, cabe às partes envolvidas adotarem uma conduta proba, correta, transparente e participativa, tanto nas relações entre particulares, quando nas relações entre particulares e o poder público.

Percebe-se que ao diferenciar a boa-fé dos princípios de proteção de dados pessoais descritos no artigo 6º, o legislador aparentemente utilizou a boa-fé como uma cláusula geral.

Do ponto de vista prático, pouca diferença existe na distinção entre princípios e cláusulas gerais, e não é objeto desse estudo realizar uma análise profunda sobre a distinção técnica de ambas. No entanto, como a LGPD trouxe, mesmo que não intencionalmente, esta diferenciação, cumpre um breve olhar sobre o tema.

Inicialmente, para fique mais clara a distinção, devemos destacar os pontos em comum, pois como já assinalado, em termos práticos os princípios muito se assemelham às cláusulas gerais.

Princípios e cláusulas gerais são finalistas e não descritivos, proporcionando critérios para o julgador avaliar, na situação concreta, um significado e o seu alcance. Não há descrição de conduta a ser adotada, o que os torna abertos a diferentes realidades, moldáveis, porém, com finalidade esperada. Princípios e cláusulas gerais buscam promover um ideal de comportamento, podendo ainda a cláusula geral estabelecer a obrigação de atendimento a um princípio, que, por sua vez, direciona as partes para a promoção de um comportamento ideal.¹⁰⁶

¹⁰⁴ TONIAZZO, Daniela Wendt. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados e o Problema da Assimetria Informacional: soluções a partir da cláusula geral da Boa Fé Objetiva. 2022 (dissertação de mestrado)

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. p. 40.

¹⁰⁶ Ibid., p. 106-107.

Segundo Judith Martins-Costa, a diferença entre princípios e cláusulas gerais residiria no fato de que os princípios guiariam diretamente a realidades valorativas, enquanto as cláusulas gerais podem conduzir o julgador ou o intérprete a outros locais do ordenamento jurídico, nem sempre com conteúdo valorativo, ou a *standards* valorativos.¹⁰⁷

Além disso, as cláusulas gerais têm distinção do ponto de vista formal, pois sempre terão previsão legislativa, ao passo que os princípios podem existir fora do plano legislativo, em norma não positivada.¹⁰⁸

A boa-fé na proteção dos dados pessoais funciona tanto como uma cláusula geral como um princípio, na qual o interprete, analisando não apenas o texto mas também a situação fática e social envolvida na questão, tem à sua disposição um feixe de possibilidades não apenas ao dar significado ao termo, mas também para a verificação ou para a limitação das suas consequências, e pressupõe uma cooperação entre as partes envolvidas, as quais guardam deveres de confiança, lealdade, transparência, observação da ética e as legítimas expectativas do outro em todas as fases do tratamento.

Segundo o Enunciado 409 da V Jornada de Direito Civil, os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.¹⁰⁹

A boa-fé é encontrada ainda, de forma expressa, nos arts. 7º, §3º, e 52, II, da LGPD, o que aponta para a necessidade de observância a este princípio durante todo o ciclo de vida do dado pessoal. Entendemos que a boa-fé a ser aplicada na proteção dos dados pessoais é a objetiva, a qual pode ser entendida como “a observância de comportamento ético – a ser identificado concretamente em cada caso que se apresente – que pode ser juridicamente exigido (norma de conduta).”¹¹⁰ Desta forma, seriam indícios de boa-fé na relação entre o agente de tratamento e o titular, por exemplo, a adoção de práticas como *privacy by design* e *privacy by default*, a existência de uma política de armazenamento e destarte de dados pessoais, o treinamento dos empregados sobre a matéria, em especial acerca dos seus direitos enquanto titulares e seus deveres enquanto

¹⁰⁷ Ibid., p. 107.

¹⁰⁸ Ibid., 109-110.

¹⁰⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil**. Enunciado 409. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/213>. Acesso em: 27 de abril de 2023.

¹¹⁰ VIANA, Rafaela Gomes; LEITE, Vanessa Gomes. **As nuances normativas da boa-fé e suas consequências jurídicas**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e64860da9a624836>. Acesso em: 23 de abril 2023.

empregados, a existência de mecanismos de acesso, de disponibilização e de correção dos dados pessoais pelos titulares, a comunicação à autoridade nacional e ao titular da ocorrência de incidente de segurança que possa dano ou risco relevante aos titulares, entre outros;

B) finalidade – pelo princípio da finalidade, todo tratamento de dados pessoais deve ter objeto lícito e obedecer a finalidade para a qual fora coletado e planejado. O titular deve ter conhecimento prévio da finalidade antes da coleta dos seus dados de forma clara e explícita, devendo ainda haver compatibilidade entre a finalidade informada e os motivos que motivaram a coleta dos dados pessoais.

O princípio da finalidade possui estreita relação com outros dois princípios, da adequação e da necessidade, estando ainda ligado ao da qualidade dos dados. Consta ainda na LGPD como direito do titular (art. 9º, I) o acesso facilitado a informações sobre a finalidade específica do tratamento.

Cabe a advertência, porém, que a utilização dos dados pessoais, para finalidade correlatas à finalidade principal anteriormente informada são permitidas, desde que exista uma razoável expectativa de utilização desses dados pelo titular, tendo por base a sua relação prévia com o agente de tratamento, e considerando as características dos dados tratados, bem como as demais imposições da LGPD.

C) adequação – entende-se por adequação o mandamento de compatibilidade entre a finalidade informada ao titular e o tratamento realizado. A adequação, juntamente com a finalidade e a necessidade formam uma tríade de princípios que visam a “delimitação da licitude do tratamento de dados pessoais de acordo com a sua finalidade.”¹¹¹

A coleta de dados pessoais biométricos dos trabalhadores para controle de ponto, por exemplo, se utilizado para esta finalidade mostra-se adequado, desde que atendidas exigências legais para tal, por se tratar de dado pessoal sensível (art. 5º, II). Porém, se além desta finalidade esses dados forem tratados para criarem perfis de empregados pontuais para divulgação e até comercialização para outras organizações, não haverá mais o cumprimento da adequação, por ser incompatível a finalidade informada ao titular previamente e o tratamento levado à efeito;

D) necessidade – também conhecido como princípio da minimização, extrai-se do princípio da necessidade que não poderá haver coleta de dados pessoais além dos estritamente necessários para o atingimento da finalidade informada ao titular. Não

¹¹¹ MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo, ed. Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 138.

poderá existir coleta de dados aleatória e em excesso, mesmo que seja, ou possam ser interessantes, ao agente de tratamento, sendo inescusável ainda a avaliação da proporcionalidade considerando toda a operação de tratamento realizada e os riscos aos direitos dos titulares. Ainda como decorrência do princípio, tem-se a necessidade de excluir os dados pessoais após o atingimento dos seus objetivos, uma vez que deixaram de ser necessários, salvo, se outra hipótese legal houve para o seu armazenamento;

E) livre acesso – Para exercer seus direitos de titulares dos dados pessoais, bem como para tornar exequível a autodeterminação informativa, todo titular tem de ter a garantia de ter acesso, de forma gratuita e descomplicada, sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre quais dados pessoais seus estão sendo tratados, em sua integralidade.

Este princípio resta ainda consagrado e materializado de várias maneiras na LGPD, destacando-se os arts. 9º, 18 e 19;

F) qualidade dos dados – os dados pessoais devem ser exatos, claros, relevantes e atuais, de acordo com a necessidade e a finalidade do tratamento. Dados pessoais equivocados, ou desatualizados, como por exemplo a inscrição do titular em um banco dados de criminosos condenados pela justiça, mesmo ele jamais tendo participado de um ato criminoso, pode ser resultante de um dado pessoal sem qualidade, talvez pela grafia equivocada do nome ou na inexatidão da data do nascimento ou do nome dos genitores. Referida inscrição pode ter efeito extremamente danoso ao titular, como por exemplo negar-lhe o acesso ou a manutenção ao emprego, o que muitas vezes pode ocorrer sem qualquer fundamentação ou justificativa, escondido pela opacidade do tratamento.

É um princípio de relevante destaque diante dos processos de tratamentos de dados pessoais em *big data*, especialmente quando ligados a dados pessoais derivados ou inferidos. Tem-se por dados derivados aqueles que derivam de outros dados, dando origem a outro conjunto inédito de dados. Já dados inferidos são aqueles resultantes de um processo analítico com a utilização de algoritmos, estatística e *machine learnig*, no qual é possível fazer previsões para o objetivo programado. Trata-se da *predictive analysis*, a qual muito embora possa escalonar a realização de avaliações, de ser assertiva em muitos casos, e trazer economia para os que a utilizam, possuem a capacidade de realizar injustiças, tais como a discriminação algorítmica e a obtenção de resultados falsos, por não analisar situações ou comportamentos subjetivos, além de outras variáveis, tais como *vieses* na sua programação.

Expressão comum utilizada na ciência da computação é “*garbage in, garbage out*”, lixo entra, lixo sai, em livre tradução, a qual traduz que nenhum resultado bom pode ser esperado da análise de dados equivocados ou incompletos;

G) transparência – o princípio da transparência pode ser encontrado na Constituição (art. 37) e na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informação) voltados à Administração Pública, bem como em outros códigos voltados aos particulares, tal como o Código de defesa do Consumidor que em seu art.6º, III, declama ser direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”.

Por este princípio o controlador tem de fornecer ao titular informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre o tratamento dos seus dados, os agentes de tratamento envolvidos, bem como sobre as características do tratamento, observados os segredos industrial e comercial.

A transparência é um dever de todo agente de tratamento de dados pessoais, seja público ou privado, e deve ser proporcional ao risco e a complexidade do tratamento de dados, em seus aspectos qualitativos e quantitativos.

A exigência de prestar informações claras deve observar o uso de linguagem descomplicada, tendo por base o parâmetro social do “homem-médio”, evitando termos técnicos ou de difícil entendimento. É desejável ainda que as informações sobre dados pessoais sejam fornecidas de forma autônoma, sem vinculá-las com outros tipos de contrato, tal como o contrato de trabalho. Com isso, busca-se evitar ou diminuir a interferência da hipossuficiência do empregado em relação ao seu empregador, quando este age no papel de controlador, além de evitar o bombardeamento do titular com informações desnecessárias à proteção dos seus dados pessoais.

Além do art. 6º, IV, encontramos a presença do princípio da transparência nos arts. 9º, §1º, 10, §2º, e 40 de forma expressa, e em sua manifestação prática nos arts. 18, 19, 20, §1º, 41, entre outros;

H) segurança – pelo princípio da segurança tem-se que os agentes de tratamento devem adotar medidas técnicas e administrativas capazes de proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, bem como de situação acidental ou ilícita de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.

A fim de evitar a *personal data breach* os agentes de tratamento devem proteger os dados pessoais sob sua responsabilidade, desde a fase de concepção do produto ou do

serviço, até a sua execução, nos termos do art. 46, § 2º. A LGPD também prevê que os sistemas utilizados para o tratamento dos dados devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, bem como aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos na própria norma e em outras normas regulamentares. Os deveres de segurança vinculam não apenas os agentes de tratamento, mas todos aqueles que intervenham em alguma fase do processo, mesmo após o seu término.

A ANPD poderá ainda dispor sobre padrões de segurança mínimos para considerar efetiva a observação ao princípio da segurança, e deverá considerar a natureza das informações tratadas, as características do tratamento, o estado atual da tecnologia, bem como os demais princípios constantes do art. 6º da LGPD, especialmente para o tratamento de dados sensíveis. Será irregular o tratamento quando, além de não observar a legislação correlata, deixar de fornecer ao titular a segurança que ele pode esperar. Um nível de segurança adequado deverá ser observado no caso prático, a depender de características específicas do tratamento realizado, e deve ser proporcional ao risco aos titulares gerado pelo tratamento. O art. 44 da LGPD traz fatores a serem considerados para avaliação do nível de segurança no caso prático, sendo o modo pela qual o tratamento é realizado, o seu resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, e as técnicas de tratamento dos dados disponíveis à época do tratamento.

O art. 48 estabelece que o controlador deve informar a ANPD e ao titular, em prazo razoável, a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

I) Prevenção – Em atenção ao princípio da prevenção, os agentes de tratamento deverão agir de forma preditiva para evitar a ocorrência de dados aos titulares. Além da sua descrição no art. 6º, VIII, o princípio da prevenção está consagrado de forma prática na LGPD em vários momentos, a exemplo dos artigos 50, 51 e 52, bem como do parágrafo 2º do art. 46, o qual remete ao conceito de *privacy by design*.

J) não discriminação – presente já no art. 3ª, IV, da Constituição, a não discriminação é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O art. 6º, IX, da LGPD prevê a impossibilidade de realização do tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. Entendemos que houve uma atecnia na lei em relação a utilização do termo “impossibilidade”, pois o tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios é possível, no sentido de ser viável

materialmente, porém, é vedado pelo ordenamento constitucional e infraconstitucional, exceto para fins de ações positivas ou permitidas por lei.

Acerca do qual seria o conteúdo do termo discriminação, lançamos não da definição já apresentada no item 2.2.1 deste trabalho, somando-o ao conteúdo da Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965 e com vigência nacional desde 26 de novembro de 1966, a qual informa:

Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:
a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins da presente convenção as palavras ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.¹¹²

Já a Convenção nº 117 da OIT, ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1969, com vigência desde 24 de março de 1970, que versa sobre os Objetivos e Normas Básicas da Política Social, na parte V prevê a supressão de qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical.

Ainda na seara trabalhista apontamos a Lei 9.029 de 13 de abril de 1995, a qual proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

De maneira menos específica à relação laborais, mais vinculando suas prescrições a ela, temos ainda o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, e o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003.

H) responsabilização e prestação de contas – a LGPD exige ainda a demonstração pelos agentes de tratamento de dados pessoais, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e da eficácia dessas medidas.

¹¹² BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo28. Acesso em: 26 abr. 2023.

Previsto no art. 6º, X, o princípio da prestação de contas e responsabilização é também conhecido por *accountability*, e demanda que as organizações que tratem dados pessoais tenham não apenas a obrigação de tratar dados pessoais na forma da legislação, mas a capacidade de demonstrar, através de boas práticas, políticas, procedimentos, treinamentos, entre outros, a efetiva preocupação com o tratamento realizado.

Em atenção à sindicabilidade os agentes deverão demonstrar que todo o ciclo de vida do dado pessoal sob sua responsabilidade está em conformidade com a norma de proteção, e que tais medidas são efetivamente eficazes para garantir a proteção (esperada) aos dados pessoais. Conta-se dessa forma com uma participação ativa e discricionária dos agentes de tratamento para mitigar os riscos da suas próprias atividades.

Como exemplo da aplicação prática desse princípio da LGPD citamos o art. 37, o qual impõe ser obrigação do controlador e do operador a manutenção de registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizem, especialmente quando a base legal for o legítimo interesse, bem como a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, a qual poderá requisitar a qualquer momentos informações acerca dos tratamentos de dados pessoais efetuados, possibilitando a fiscalização da atividade, conforme previsão do inciso iv, do art. 55-J.

Outro importante instrumento de *accountability* é o definido no art. 5º, XVII, da LGPD, o Relatório de Impacto à Proteção de Dados, o qual poderá ser exigido em um momento posterior pela ANPD.

3.3 HERMENÊUTICA PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Para investigar a interação entre os princípios de proteção dos dados pessoais com os princípios do direito e do processo do trabalho, bem como das técnicas de hermenêutica necessárias para o atingimento das suas finalidades e concreção dos seus resultados, é necessário entender de início qual é o significado teleológico do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, entendendo o segundo como um conjunto de regras e princípios orientadores dos operadores do direito para obter a materialização, ou a concretização, do Direito do Trabalho.

Acerca da natureza do Direito do Trabalho, bem como dos seus objetivos, entende-se que sua função maior é a protetiva, possuindo duas facetas distintas, mas que se complementam para atingimento do seu objetivo final.

A primeira faceta seria da proteção social da organização econômica, de manutenção do próprio sistema capitalista e suas relações de produção e consumo, o qual verificando os perigos das revoltas sociais do proletariado e o crescimento de outras ideologias, tratou de estabelecer melhores condições de trabalho e de salários, além de outras garantias, como forma de manter o sistema econômico e social.

Assim sendo, o Direito do Trabalho protege o sistema capitalista contra os abusos decorrentes da exacerbação do seu próprio fim, que é a produção de riquezas para obtenção de lucro, a um custo social e humano muito alto.¹¹³

Na segunda vertente protetiva, o Direito do Trabalho se destina à proteção de classes de trabalhadores e do trabalhador individual, sob uma visão necessária de hipossuficiência em diversos aspectos, procurando minimizar as desigualdades e buscando assegurar um padrão mínimo de proteção social, financeira e jurídica entre o empregador e os empregados.

Dessa forma, o Direito do Trabalho regula as relações de trabalho entre os indivíduos, minimizando a possibilidade de exploração, de injustiças, possibilitando a distribuição de riquezas e contribuindo para a paz social. Neste sentido:

Infere-se daí que a proteção se destina à sociedade, num primeiro momento, e, em outro momento, ao operário, no sentido individual ou de classe. Portanto, trata-se de um direito social quanto ao motivo de sua institucionalização e proletário quanto à sua destinação imediata. Parte-se do pressuposto de que o Direito do Trabalho nasceu para acomodar o trabalhador dentro do capitalismo em sua modalidade vigente.¹¹⁴

Portanto, temos na proteção, tanto da trama social quanto dos indivíduos que necessitam do trabalho para a sua subsistência, a bússola pela qual deve o Direito do Trabalho guiar o seu progresso, buscando sempre compatibilizar as aspirações dos diferentes atores que nele atuam, em diferentes momentos históricos.

O trabalho, tamanha a sua importância, mereceu destaque na Constituição, podendo ser encontrado em diversas oportunidades ao longo do seu texto, em diferentes temas, desde os princípios fundamentais da República, até a previsão de penalidades sobre a propriedade de proprietários que explorem trabalho análogo a escravo, prevista no art. 243.

¹¹³ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

¹¹⁴ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Hermeneutica pós reforma trabalhista**.

Por exemplo, a Constituição destaca em seu art. 1º, ser fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O art. 5º, inciso XIII, do texto constitucional, prevê a garantia do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Resta destacado no art. 6º da carta política o trabalho como um direito social, e no artigo 7º consta um longo catálogo de direitos dos trabalhadores, o qual já nasceu sem a pretensão de ser exaustivo, mas ao contrário, abre-se a quaisquer outros direitos que pretendam a melhoria da sua condição social.

Compreendendo e abraçando a luta por melhores condições de trabalho e de vida, os artigos 8º, 9º, 10º e 11º, tornam livres a associação profissional ou sindical, onde categorias de trabalhadores com os mesmos interesses podem se organizar, exercer seu direito de greve e atuar na discussão e na decisão de pautas de seu interesse, seja perante a iniciativa privada, seja perante a iniciativa pública.

Encontramos ainda o trabalho humano como fundamento da ordem econômica e primado da ordem social, objetivando assegurar a todos uma existência digna e bem-estar, nos ditames da justiça social, e trazendo como princípio a busca do pleno emprego. É o que evidenciam os artigos 170, VIII, e 193 da constituição.

Com a superação do juspotitivismo, restou clara uma diferença entre o que seria o texto normativo e o que seria a norma. Esta seria o resultado da interpretação dada ao texto, não havendo sequer, em algumas oportunidade, uma necessária correspondência entre o texto e a norma.

Normas não são textos e nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.¹¹⁵

O Direito do Trabalho é um sistema, parte integrante e inseparável do sistema jurídico maior. Um sistema pode ser assim entendido como:

[...] conjuntos de elementos que se relacionam adquirindo alguma estrutura e identidade diante do ambiente. Temos, então, os componentes do sistema, seus elementos ou partes, as relações que os estruturam e sua unidade. Esse conjunto estruturado de elementos formam um todo que se distingue daquilo que o cerca. Em

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50.

função dessa distinção, um sistema é uma unidade, um todo, formada por partes organizadas em uma estrutura que se distingue de seu ambiente.¹¹⁶

O sistema jurídico trabalhista é um sistema complexo adaptativo (*complex adaptive systems*), entendendo por complexo aquele sistema que apresenta uma visão transdisciplinar, que é auto-organizado, com a produção de emergências. Emergências são os “processos de surgimento de estruturas, padrões e propriedades novas e coesas – chamados de fenômenos emergentes – durante o processo de auto-organização de sistemas”.¹¹⁷ As características das emergências são algo novo, não previstas originalmente no sistema, não provisórias, muito embora possam vir a perecer alguns dos seus elementos ou dos processos de interação.

O sistema complexo apresenta ainda outras características: I) a não linearidade das interações entre elementos heterogêneos responsáveis pelas emergências; II) se desenvolvem longe do equilíbrio, não sendo constantes ou se conservando ao longo do tempo, sendo abertos e trocando energia com o ambiente.

Por sua vez, quando esses sistemas complexos possuem história e vivência, evoluindo através das suas interações e experiências, eles são também chamados de adaptativos, e seus elementos de adaptação de “agentes”. André Folloni assim abrevia o sistema adaptativo complexo:

Em síntese: um sistema complexo adaptativo, quando se desenvolve por meio das interações não lineares entre seus vários e diferentes agentes, e deles com o ambiente, auto-organiza-se dando origem a novos padrões, estruturas e qualidades, então não presentes, mas que emergem dessas interações. Essas propriedades não resultam apenas da soma dos agentes em interação e não podem ser dela deduzidas. Desse processo, chamado emergência, resultam fenômenos emergentes. Esses fenômenos podem retroagir sobre os agentes, provocando alterações em suas estratégias de evolução, o que provocará novas emergências, e assim por diante.¹¹⁸

O Direito do Trabalho possui diversos “agentes”, tais como a atividade legislativa, os juízes do trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, o

¹¹⁶ FOLLONI, André. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências / Complexity, law and legal norms as emergences. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 905-941, jun. 2017. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21901/20596>. Acesso em: 30 abr. 2023.

¹¹⁷ FOLLONI, André. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências / Complexity, law and legal norms as emergences. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 905-941, jun. 2017. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21901/20596>. Acesso em: 30 abr. 2023.

¹¹⁸ FOLLONI, André. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências / Complexity, law and legal norms as emergences. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 905-941, jun. 2017. p. 21-22. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21901/20596>. Acesso em: 30 abr. 2023.

Ministério do Trabalho e Emprego, os sindicatos, federações e confederações, os empregadores e os advogados. Esses agentes interagem de forma não linear, criando normas e regulamentos, interpretando-os, criando teorias, estabelecendo entendimentos sumulares etc.

O Direito do Trabalho possui longa história evolutiva, havendo um caminho de dependência entre a sua configuração contemporânea e suas origens. Além disso, é auto-organizado, passa por processos muitas vezes traumáticos de mudanças, sofre com a interação de elementos heterogêneos, porém, resiste em sua essência.

O Direito do Trabalho é ainda um sistema autopoietico, entendendo-se por autopoietico aquele que se auto produz, que é autossustentável, onde ocorre uma (re)produção dos elementos que compõe o sistema. Como ciência social, o Direito do Trabalho se estrutura para tornar possível a aquisição constante de novos conhecimentos, produzidos por ele próprio, contrariando a manutenção de um conhecimento a ele transmitido e que poderia ser estático, o fazendo através do contato com elementos (perturbações) do ambiente.¹¹⁹

Desta feita, o sistema complexo adaptativo do Direito do Trabalho, em face das suas interações com o ambiente, e outros sistemas que o compõem, é sujeito a mudanças constantes, e demanda para a sua interpretação, uma visão igualmente complexa, que não retire o seu caráter científico, porém o veja de forma integrada e inseparável de um todo social.

Necessário ainda mencionar, por ser imprescindível à boa prática da hermenêutica juslaboral, a existência de diversas fontes e os meios de integração do direito do trabalho, previstos no art. 8º consolidado, sendo as fontes primárias a lei e o contrato (estando aqui inclusos os regulamentos empresariais internos e instrumentos coletivos negociados) e as fontes secundárias a analogia, a equidade, os princípios gerais de direito, os princípios do direito do trabalho, o uso e o costume e ainda o direito comparado.

Serve ainda o direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho. Diante de tantas fontes e formas de integração, Francisco Meton Marques de Lima afirma que o direito do trabalho é pluricêntrico e multinormativo, possuindo várias fontes emissoras de normas.¹²⁰

Estão intimamente interligados o homem, o trabalho, e a ordem social e econômica, devendo a hermenêutica a ser utilizada na interpretação dos princípios (constitucionais) trabalhistas ser sempre plural, multifacetária, complexa, observando a aspectos não apenas da disciplina trabalhista, mas de outras disciplinas jurídicas tais como o Direito Econômico e a

¹¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 66-69.

¹²⁰ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 257.

Sociologia do Direito, até de ciências distintas como a Economia e a Sociologia. Deverá observar acima de tudo a Constituição, em sua sistematicidade e unicidade.

A utilização de normas e expressões de conteúdo aberto, abstratas, tanto na Constituição, como na CLT e na LGPD, é um fator de atenção à atividade hermenêutica, posto que permitem uma (re)interpretação da lei para a criação de uma norma, servindo à atualização temporal e axiológica da legislação mesmo sem mudança gramatical. Trata-se do método de interpretação conforme a Constituição.

Uma norma pode assumir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem toma-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de se inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.¹²¹

Bonavides alerta acerca dos limites do interprete ao utilizar o método “conforme à Constituição”. Aduz que o conteúdo inato da lei, a intenção do legislador, deve ser conservada ao máximo, de forma a não deformar ou perder a finalidade pretendida pelo legislador, nem substituir a atividade legislativa pela vontade do juiz. Outro limite seria que na presença de um texto claro e inequívoco, o interprete não pode dar-lhe sentido oposto, posto que o método não deve servir para alterar conteúdos normativos.¹²²

Canotilho destaca que o interprete que utiliza o método da interpretação conforme a constituição deve ter como um elemento essencial o princípio da democracia econômica e social.¹²³

Dois princípios constitucionais são ainda necessários e importantes à hermenêutica dos direitos fundamentais, sendo o primeiro o da proporcionalidade e o segundo o da compatibilização, ou harmonização. O princípio da proporcionalidade irriga todo o sistema normativo e encontra a sua efetividade através da análise de três noções: o fim, o meio e a situação fática sob enfrentamento.¹²⁴

Bonavides destaca que o princípio da proporcionalidade possui três elementos, também chamados de conteúdos parciais ou subprincípios, que regem a sua composição, sendo a pertinência ou aptidão (adequação do meio escolhido ao fim que se almeja alcançar), a

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo. Malheiros. 2015. p. 530.

¹²² Ibid., p. 530-536.

¹²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. res. Coimbra: Almedina. 1993. p. 475-467.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo. Malheiros. 2015. p. 402.

necessidade, também chamado de princípio da escolha do meio mais suave (de limitação da medida ao que for indispensável à conservação do bem sob tutela, efetuando a dosagem necessária para atingimento do fim) e o da proporcionalidade em *strito sensu* (de levar em conta todo o conjunto de interesses em jogo).¹²⁵

No mesmo sentido, aponta Canotilho, destacando ser o princípio da proporcionalidade um meio para o controle dos excessos:

Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de justa medida (LARENZ).¹²⁶

Já o princípio da concordância prática, ou da harmonização, demanda a combinação de diferentes bens jurídicos conflitantes, ou que estão em concorrência, com o objetivo de evitar o sacrifício de uns em relação aos outros.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.¹²⁷

Tanto o método de interpretação conforme a constituição, quanto os princípios da proporcionalidade e da harmonização possuem ligações indissociáveis com o princípio da unicidade da constituição. Por este princípio o hermeneuta deve interpretar a constituição como um sistema único e com suas normas sempre em concordância.

Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. [...] Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.¹²⁸

¹²⁵ Ibid., p. 406-407.

¹²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. res. Coimbra: Almedina. 1993. p. 171.

¹²⁷ Ibid., p. 228.

¹²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. res. Coimbra: Almedina. 1993. p. 226-227.

Outro elemento de importância na prática hermenêutica é o conhecimento da figura do próprio interprete, o qual deverá levar em consideração, além de uma gama de variáveis para executar a sua tarefa, o cuidado de ele próprio não ser um agente interno de impacto (in)devido na atividade hermenêutica. Isso, porque o hermeneuta não cria a norma do vazio, mas utiliza todo o histórico de um mundo já construído, com plúrimas ideias sobre a lei a ser interpretada.

Uma possível abstração dos valores do interprete na sua atividade, ou seja, uma hipotética neutralidade axiológica, é algo quase impossível de ocorrer, entendimento que é justificado pela epistemologia.

O conhecimento é justamente o resultado da compreensão do objeto em análise pelo sujeito cognoscente, que irá realizar o processo de conhecimento utilizando a sua base de saber, que fora previamente estabelecida.

Assim, o conhecimento humano é provisório, pois a figura do objeto é resultado do processo de conhecimento do sujeito, que será influído por diferentes valores, vieses e abordagens na observação e análise de um mesmo objeto. Como o sujeito é imperfeito, e seu acesso à realidade intrincada é parcial, a imagem construída a partir do objeto pode carregar – ou certamente carregará – algumas dessas imperfeições, que influenciarão inequivocamente a construção da figura de objeto a objeto. Desse modo, entendemos por ser não apenas possível, mas de certa forma pouco provável uma abordagem não crítica e valorativa à pesquisa, mesmo à pesquisa científica.¹²⁹

Sobre o emprego de uma visão crítica e subjetiva do interprete do Direito, Francisco Gerson Marques de Lima expôs seu pensamento da seguinte forma em seu trabalho de pós-doutorado.

Outra corrente, no entanto, parte do pressuposto de que é natural, nas Ciências Sociais em geral, realizar-se estudo crítico, o que não significa parcialidade metodológica. E que, sendo o Direito tridimensional (fato, valor e norma), é natural que haja avaliação destas instâncias cognitivas e axiológicas, destacando-se que o estudo dos valores implica sempre uma escorregadela para o campo crítico, como ocorre na identificação de valores positivos, negativos etc. No sentir deste autor, o que deve ser imparcial é a metodologia da pesquisa, a técnica investigativa, os critérios objetivos empregados, a perquirição e o manuseio dos dados, que não podem ser manipulados para a obtenção de resultados tendenciosos, de mera conveniência, direcionados a satisfazer concepções prévias. As análises não podem ser apaixonadas, baseadas eminentemente em pré-concepções ideológicas; mas, se fundamentada a posição do pesquisador, é indubitável que ele possa realizar estudo crítico do objeto investigado e esboce

¹²⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de; SILVA, Carlos Eduardo Pinheiro. O Direito Comparado como Fonte do Direito do Trabalho: um breve estudo sob a ótica do artigo 8º da CLT. **Revista Jurídica do Banco do Nordeste**, Fortaleza, 2023. p. 125-141. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/revista-juridica/2023>. Acesso em 15 out 2023.

comentários favoráveis ou desfavoráveis a determinadas realidades.” (em fase de elaboração)¹³⁰

Não deve o Direito do Trabalho ser entendido e interpretado de forma reducionista, fatiando-o e deslocando-o de uma realidade a que faz parte e que se mostra complexa. A hermenêutica trabalhista não deve ser isolada, nem tampouco a interpretação das normas acerca da proteção dos dados pessoais, posto que a interpretação dos direitos fundamentais demanda a análise conjunta e sistemática da democracia, da constituição e da cidadania, em seus sentidos social, político e jurídico.¹³¹

A hermenêutica trabalhista deve ser, pois, filosófica, analisando o caso prático, mas tendo-o como parte de um todo maior, encontrando em movimento cíclico a origem e o resultado do pensamento, o que é possível na atenção do exegeta aos princípios mais caros da Constituição e das áreas do Direito infraconstitucionais sob análise.

Princípios trabalhistas como os da proteção, da equidade, da autodeterminação coletiva, da prevalência do negociado sobre o legislado, da norma mais favorável ao trabalhador, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da primazia da realidade, entre tantos outros, deverão sempre buscar a sua interpretação conforme a constituição, em sua totalidade, por atenção ao princípio da unidade da constituição.

A hermenêutica dos direitos fundamentais deve guiar o interprete ao atingimento das suas finalidades, concretizando o princípio em debate na maior medida fática e jurídica possível.

Porém, não esqueçamos que mesmo a Constituição destina valores específicos a destacadas áreas do Direito, tais como o Direito do Trabalho. Isso significa que mesmo sendo complexo e recebendo as interações necessárias de outras áreas do conhecimento e da vida em sociedade, a essência e finalidades de proteção do tecido social e dos trabalhadores devem ser mantidas na máxima medida possível.

¹³⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Modelos de negociação coletiva no Direito Comparado do Trabalho**. Trabalho final da pesquisa de pós-doutorado no PPGD/UFPE, sob a orientação do professor Ivo Dantas. Recife: UFPE, 2021.

¹³¹ “Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a teoria de uma Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática de estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa e estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da constituição.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo. Malheiros. 2015. p. 612.

Direito do Trabalho é, na linguagem utilizada por Francisco Gérson Marques, “visceralmente um processo de princípios”, além de um “processo teleológico, cujo fim é a justiça, a equidade.”. Nas palavras do autor mencionado:

Traduzindo em linguagem científica: é um processo cujo valor essencial é a justiça. Como tal, procura-a nos meandros dos princípios jurídicos e sociais que o informam. Destarte, ele apresenta uma base filosófica e sociológica (a justiça, a busca irrefragável pelo justo, a demanda concretizante da justiça social) e um conteúdo normativo, os princípios, que formam a sua coluna dorsal, distribuídos em cada vértebra estruturalmente imprescindível.¹³²

Assim sendo, da necessária e inevitável interação entre a proteção de dados pessoais e o Direito do Trabalho, surgirão novas situações a serem impostas aos seus agentes. Os princípios para a proteção de dados pessoais visam assegurar a proteção dos titulares dos abusos cometidos pelos agentes de tratamento, os quais podem violar diversos e delicados direitos da personalidade, com reflexos em vários outros direitos sociais e patrimoniais.

Possuem, desta feita, o mesmo núcleo duro de origem do Direito do Trabalho, sendo destinados à proteção daqueles que se encontram em condições desfavoráveis em face dos empregadores e dos agentes de tratamento.

Não há qualquer incompatibilidade na união construtiva dos princípios de proteção de dados pessoais e do Direito do Trabalho, devendo a hermenêutica abraçada andar firme na função protetiva de ambos, e ser flexível na análise do caso prático, conciliando as variáveis heterogêneas de uma sistema adaptativo complexo na busca da justiça social.

Também é digno de destaque a exaltação do princípio da boa-fé no art. 6º da LGPD, ao prescrever que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observa-la. Isso, porque a boa-fé serve como princípio para interpretação das normas, princípios e regras, bem como balizador dos diversos momentos que compõem o tratamento de dados pessoais.

Na função hermenêutica, a boa-fé permite apreender os interesses das partes em vista dos esquemas socialmente normais e regulares, contrastando-os com a eventual singularidade do ato de autonomia privada. Viabiliza *valorar a conduta das partes* no curso do processo obrigacional, contrastando a conduta efetivamente havida com o *standard* da conduta segundo a boa-fé, é dizer: uma conduta leal, proba, cooperativa com o *alter* em vista dos fins visados pelo negócio e das expectativas legitimamente geradas por sua pactuação. E autoriza o intérprete a concluir – em razão do comportamento seguido – qual o sentido a conferir à manifestação de vontade, pois todo contrato importa num dever de manutenção de uma *linha de coerência*, quer a pessoa esteja na posição de credor quer na de devedor.

¹³² LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos do processo do trabalho**: bases científicas e sociais de um processo de princípios e equidade para a tutela de direitos fundamentais do trabalho. Malheiros. São Paulo, 2010. p. 50.

É objeto de valoração pelo *standard* da boa-fé o inteiro comportamento das partes, abrangendo as fases pré-negocial, de execução do contrato e a pós-contratual. Porém, em qualquer caso, uma adequada atribuição de significado interpretativo ao comportamento deve considerar, acuradamente, as distinções entre as diversas tipologias de comportamento que, em vista do caso, possam adquirir relevo.¹³³

Se tratando de duas relações de forte assimetria entre as partes – a de trabalho a de proteção de dados pessoais –, a boa-fé, em sua função hermenêutica, deve proporcionar uma interpretação pró-vulnerável, em harmonia com os demais axiomas aplicáveis ao caso. Deve-se dar concretude aos princípios sociais e de liberdade individual, não existindo qualquer incompatibilidade, distinção de grau ou de valor, ou rastro de hierarquia entre eles, estando ambos sob a amplitude de um bem jurídico maior, o da dignidade da pessoa humana.¹³⁴

Destacamos que existem diversos direitos sociais trabalhistas sob o status de direitos fundamentais, com base legal em instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, do Ato Constitutivo da OIT, de 1946, e da sua Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho, de 1998.

O Brasil ratificou os três primeiros, sendo direitos trabalhistas com *status* de direitos humanos o direito à liberdade de trabalho, o direito à igualdade salarial, o direito a remuneração justa e satisfatória, os direitos sindicais, o direito ao repouso, o direito a condições de trabalho justas e higiênicas, o combate ao trabalho forçado e à escravidão, a proibição do trabalho infantil, o combate à discriminação no trabalho, a proteção em face dos riscos sociais e a proteção contra o desemprego.¹³⁵

Esses direitos funcionam como um piso mínimo de dignidade do trabalhador, e os princípios como um “sistema de compensação, como pano de fundo da legislação, visando a otimização dos direitos positivados por lei ou contrato individual ou coletivo.”¹³⁶

Assim como o sistema jurídico maior do qual faz parte, o Direito do Trabalho possui a função de reduzir as incertezas do ambiente complexo, garantindo congruência entre as expectativas de comportamento e as condutas dos indivíduos. Faz parte do sistema imunológico social contra condutas não esperadas ou não desejáveis, contra as incertezas, o desconhecido,

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018. p. 335.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 676-677.

¹³⁵ VARGAS TESTA, J.; CENCI, E. M. **Universalização de direitos trabalhistas: uma proposta de avanço no papel da Organização Internacional do Trabalho**. Scientia Iuris, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 155–180, 2015. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/23239>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹³⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 45-46.

evitando conflitos pela criação de uma para-realidade, que busca trazer uma certeza, embora precária, do que deveria ocorrer.¹³⁷

Isso significa que não deve a hermenêutica ser instrumento de incerteza, de desordem, de instabilidade social. Mesmo sendo flexível às novas realidades, é necessário que as mudanças de entendimento estejam de fato ligadas a uma mudança da sociedade, ou possível dentro das particularidades dos casos concretos sob análise, objetivando sempre a construção de um juízo e uma realidade de equidade.

Em resumo, cabe aos agentes, em seus diferentes papéis de criação e interpretação, analisarem a complexidade do sistema trabalhista adaptativo em que atuam, interpretando-o conforme o conteúdo material da Constituição, concretizando na maior medida possível os princípios de proteção dos dados pessoais e do Direito do Trabalho, objetivando sempre a progressão social do trabalhador, a justiça e a paz social.

3.4 HIPÓTESES PERMISSIVAS DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O art. 7º da LGPD destaca quais são as hipóteses legais para que qualquer tratamento de dados pessoais possa ocorrer. Trata-se de lista taxativa. Portanto, qualquer tratamento de dados pessoais deverá estar fundamentado em pelo menos uma das hipóteses legais.

São hipóteses para o tratamento de dados pessoais previstos no art. 7º da LGPD: i) o consentimento fornecido pelo titular; ii) o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; iii) a execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos, ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumento congêneres, pela Administração Pública, restringindo o tratamento aos dados necessários para o atingimento dos objetivos; iv) a realização de estudos por órgãos de pesquisas, garantida sempre que possível a anonimização dos dados pessoais; v) para cumprimento de contrato, ou na fase pré contratual, a pedido do titular e desde que o titular seja parte do contrato; vi) para o exercício regular de direitos em processos judiciais, administrativos ou arbitrais; vii) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; viii) para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ix) para atender, quando necessário, aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto quando não

¹³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 63.

prevaleçam direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; x) para a proteção do crédito.

Entende-se que existe, ainda, uma outra hipótese legal presente da LGPD, prevista em seu art. 11, g: o tratamento de dados pessoais sensíveis pode ocorrer para a garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos do titular e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção de dados pessoais.

Desse modo, são onze as hipóteses legais permissivas do tratamento dos dados pessoais, dentre as quais, cinco possuem ampla utilização na relação de emprego, e uma se apresenta como objeto de preocupação: o consentimento na relação de trabalho subordinada. Isso, porque ela está apta a permitir, *a priori*, o tratamento de dados pessoais dos empregados sob uma base legal, mas pode se revelar, no caso concreto, abusiva e ilegal em uma análise sistemática da LGPD e da legislação trabalhista.

São bases legais de maior utilização nas relações de trabalho: o consentimento do titular; o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; a execução do contrato ou dos seus atos preparatórios, desde que por pedido do titular, que deve fazer parte do contrato almejado; o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; e o legítimo interesse.

Passa-se, então, à apresentação das hipóteses mais presentes na relação de emprego, empenhando maior esforço na hipótese destacada como sendo de maior preocupação e que necessita de maior atenção por parte dos diferentes atores da relação empregatícia, em seu sentido amplo.

A) O consentimento do titular

Segundo o art. 5º da LGPD, consentimento é a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade específica. Embora a lei tenha optado por utilizar conceitos abertos para validar o consentimento, tais como a exigência de uma manifestação “livre”, “informada” e

“inequívoca”, é possível dar-lhes entendimento geral, através da hermenêutica e utilizando a legislação comparada, especialmente a europeia, em sua GDPR e na *guideline* 259/2017.¹³⁸

Um dos elementos do consentimento válido é a liberdade do titular na escolha de quais dados pessoais ele está fornecendo em cada operação ou processo de tratamento. Logo, consentimentos obtidos sob quaisquer meios capazes de viciar a livre a vontade do titular poderão resultar em ilicitude. É o que acontece com a coação, com a negativa desvinculada ou abusiva a algum serviço, oportunidade ou direito, pois não configura como de obtenção livre.

Importante destacar que para cada finalidade deverá haver um consentimento específico, evitando-se o consentimento geral ou para várias finalidades. Este é o segundo elemento do consentimento válido, a especificidade. A possibilidade de escolha do titular acerca de qual tratamento e para quais finalidades ele dará o seu consentimento é o que se chama de granularidade. Por meio dela, proíbe-se a obtenção do consentimento com base do “tudo ou nada”.

Como terceiro elemento do consentimento válido, tem-se a necessidade de prestar informações prévias ao titular sobre o tratamento de dados pessoais que se deseja realizar com seus dados. Deve-se, assim, procurar fornecer minimamente informações acerca das finalidades específicas, da forma e da duração do tratamento, da identificação e meios de contato do controlador, sobre o compartilhamento, caso haja, e a finalidade deste compartilhamento, das responsabilidades dos agentes de tratamento, e os direitos do titular, com destaque a possibilidade de revogação do consentimento anteriormente concedido.

Como decorrência ainda da necessidade de informação, o consentimento deve ser obtido através do uso de uma linguagem clara, objetiva, evitando termos técnicos que dificultem ou até impossibilitem ao titular entender o que está sendo solicitado e quais os efeitos do consentimento por ele ofertado. Deverá ser realizado na língua portuguesa, e em se tratamento de textos ou expressões em outro idioma, terão de ser traduzidos para o português para terem validade jurídica, nos termo do art. 224 do Código Civil.

O parágrafo 4º, do art. 7º, da LGPD, informa que é dispensada a obtenção de consentimento para os dados pessoais tornados manifestadamente públicos pelo próprio titular, resguardados os direitos do titular e os princípios aplicados a matéria. O parágrafos 5º e 6º destacam que o controlador que obtiver consentimento do titular e que desejar compartilhar esses dados com outros controladores deverá obter consentimento específico para este fim, com

¹³⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Guidelines on Consent under Regulation 2016/679**. Disponível em: http://portaldaprivacidade.com.br/wp-content/uploads/2017/12/wp29_consent-12-12-17.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

exceção das possibilidades de dispensa do consentimento previstas na lei, devendo, mesmo no caso de dispensa, observar as demais obrigações previstas na LGPD, em destaque dos princípios gerais e da garantia dos direitos dos titulares.

O consentimento deverá ser inequívoco, podendo ser por escrito ou qualquer outro meio que torne possível demonstrar a manifestação da vontade do titular. Sendo escrito, deverá ser em cláusula destacada das outras cláusulas do instrumento, não sendo consideradas válidas opções de consentimento selecionadas de forma prévia para que o titular, caso deseje, retire-o. A iniciativa deve ser do titular, até por atenção às regras do *privacy by design*, pela qual a privacidade deve ser a regra nas configurações padrão dos produtos, serviços ou procedimentos. Não é necessário que o titular busque a privacidade, ela deve ser garantida ao máximo, desde a origem, pelo controlador.

O controlador deve dispor de meios para assegurar que o consentimento está sendo dado pelo próprio titular, evitando fraudes. Essa obrigação tem destaque especial no caso de o consentimento não estar sendo obtido na forma presencial, cabendo ao controlador o ônus de provar que o consentimento fora obtido de forma válida, observando todas as regras e princípios aplicáveis, sendo o que se verifica na interpretação do art. 8^a, parágrafo 2º da LGPD.

O consentimento pode ser revogado pelo titular a qualquer momento, através de manifestação expressa, por meio gratuito e facilitado, sendo retificados os tratamentos levados à efeitos até o requerimento da revogação.

Por fim, sempre que a finalidade, a forma e a duração do tratamento, a identificação do controlador ou o uso compartilhado dos dados pessoais pelo controlador forem alterados, o titular deverá ser informado pelo controlador, e poderá revogar o consentimento dado no caso de discordância.

B) Cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador

Outra hipótese de tratamento de dados pessoais na relação de emprego é aquela que ocorre por imposição de uma obrigação normativa, em sentido amplo, a exemplo de lei federal, estadual ou municipal, decretos, portarias, normas regulamentares etc.

Nessa hipótese, merece destaque a previsão existente no art. 8^a da CLT no que toca as fontes e aos meios de interpretação Direito do Trabalho. Conforme visto anteriormente nesta pesquisa, são fontes primárias a lei e o contrato, inclusive os regimentos empresariais e instrumentos negociais coletivos. Porém, para efeitos da hipótese permissiva ao tratamento de dados pessoais, o contrato e os regimentos *interna corporis* não constituem obrigação legal para

o tratamento de dados pessoais, por mais que possam ser exigidos judicialmente e terem validade jurídica.

Por outro lado, são fontes secundárias o uso e o costume, e ainda o direito comparado¹³⁹, razão pela qual entendemos que no caso de empresas ou organizações que sejam afetadas por legislações internacionais, por regras de *compliance* ou, ainda, no caso de ser necessário o tratamento de dados por tradição ou particularidade de determinado ramo de atividade, o tratamento de dados pessoais é possível com base nesta hipótese, desde que devidamente justificado, e que não violem liberdades e garantias fundamentais, nem os demais preceitos previstos na LGPD.

São exemplos da boa utilização da hipótese permissiva do cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador nas relações de emprego a coleta e o compartilhamento de informações com o E-social ou com o INSS, ou ainda para com CAGED.

C) Execução do contrato e seus atos preparatórios

Parece inquestionável que as hipóteses do cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador e a de execução de contrato ou dos seus procedimentos preliminares são as bases legais mais utilizadas para dar fundamento ao tratamento de dados pessoais nas relações de emprego.

A relação de emprego ganha contornos, e maior proteção legal, através da presença dos requisitos do vínculo de emprego, os quais, se presentes no caso prático, revelam a existência do contrato de emprego, o qual pode ser até verbal. Para formalização desse contrato, os empregadores precisam realizar o tratamento de diversos dados pessoais dos seus empregados, tais como nome, endereços, inscrição no CPF, número do PIS, entre outros.

Os dados pessoais coletados serão tratados de forma habitual durante todo o vínculo de emprego, para as mais diversas finalidades, tais como a de gerar contracheques, programação de férias, controles de jornada de trabalho etc.

Uma etapa não menos importante na celebração do contrato de trabalho é a de seleção, onde dados pessoais dos candidatos são tratados com a finalidade de concorrer a vaga de

¹³⁹ Não se desconhece a diferença entre o Direito Comparado e a legislação estrangeira, e utilizamos o direito comparado previsto no art. 8º consolidado no sentido de que o tratamento de dados pessoais de empregados com fundamento em legislação internacional, bem como nos usos e costumes e regras de *compliance*, aplicáveis a uma atividade específica ou a empresas com atuação multinacional, devem considerar diferenças e similitudes entre os diferentes sistemas jurídicos, bem como suas realidades sociais, sendo aplicável, mesmo que timidamente, o Direito Comparado para o momento deste estudo.

emprego ofertada. Em todas as situações acima, a hipótese para o tratamento dos dados pessoais é a da execução do contrato e seus atos preparatórios.

D) Exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral

Outra hipótese comum que permite o tratamento de dados pessoais nas relações de emprego é a sua utilização, ou a possibilidade de utilização, em processos judiciais, administrativos e arbitrais.

Nos termos do art. 7º, XXIX, da constituição, e do art. 11 da CLT, o ex-empregado pode demandar a sua antiga empregadora judicialmente, requerendo verbas e outros direitos que entende possuir. Poderá a empresa, diante da possibilidade de ser demandada, tratar os dados pessoais de seus ex-empregados e utiliza-los em sua defesa no processo. Outra possibilidade são as fiscalizações da Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego – SRTE, nas quais são exigidas a exibição de documentos e informações, nos quais constam dados pessoais dos empregados.

Diante da pluralidade de dados pessoais, existentes em diferentes tipos de documentos trabalhistas, e a existência de diferentes prazos prescricionais, devem os empregadores realizar um mapeamento destes dados, estabelecendo, em seguida, uma política para a exclusão responsável dos dados pessoais que não sejam mais necessários, em atenção, entre outros, ao princípio da necessidade.

E) Legítimo interesse

Previsto no art. 7º, IX, da LGPD, a hipótese legal do legítimo interesse do controlador e de terceiros é tratada ainda na lei nos artigos 10 e 37. A legislação não trouxe qualquer definição para o que seria o legítimo interesse, deixando o entendimento sobre o seu alcance propositalmente aberto, dando-lhe abertura hermenêutica para ser utilizado em diversas ocasiões.

Dois limitadores do uso do legítimo interesse como hipótese legal para tratamento de dados pessoais podem ser encontrados no art. 10 da LGPD, sendo eles: finalidades legítimas e uma situação concreta. Uma finalidade legítima seria aquela que preenche os requisitos previstos no art. 6º, I, de possuir um propósito legítimo, específico, explícito e informado ao titular.

O legítimo interesse também prescinde de uma situação concreta, onde o titular e o controlador tenham tido uma relação prévia, não sendo possível a sua utilização com base em expectativa futura de relacionamento entre o controlador e o titular. Como exemplos de situação concretas em que o controlador poderia utilizar essa hipótese legal, os incisos I e II do art. 10 trazem as situações de apoio e promoção de atividades do controlador e de proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas do titular e os direitos e liberdades fundamentais.

Para o uso dessa base legal, é necessário que os agentes de tratamento demonstrem e ponderem a necessidade, a proporcionalidade, a transparência e os direitos do titular, além de manterem registro das operações que realizarem. Nas relação de emprego, são exemplos práticos do uso do legítimo interesse o tratamento de dados pessoais para fins de segurança no ambiente de trabalho, tais como filmagem, ou o monitoramento para avaliação e concessão de benefícios internos.

3.4.1 O problema do consentimento na hipervulnerabilidade do empregado

Como já verificado nesta pesquisa, a utilização da hipótese do consentimento para justificar o tratamento de dados pessoais requer uma série de especificidades na busca do consentimento válido, ou substancial, sem que a manifestação da vontade seja externada mediante algum tipo de vício, o que pode facilmente ocorrer pela relação desigual entre o empregador e o trabalhador.

É inerente à relação de emprego a enorme desigualdade entre as partes, e em diferentes perspectivas, tais como a econômica, técnica, jurídica, a psicológica e a tecnológica. Neste sentido, de evidente desigualdade entre as parte do contrato de trabalho, destaca-se a lição de Everaldo Gaspar:

Essa mesma doutrina majoritária não consegue superar uma contradição que se encontra no centro de seus próprios argumentos: como eliminar a assimetria, a desigualdade entre aqueles dois sujeitos – empregador e empregado –, quando, de um lado, encontra-se aquele que admite, assalaria, dirige e disciplina a prestação pessoal de serviços – o empregador – e, do outro, aquele que fica jurídica, econômica e psicologicamente subordinado ao empregador – o empregado? Como eliminá-la se, em virtude dessa desigualdade, aparece uma coação jurídica, econômica e psicológica subjacente e que existe em potência? É no centro desse mesmo argumento que se pode identificar também uma aporia: trabalho livre e, ao mesmo tempo, subordinado.¹⁴⁰

¹⁴⁰ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**,

Em regra, os trabalhadores colocam à disposição a sua força de trabalho a serviço do empregador, para através do seu salário obter recursos para prover a sua subsistência e de seus dependentes. Em sua grande maioria, os contratos de trabalho são verdadeiros instrumentos contratuais de adesão, impostos pelo empregador, cabendo ao trabalhador aceitar ou não. A adesão qualifica-o como empregado, submetendo-se de semelhante forma às políticas, regimentos e demais regimentos internos empresariais. Caso discorde, continuará como desempregado, e junto com o desonroso título, avizinham-se as incertezas, inseguranças e o medo de não ter com o que se alimentar ou se sustentar, além da marginalização social que lhe é imposta.

O medo do desemprego, que pode estar presente tanto antes do acesso ao mercado formal de emprego, quanto na manutenção do vínculo empregatício já conquistado, é elemento objetivo e subjetivo forte o bastante para impor ao empregado o seu consentimento para o tratamento de dados pessoais, o que tornaria nulo o consentimento obtido pelo empregador/controlador. Afinal, o quão livre pode ser o consentimento dentro de uma estrutura jurídica que possui duas características que lhe dão identidade, a subordinação e a hipossuficiência. Neste sentido:

Necessitando do emprego para manutenção do seu padrão econômico e social, o empregado poderia encontrar-se em uma condição de ser compelido, direta ou indiretamente, a dar o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais pelo empregador. Seria conduzido pela força da situação de necessidade que o cerca, e esse consentimento não seria, obviamente, livre. Muitas vezes o empregado ainda se depara com empregadores que lhes apresentam documentos apenas para que ele simplesmente assine, sem lhes dar a oportunidade de ler, e, acima de tudo, entender o que está descrito no documento.¹⁴¹

Existe uma desigualdade contemporânea, com origens especialmente nos poderes econômico e tecnológico, na relação entre os controladores dos dados pessoais e os titulares/usuários, os quais são compelidos, de diferentes maneiras, a abrirem mão da sua privacidade em busca da sensação de “pertencimento” à sociedade moderna, seja através do

São Paulo, v. 78, n. 3, p. 37-63, jul./set. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/34299>. Acesso em: 21 maio 2023.

¹⁴¹ SILVA, Carlos Eduardo Pinheiro. LGPD: tratamento de dados pessoais pelo empregador e direito à informação do empregado. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de (org.). **Direito do Trabalho**: entre o arcaico e o moderno. Fortaleza: Excola Social, 2022.

acesso às oportunidades, funções e serviços básicos que necessita, seja para o uso de aplicativos ou para o acesso à *internet*.¹⁴²

Como os dados pessoais são a matéria prima do mercado e da economia informacional, movimentando uma vastidão de produtos e serviços, o não fornecimento dos seus dados pessoais, e com isso de parte (se não toda) da sua privacidade, acarreta a diminuição de inúmeras oportunidades sociais, e limitação da própria interação social do ser humano com outros seres humanos, o que é uma necessidade básica do indivíduo, por ser o homem um animal social.^{143 144}

Além dessa desigualdade, existe outra, natural e estrutural na relação entre empregado e empregador, a qual é ainda mais acentuada quando o empregado acumula as qualidades de empregado e de titular dos dados pessoais, com múltiplas e perigosas finalidades e meios para o tratamento dos seus dados pessoais.

Nesta relação já conflituosa, de balança desigual, a hipótese permissiva do consentimento para o tratamento de dados pessoais se apresenta como um problema a ser enfrentado pelos diversos atores da relação de emprego.

No que toca a sua natureza, Doneda explica que o consentimento pode ser separado em dois perfis, sendo um negocial, posto que legitima a inserção dos dados pessoais no mercado,

¹⁴² “Nesse jogo de ganhos e perdas, o ser humano tende a procurar uma “zona de conforto” para não se culpar em torno do prejuízo por ele suportado. Trata-se das chamadas *dissonâncias cognitivas* em que o sujeito procura um alívio para assimetricamente compensar um desconforto. É nesse contexto que se insere o denominado paradoxo da privacidade”. Em que pese as pessoas valorarem a proteção de seus dados pessoais, elas empreendem ações dissonantes a tal preço. As condutas contradizem o que elas estimam, surgindo uma relação de incoerência entre o que elas praticam e o que elas enxergam como ideal.

A própria lógica do *trade-off* dá economia dos dados pessoais é a traiçoeira, portanto frente a tal *arquitetura de escolhas de decisões*, notadamente por essa *idiosincrasia* entre *gratificações imediatas e prejuízos mediatos/distantes*. A crença de que o cidadão é um sujeito racional e capaz de desempenhar um processo genuíno de tomada de decisão para controlar seus dados pessoais é a posta em xeque por toda essa complexidade em volta do fluxo das informações pessoais. Ele está em uma situação de *vulnerabilidade* específica em meio a uma relação *assimétrica* que salta aos olhos, havendo uma série de evidências empíricas a esse respeito.” BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 145.

¹⁴³ Para Aristóteles, filósofo grego que viveu entre 384 – 322 a.C, o convívio em sociedade e as interações entre os homens fazem parte da sua natureza. No livro IX da obra *Ética a Nicômaco*, o filósofo destaca que: “Não menos estranho seria fazer do homem sumamente feliz um solitário, pois ninguém escolheria a posse do mundo inteiro sob a condição de viver só, já que o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade.”.

¹⁴⁴ “Nesse sentido, as diversas oportunidades na sociedade atual estão condicionadas ao fornecimento dos dados pessoais. Cada vez mais, a *participação social* é dependente desse tramite informacional. Na verdade, a lógica do mercado e da sociedade da informação arquitetam essa (falsa) escolha, já que, para fazer parte do jogo, deve-se aceitar o convite mediante o “concordo” em compartilhar os “meus” dados pessoais. Daí por que a proteção dos dados pessoais geraria um *custo social*, qual seja, a não fruição dessas oportunidades que resultaria em uma *eremitania* na sociedade da informação.

Em suma, percebe-se, pois, um traço *vulnerante peculiar* sob diversas perspectivas: informacional, técnica e econômica. Isso é o saldo de uma assimetria, igualmente própria do mercado informacional, que *agrava* a condição de vulnerável do cidadão. Há uma *sobreposição de fraquezas*, na medida em que aquele sujeito vulnerável é inserido em um novo contexto: o do mercado informacional.” BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 160-161.

através da coleta contratual dessa hipótese legal, e outro onde o consentimento seria uma porta de acesso à privacidade do titular, estando ligado ao direito de autodeterminação informativa.¹⁴⁵

É nesse duplo perfil do consentimento que encontramos a raiz do problema retratado, posto que a coleta do consentimento do titular como mero instrumento de legitimação da obtenção e circulação dos dados, como artifício necessário para o atendimento à forma prevista na lei objetiva, é apenas uma parcela da sua substância.

Não pode abstrair a sua natureza de defesa dos direitos da personalidade, e de outros direitos e garantias fundamentais, através da capacidade do titular, ainda que frágil, de exercer a autodeterminação através do consentimento.

Nesse sentido, não se deve ignorar o alto valor e risco aos direitos individuais e coletivos, sociais, econômicos e políticos envolvidos com o fluxo de dados pessoais em uma democracia, ou em qualquer outro regime político.

Tratando da insuficiência do consentimento como base legal focal para o tratamento de dados pessoais, Mendes e Fonseca destacam três pontos que servem ao problema do consentimento nas relações de emprego. Seriam as limitações cognitivas do titular, as técnicas modernas do tratamento de dados pessoais através de *Big Data*, as quais não permitem ao titular aferir o que está sendo fornecido por ele, em termos qualitativos e quantitativos, e muito menos as imensuráveis possibilidades de uso desses dados fornecidos, e as situações nas quais não existe uma real liberdade de escolha por parte do titular.¹⁴⁶

As limitações cognitivas do titular se expressam pela restrição na integral avaliação dos benefícios que irá obter em face dos custos envolvidos pelo tratamento dos seus dados pessoais. Trata-se da maneira como o titular realiza o processo cognitivo-decisório.

Para que este processo cognitivo fosse pleno, o titular teria de entender completamente o que será feito com os seus dados pessoais, podendo, assim, na busca do seu maior ou melhor interesse, decidir por consentir ou não com o tratamento dos seus dados. Ocorre que o titular possui diversas restrições para chegar a esse entendimento.

O procedimento usualmente realizado, de primeiramente informar ao titular o que está sendo coletado e quais serão as suas finalidades (*notice*), para, então, requerer que ele decida se irá ou não aderir aos termos de uso (*consent*), se mostra, do ponto de vista empírico,

¹⁴⁵ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 315-316.

¹⁴⁶ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **Proteção de dados para além do consentimento**: tendências de materialização, in: Tratado de proteção de dados pessoais, Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 79.

inadequado, por faltar ao titular a real capacidade de realizar o sopesamento necessário entre os benefícios e os riscos da sua permissão.

Segundo dados do censo de 2019, 46,6% da população com 25 anos ou mais possuía nível de instrução até o ensino fundamental, 27,4% possuíam o ensino médio completo, e apenas 17,4% o nível superior completo.¹⁴⁷ A educação e o acesso à informação é ainda algo distante do povo brasileiro e, por consequência, de seus trabalhadores. O poder e as possibilidades do tratamento em grande escala dos dados pessoais causa incertezas em pesquisadores sobre o tema, especialmente quando não existem limites ao seu uso, entre outros motivos pela constante evolução da tecnologia, bem como pela restrição do acesso aos algoritmos e à lógica subjacente que os guiam, geralmente protegidos pelos segredos comercial e industrial.

A novidade da matéria, somada ao baixo nível educacional dos trabalhadores sobre dados pessoais, sua proteção e suas possibilidades, minam substancialmente as possibilidades de obter uma decisão racional do processo cognitivo-decisório do trabalhador/titular. A apresentação ao titular de políticas de privacidade, termos de uso, entre outros instrumentos de informação relativos ao tratamento dos seus dados pessoais possuem, em grande parte, termos técnicos, jurídicos, ou outros de difícil compreensão.

Linguagem não acessível ao público geral e aos destinatários, tamanho das letras e do texto, forma de apresentação, negativa de serviços, oportunidades ou produtos no caso da não permissão, entre outros elementos, dificultam e impossibilitam a avaliação do titular acerca do ato e suas consequências.

Após estabelecer a vulnerabilidade como característica comum do Direito do Trabalho e do Consumidor, Bioni destaca que o Direito deve servir como instrumento protetivo em relação aos vulneráveis:

Em cena, portanto, o paradigma protetivo que reconhece a posição de vulnerabilidade de certos grupos, dedicando-lhes normas especiais para tutelá-los na exata medida de suas fraquezas. A etimologia da palavra vulnerabilidade – em latim: *vulnus* (machucado ou ferida) – significa a potencialidade de o sujeito, ora identificado como vulnerável, ser mais suscetível de sofrer danos. Decorre daí, portanto, a noção de *instrumentabilidade* do direito na emissão de normas protetivas para dispersar um tratamento desigual aos sujeitos desiguais.¹⁴⁸

¹⁴⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Conheça o Brasil - População EDUCAÇÃO**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html#:~:text=Tamb%C3%A9m%20em%202019%2C%2046%2C6,4%25%2C%20o%20superior%20c> completo. Acesso em: 21 maio 2023.

¹⁴⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 159.

A figura do empregador, na pessoa do chefe ou do superior hierárquico, e seus poderes de fiscalização são multiplicados e diluídos na forma do tratamento de dados pessoais através dos *smarthphones*, câmeras de vigilância, aparelhos de trabalho, *palms*, monitoramento de *GPS*, programas utilizados para o trabalho com *log in* e *log out*, entre tantos outros.

A maior utilização da *internet* das coisas trará uma aproximação da fiscalização *on line* e *off line*, com a datificação de todas as rotinas dos trabalhadores, sejam elas profissionais, sejam pessoais, através da coleta de dados pessoais dos equipamentos que até então estariam *off line* e não gerariam dados para *profiling*.

A fiscalização do trabalho do indivíduo e até os reflexos que a sua vida pessoal possa ter na sua rotina laboral, serão realizadas em sua máxima amplitude, porém, de forma opaca, quase imperceptível. Os dados pessoais são coletados e tratados não apenas por controladores, estes os mais diversos, de forma digital ou física, mas ainda compartilhados com “parceiros comerciais”, que podem ser planos de saúde, sistemas de controle de ponto ou de recrutamento, empresas de análise comportamental, entes governamentais etc.

A vigilância, passa a ser, na expressão utilizada por Bauman e Lyon¹⁴⁹, líquida, no sentido de ser descentralizada, realizada por múltiplos agentes e por diversos meios, de difícil controle, não manipulável conforme a vontade do agente, o qual pode ser tanto o vigia como o vigiado.

Em verdade, uma vez compartilhados, sequer o controlador possui pleno e total conhecimento e controle dos dados pessoais, especialmente no que diz respeito aos meios e à finalidade dos tratamentos posteriores, e os agentes que o realizarão. Se essa dificuldade se mostra patente em relação àqueles que detém maior poder econômico, tecnológico e hierárquico, o que se falar do trabalhador/titular dos dados, parte hipossuficiente nas relações de proteção de dados pessoais e de trabalho, parte subordinada ao empregador/controlador.

Se a balança já pendia desigual quando na relação de trabalho existiam apenas o empregador e o empregado, a multiparticipação dos agentes de tratamento que poderão utilizar os dados pessoais dos trabalhadores coletados pelos empregadores, e a perpetuidade da circulações desses dados pesou ainda mais os eixos da balança em desfavor do trabalhador, agravando o desequilíbrio.

O uso do *Big Data*, da inteligência artificial e dos algoritmos nas técnicas de análise de dados pessoais tornam impossível saber e prever o que de fato está sendo consentido no

¹⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro, 2014.

momento da concessão, e quais as suas consequências futuras para o titular perante o mercado de trabalho e a sociedade.

O *Big Data* é uma tecnologia que bem exemplifica esse problema. Classificando-os quando à sua origem, os dados pessoais podem ser fornecidos, sendo àqueles originados de ações diretas dos próprios titulares, os quais teriam, em tese, ciência dos dados que estaria fornecendo, com as ressalvas já realizadas neste estudo.

Porém, os dados também podem ter sua origem na observação, sendo chamado de dados observados, quando os agentes de tratamento analisam a rotina, os hábitos de pesquisas na *internet*, as interações dos titulares com sistemas e até com objetos através da *IoT*. Por sua vez, dos dados fornecidos e observados podem surgir dados derivados, que decorrem da reutilização dos mesmos dados para propósitos diversos, ou em dados inferidos, baseados em probabilidades, produtos de um processo analítico.

Conclui-se que mesmo que um titular exerça o seu direito, e tenha acesso a informações sobre quais dados pessoais serão tratados, a sua finalidade, quem são os agentes de tratamento, entre outras, ele não será capaz de ter essa ciência em sua forma final, posto que a própria sociedade informacional visa a alargar a utilização dos dados pessoais tratados ao máximo, não havendo limites ao seu uso e reuso.

A limitação a este conhecimento é estrutural e sistêmico, não se relacionando, pois, à limitação cognitiva do indivíduo, posto que independe do seu nível de conhecimento e da sua capacidade de análise.

Fato é que, uma vez coletados e difundidos, os dados pessoais passam a fazer parte de um gigantesco, imensurável e eterno sistema, os quais podem ser tratados em larga escala e nos mais diferentes formatos, passando a gerar um novo tipo de conhecimento, com possibilidades de predição de comportamentos e até sobre a saúde dos indivíduos. Pequenos fragmentos das personalidade, dados em consentimento para determinada finalidade, podem ser somados a outros, formando o *avatar* descrito por Doneda.¹⁵⁰

A racionalidade do titular dos dados pessoais é limitada (*bounded rationality*),¹⁵¹ mas a tomada de decisões poderá ser racional. Isso, porém, não significa que seja coerente ou

¹⁵⁰ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹⁵¹ “O argumento de racionalidade limitada assume a existência de um “mundo único” composto por milhões de variáveis que, em princípio poderiam afetar-se mutuamente, mas que não o fazem na maior parte do tempo. Esta suposição tem implicações diretas sobre a análise da relação entre alternativas e consequências. Ao analisar esta relação, é preciso distinguir entre aquela que está na cabeça do tomador de decisão e aquela que existe “objetivamente”, dado que o tomador de decisão possui apenas um conhecimento fragmentado das condições em torno de suas ações, não sendo capaz de estabelecer uma relação exata entre alternativas e consequências (Koblitz, 2008, p. 267; Simon, 1986, pp. S211-S212).”. MELO, Tatiana Massaroli; Fucidji, José Ricardo. Racionalidade

benéfica para si, uma vez que o indivíduo não terá acesso perfeito à realidade complexa que existe por trás da sua decisão, e que molda todo um macrosistema multifacetado de tratamento de dados pessoais.¹⁵²

O terceiro ponto objeto de destaque é a desigualdade entre o controlador e o titular dos dados pessoais nas relações de emprego. Estas características já foram abordadas neste tópico, porém, comportam maiores considerações. A maioria dos contratos de trabalho segue uma lógica binária de adesão. Aceita-se tudo o que consta no contrato, ou perde-se a oportunidade de obter ou de permanecer no emprego.

Ao não consentir, o empregado ou o candidato a vaga de emprego pode estar renunciando aos meios necessários a sua subsistência, ao convívio social, ao lazer, ao mercado de consumo, ao seu reconhecimento pelo Estado para gozo de vários direitos e benefícios. Em xeque está, em um sentido finalístico, a própria dignidade do homem no sistema capitalista.

Para aqueles que já estão empregados, a obtenção do consentimento para tratamento dos seus dados para finalidades diversas, possivelmente até alheias à relação de emprego, ou que mesmo sendo relacionadas ao vínculo empregatício poderiam ser alcançadas com o uso de outros meios mais adequados e menos invasivos ou perigosos às suas liberdades e garantias fundamentais, pode significar a estagnação da progressão funcional dentro da empresa, implicar em perseguições, assédio moral e até mesmo na despedida do trabalhador.

Na relação de emprego, quando não possível a utilização de outras hipóteses permissivas para o tratamento de dados pessoais, o uso do consentimento é quase uma ficção. Falta autonomia decisória ao trabalhador diante da assimetria inquestionável, em diversos aspectos, entre o trabalhador e o empregador. A hipervulnerabilidade dos trabalhadores e dos titulares dos dados pessoais é fator decisivo para a análise do consentimento livre, informado e inequívoco.

limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos. **Revista de Economia Política**, v. 36, n. 3, p. 622-645, 2016, p. 628.

¹⁵² “Uma escolha será racional se for consistente com as informações que os agentes econômicos têm disponíveis no momento da tomada de decisão. Isso não significa que as decisões sejam coerentes, pois dependem da ordem em que são apresentadas as alternativas. Por exemplo, um indivíduo pode escolher a alternativa A em vez de B, quando A for apresentada antes de B. Caso a alternativa B seja apresentada em primeiro lugar, o mesmo indivíduo pode mudar sua ordem de preferência, escolhendo B em vez de A. As informações utilizadas pelo agente para a tomada de decisão são baseadas em fatos muito subjetivos, como as percepções que os indivíduos têm acerca do ambiente em que vivem. A racionalidade dos agentes depende de suas crenças, e estas crenças dependem das informações disponíveis no momento de suas ações. Neste sentido, um conjunto de informações completamente deturpadas pode gerar comportamento racional, desde que as ações de um grupo de indivíduos sejam amparadas por estas informações.” (MELO, Tatiana Massaroli; Fucidji, José Ricardo. Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos. **Revista de Economia Política**, v. 36, n. 3, p. 622-645, 2016. p. 625).

O empregado, visto em dupla perspectiva, de empregado subordinado e hipossuficiente e de titular dos dados pessoais em assimetria com os agentes de tratamento, torna-se hipervulnerável em virtude do seu posicionamento na estrutura complexa da relação de emprego e do tratamento de dados pessoais. Está potencialmente mais fragilizado, em risco, sendo ao mesmo tempo a mão de obra e a matéria prima de uma nítida equação de interesses capitalistas em uma sociedade de capitalismo de dados, ou na definição de Shoshana Zuboff, do capitalismo de vigilância.¹⁵³

Em resumo, as decisões de tratamento baseadas no consentimento do empregado, dentro do sistema complexo adaptativo trabalhista, com o tratamento de dados pessoais em larga escala e através de diversos meios, dificilmente serão “livres”, “informados” e “inequívocos” na plenitude do que deveria ser em um consentimento válido.

A obtenção do consentimento substancial na relação de emprego é algo hipotético diante da realidade complexa e de difícil limitação e compreensão que se impõe sistematicamente, um objeto que mesmo diante dos maiores empenhos mostra-se inalcançável. O consentimento não deve ser obtido como ilusão para a legitimação do tratamento, algo existente apenas em seu aspecto formal para formar um simulacro de legalidade. Chega a ser incoerente a busca da permissão do titular que se encontra em posição de hipervulnerabilidade.

A base legal do consentimento pressupõe um indivíduo com a capacidade e a habilidade de escolher quais dados pessoais compartilhar nas mais diversas situações e formas de coletas, que poderia atuar com poderes de perceber todos os riscos, atuais e futuros, e ponderar os benefícios envolvidos na operação, os quais podem ocorrer não apenas por parte dos agentes imediatamente envolvidos no tratamento, mas por todos os outros que poderiam ter acesso a esses dados, e a sua capacidade de estruturá-los para deles retirar a informação.

Esse indivíduo não existe, e mesmo sendo inquestionável a importância do consentimento e o fundamento da autodeterminação informativa na construção e na evolução das legislações de proteção de dados ao redor do mundo, verifica-se atualmente a sua inadequação e insuficiência.

¹⁵³ “O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercados de comportamentos futuros. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro.” ZUBOFF, Shoshana. **A era do Capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Tradução George Schalesinger. Nova York: Editora Intrínseca, 2021. Edição digital. p. 22-23.

A hipótese legal do consentimento, e a (in)capacidade dos titulares de o concederem de forma substancial (livre, informado, inequívoco e com finalidade definida) no atual estágio de tratamento de dados pessoais e sua utilização como principal matéria prima na revolução industrial 4.0, especialmente quando colocam em risco direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, deve ser precedida por medidas de precaução e proteção, e terem, entre seus objetivos, a melhoria da sua condições social e de trabalho.

Diante da impossibilidade prática de obtenção do consentimento válido, mas sendo factível a sua utilização como hipótese legal, por expressa previsão legal, deve-se buscar a concretude da proteção dos dados pessoais do trabalhador na maior medida possível.

A defesa e valorização do trabalhador, como uma decisão política da sociedade, deve colocar o homem no centro da sua atenção e cuidados, harmonizando os diferentes interesses em torno da disciplina da proteção de dados pessoais e do Direito do Trabalho, este em seu papel instrumental na defesa da dignidade do homem.

3.5 SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO COMO BASE LEGAL NAS RELAÇÕES LABORAIS SUBORDINADAS

Nos tópicos anteriores apresentamos as principais hipóteses permissivas do tratamento de dados pessoais nas relações de emprego e o problema na utilização da hipótese do consentimento nesta relação, uma vez que o empregado se apresenta como hipervulnerável na nova roupagem do trabalho com o capitalismo de vigilância.

Não se tem por objetivo infantilizar o trabalhador, colocando-o em uma condição eterna de ignorância e inferioridade diante do poder dos empregadores e da aplicação de novas tecnologias. Apenas se demonstra uma condição empírica, existente e imponível, uma constatação da realidade na sociedade e na economia informacionais. Muito do que fora até agora apresentado sobre os riscos do tratamento de dados pessoais e o problema do consentimento serve a quase todos os titulares de dados pessoais, considerados individualmente ou quando classificados em grupos, tais como os consumidores, os inquilinos em contratos de aluguel, ou ainda os que se submetem à análise de crédito para empréstimos ou financiamentos.

Porém, é provável que o trabalhador subordinado se encontre em uma situação de hipervulnerabilidade pelo seu posicionamento nos sistemas trabalhista e de tratamento de dados pessoais, diante de características próprias da relação de subordinação e do rumo tomado pelo capitalismo de dados.

Esta análise é quase objetiva e emerge de uma economia global baseada em dados pessoais, com dinâmica própria, e que não necessita da tradicional dinâmica da troca para gerar riquezas. Isso, porque a matéria prima desde mercado é dada graciosamente pelos titulares, pelos mais diversos motivos, mas que podemos generalizar pela busca do sentimento de pertencimento à atual sociedade e a inclusão em seus subsistemas.

Passa-se, então, a apresentar soluções para mitigar os riscos e os problemas da utilização do consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais da relação de emprego, os quais entendemos que se mostram eficientes para conferir maior proteção aos dados pessoais dos empregados.

O ponto de partida para as soluções apresentadas é a criação de modelos de responsabilidade para obtenção do consentimento válido, com o aumento da responsabilidade e da precaução do empregador, o qual deverá cercar-se de outros elementos a fim de evitar a nulidade da permissão apontada. Trata-se de procedimentos complementares que trarão maior segurança e legitimidade ao tratamento e aos trabalhadores.

3.5.1 Da limitação do uso para o atingimento do princípio da progressão social

Como primeira solução para a utilização do consentimento nas relações de emprego, tem-se na observação do princípio geral do Direito do Trabalho da progressão social um elemento que condicionaria a sua possibilidade e vincular-se-ia à sua finalidade.

Como já exposto neste trabalho, o art. 7º da Constituição alberga os direitos mínimos dos trabalhadores urbanos e rurais, e de maneira exemplificativa, abre-se para novas possibilidades advindas da evolução social, no sentido de ser serem recepcionados pela constituição “outros que visem à melhoria da sua condição social”.

O art. 193 da Constituição destaca que a ordem social tem como primado o trabalho, e por objetivo o bem estar e a justiça social. Resta determinado na Constituição o desejo político, e mais que o desejo, uma necessidade evolutiva de que o progresso seja sempre positivo, evitando-se retrocessos, valorizando o trabalho e a melhoria das condições dos trabalhadores, seu bem estar e a justiça social. Segundo Lima¹⁵⁴ progresso pode ser assim definido como uma “marcha para frente; avanço; movimento para a perfeição. Progressão social adjudica a melhoria do IDH da população, a vontade constante e perpétua de conseguir avançar intelectual, material e social das pessoas, enfim, melhor qualidade de vida”.

¹⁵⁴ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p.49.

Assim sendo, tendo como ponto de partida e destino final a melhoria da qualidade de vida, do bem-estar e o desenvolvimento da condição social dos trabalhadores, seria possível a utilização do consentimento para o tratamento dos dados pessoais dos empregados desde que, somados a todos os requisitos já destacados para o uso do consentimento, a sua finalidade fosse sempre positiva para o empregado, do ponto de vista unilateral da proteção e do benefício ao hipossuficiente.

Deverá o empregador informar e registrar todo o tratamento realizado, com destaque para o modo pela qual o tratamento será realizado, a base legal utilizada, a coleta dos dados, quais dados e o tipo de dado pessoal coletado, o armazenamento, o compartilhamento ou não com outros agentes de tratamento, a sua finalidade e a sua exclusão após o atingimento da finalidade informada, ou a manutenção dos dados desde que justificados na forma da lei. Deverá ainda garantir a eficácia das medidas preventivas e de segurança do tratamento, e a finalidade informada, pelo menos do que toca a sua responsabilidade e dos operadores com os quais compartilha os dados.

Entende-se que a responsabilidade deve ser limitada ao controlador e ao(s) operador(es) por ele escolhidos, nos termos do art. 42 da LGPD. Deve ser assim para se evitar a regressão ao infinito ou a escolha arbitrária na responsabilização dos prejuízos decorrentes da má utilização dos dados pessoais. Uma vez disponibilizados, especialmente *on line*, esses dados pessoais ganham dinâmica própria e imprevisível, conforme já exposto, e a busca de responsáveis sucessivos ou uma escolha arbitrária de agentes de tratamento, por vezes desconhecidos, poderia levar ao trilema de Münchhausen.¹⁵⁵

Na finalidade deverá o controlador deixar claro o benefício social do empregado com o tratamento realizado, o que deverá ser inconteste. O progresso social aos trabalhadores poderá ser analisado individual e coletivamente, porém, não deverá ser válido qualquer tratamento com base no consentimento que possa vir a causar prejuízos individuais ao trabalhador, mesmo que um benefício coletivo seja esperado ou possa dele decorrer. A proteção de dados pessoal demanda proteção integral, não sendo possível, ou pelo menos razoável ou proporcional, sacrificar direitos fundamentais individuais em torno do coletivo com base no consentimento obtido sob tais circunstâncias.

¹⁵⁵ O Trilema de Münchhausen, também conhecido como trilema de Agripa, é uma teoria que demonstra a impossibilidade de se chegar a verdade, a partir de três alternativas: a regressão infinita, a escolha arbitrária ou o argumento de autoridade. O nome trilema de Münchhausen é uma ironia ao barão de Münchhausen, que teria escapado de um atoleiro em um pântano puxando o próprio cabelo.

A hermenêutica justralhista reforça a proibição do tratamento de dados pessoais que, muito embora possa gerar um benefício coletivo, o faz através de um sacrifício, ou da possibilidade deste, por parte do indivíduo.

Dessa forma, vale destacar que nenhum princípio é absoluto, ou deverá ser interpretado isoladamente. A utilização do princípio da progressão social encontra limites na hermenêutica justralhista, em outras normas principiológicas que constituem o núcleo duro do Direito do Trabalho.

Um desses princípios é o da equidade, da busca pelo justo, pela justiça. Nenhuma interpretação da norma ou julgamento do caso concreto na relação de trabalho poderá ocorrer com distanciamento da equidade. Não haveria juízo de equidade no sacrifício de direitos e liberdades individuais com fundamento na hipótese do consentimento. Tal discussão somente seria possível de ocorrer com a previsão em hipóteses mais robustas, tais como a do cumprimento de obrigação legal.

Parece-nos oportuno neste momento, refutar eventual argumento de que o uso da equidade traz insegurança jurídica às partes e ao sistema como um todo, por possibilitar ao juiz uma justificação genérica e subjetiva às suas decisões, ao sacrifício da lei. Novamente Lima¹⁵⁶ traz resposta a esse falso-dilema, ao destacar que a equidade não deve ser utilizada como fundamento *contra legem*, mas apenas *secundum legem* e *praeter legem*.

Lima pondera ainda que a equidade é requisito implícito que pode ser extraído de todo o sistema jurídico nacional, pelo que se conclui, com base no pensamento do doutrinador, que o uso da equidade jamais poderia ocorrer *contra legem*, posto que a lei, se constitucional, deveria ter na equidade o seu próprio nascedouro.

Não deve ser ainda albergado qualquer tratamento de dados pessoais com hipótese no consentimento para benefício de terceiros, mesmo sendo legítimos e lícitos, uma vez que sempre devem prevalecer os direitos e liberdades fundamentais do titular.

3.5.2 A criação de um microssistema de privacidade pelos empregadores com conteúdo específico para os dados pessoais dos empregados

Como uma segunda solução proposta para o problema em destaque, temos a criação de um microssistema de proteção de privacidade pelos empregadores, composto de instrumento internos tais como uma política de privacidade e um manual de boas práticas e condutas. Tais

¹⁵⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p.71.

ferramentas devem ter conteúdo exclusivo destinado ao tratamento de dados pessoais dos empregados e seus procedimentos, incluindo as proibições ou as mitigações do uso do consentimento como hipótese legal para o tratamento de dados pessoais dos empregados.

Políticas de privacidade e manuais de boas práticas e condutas são instrumentos privados, criados em liberdade de agir pela organização ou por imposição do mercado ou da lei, como meio de autoregulação para a proteção de dados pessoais. São instrumentos de boas práticas e de governança das instituições que tratam dados pessoais. Podem ser instituídas de forma independente ou através de associações setoriais. O parágrafo segundo do art. 50 da LGPD destaca que na aplicação dos princípios da segurança e da prevenção, o controlador, observando a sua estrutura, a escala e o volume de suas operações, a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos aos titulares, poderá implementar programa de governança em privacidade, atendendo a aspectos mínimos constantes no inciso I, e demonstrar a efetividade do seu programa de governança em privacidade quando apropriado, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade independente que promova o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, bem como o cumprimento da LGPD.

A política de privacidade, também conhecida por “termos e condições de uso”, detalha como a organização lida com os dados pessoais dos titulares, destacando a finalidade, que tipos de dados são coletados, o possível compartilhamento etc. O objetivo é deixar claro, informar de maneira direta, objetiva e transparente, quais dados estão sendo coletados e como eles serão utilizados pela empresa.

Já o manual de boas práticas e condutas busca dar informações aos próprios empregados e demais atores internos da empresa, estabelecendo práticas e procedimentos *interna corporis* para o tratamento dos dados pessoais.

Muito embora a mesma crítica acerca da lógica binária de adesão feita ao contrato de trabalho, do tipo *love it or list it*,¹⁵⁷ sirva aos instrumentos destacados, tratando-se de instrumentos de natureza contratual diversa do contrato de trabalho, e voltados apenas ao tratamento de dados pessoais, a política de privacidade e o manual de boas práticas e condutas podem ser muito mais específicos. Além disso, esses instrumentos documentam e dão publicidade sobre o comprometimento da organização para a proteção dos dados pessoais dos seus trabalhadores.

¹⁵⁷ Em tradução livre a expressão significaria ame-o ou deixe-o, no sentido de adere-se a tudo o que consta no instrumento ou tem-se aquela oportunidade negada.

Tratam-se de verdadeiras normas internas que aderem ao contrato de trabalho, vinculando as posições tomadas pelas partes, e que servem como fonte do direito e meio de interpretação da relação de trabalho, nos termos do art. 8^a da CLT.

A importância desses instrumentos internos, que embora aderentes ao contrato de trabalho se mostram alheios a ele, é que na política e no manual os poderes do empregador inerentes à relação de emprego (diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar), podem ser mitigados no que tocam às questões de privacidade dos empregados, tais como os poderes de direção, supervisão e hierárquicos.

Poder-se-ia restringir através desses instrumentos a assimetria já narrada entre as partes, mesmo que em termos relativos, criando especificidades e limites à atuação dos gestores em relação a aspectos da proteção dos dados pessoais dos empregados.

Não se nega ou se desconhece que, no contexto geral das organizações no capitalismo de vigilância, as políticas de privacidade e manuais são, além de instrumentos de adesão impostos unilateralmente, falhas em vários outros aspectos, tais como pela falta de compreensão e objetividade das informações, bem como pelo tamanho dos textos, a volatilidade dos seus conteúdos, e até a forma da sua apresentação ao titular, a qual desestimula a sua leitura e dificulta o entendimento.

Como poderiam, então, instrumentos usualmente utilizados pelos empregadores/controladores como meio de imposição das suas condições previamente estabelecidas acerca da privacidade dos titulares, serem utilizados como sugestão de solução para o problema do consentimento na relação de emprego? A resposta está não apenas na ferramenta, mas naquele que as institui. O mesmo poder que destrói pode criar, tudo depende do *animus* do agente com poder para tal.

Desse modo, a instituição de instrumentos internos de privacidade pelos empregadores, com objetivo de estabelecer limites e possibilidades democráticas ao tratamento de dados pessoais dos seus empregados, seria uma forma de mitigar os riscos na utilização dessa hipótese na relação de emprego.

Poder-se-ia estabelecer restrições ou cuidados maiores que os legalmente previstos para à obtenção do consentimento como hipótese para o tratamento dos dados pessoais dos empregados, ou até a sua proibição, bem como a obrigatoriedade da adoção de medidas de prevenção e segurança, com exigência de nível igual ou superior de proteção de dados pessoais dos parceiros comerciais que tiverem acesso ou tratarem esses dados.

Essa solução demanda uma posição paternalista libertária (*soft paternalism*) por parte das empresas e organizações, no estabelecimento de instrumentos autoregulatórios que complementassem e privilegiassem a autonomia da vontade do trabalhador e a sua proteção.

Poder-se-ia pensar que tal posição seria autofágica, pois estaria indo contra a lógica dominante do mercado informacional. Porém, refutamos esse pensamento, uma vez que a decisão de gestão desses dados pessoais é política, e não estaria atrelada necessariamente ao movimento do mercado, o qual mostra-se atualmente violador de direitos e liberdades fundamentais.

Ademais, a adoção de medidas responsáveis e democráticas por partes de empresas tem efeito multiplicador no mercado, seja através do exemplo de grandes *players* do sistema, seja pela valorização da marca pelos consumidores e parceiros comerciais, e pela maior atração de investimentos, a exemplo de empresas que praticam a prevenção e o combate à exploração da mão de obra infantil, e estimulam a responsabilidade social corporativa com foco na infância e adolescência¹⁵⁸, e das que investem em boas práticas sustentáveis ambientais, sociais e de governança.¹⁵⁹

Como estímulo financeiro à prática, o art. 52 da LGPD, que trata das sanções administrativas pela não observação da lei, informa ser parâmetro e critério para a aplicação das sanções aos agentes de tratamento, entre outros, a adoção de política de boas práticas e governança.

Outro ponto é que a restrição dar-se-ia tão somente em relação aos empregados, e não a todos os outros indivíduos que tenham seus dados pessoais tratados pela empresa, excluindo-se então os clientes, parceiros comerciais, trabalhadores (verdadeiramente) autônomos, entre outros. A destinação da sugestão diz respeito especificadamente aos hipervulneráveis empregados.

Outro argumento de defesa da sugestão são as vantagens obtidas pelos empregadores com a medida, entre as quais citamos a prevenção e mitigação de riscos reputacionais junto ao mercado e aos empregados, o que poderia ocorrer pelo conhecimento público de tratamentos de dados pessoais contrários às boas práticas ou a ética, ou ainda pela ocorrência de *data breach*.¹⁶⁰

¹⁵⁸ A exemplo do Programa Empresa Amiga da Criança, da fundação ABRINQ.

¹⁵⁹ <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2021/05/esg-deve-atrair-us-53-tri-em-investimentos-em-2025-estima-bloomberg.shtml>

¹⁶⁰ *Data breach* é um incidente de segurança da informação que envolva dados pessoais. Segundo a definição existente no art. 4º, 12, da GDPR, é uma violação de segurança que provoque, de modo acidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento.

A proteção do patrimônio dos dados pessoais dos seus empregados, a valorização dos trabalhadores e de seus direitos, o cumprimento pela empresa da sua função social, a qual abraça inevitavelmente o respeito aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais dos trabalhadores, a contribuição comissiva empresarial para a manutenção da ordem social, que tem como base maior o trabalho e por objetivos o bem estar e a justiça social, são motivos justificadores e de apego à sugestão apresentada.

3.5.3 A realização do relatório de impacto à proteção dos dados pessoais dos titulares pelos controladores

Os controladores poderão formular, individual ou coletivamente, regras de boas práticas e de governança dos dados pessoais, estabelecendo mecanismos para mitigação dos riscos do tratamento dos dados.¹⁶¹

O art. 5º, XVIII, da LGPD define o relatório de impacto à proteção dos dados pessoais como sendo a “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de

¹⁶¹ Art. 50. 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.

§ 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular.

§ 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:

I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

- a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;
- b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;
- c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;
- d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
- e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;
- f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
- g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e
- h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas;

II - demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado e, em especial, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento desta Lei.

§ 3º As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.

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”.

Já o art. 38 informa que a ANPD poderá determinar ao controlador que este elabore relatório de impacto à proteção dos dados pessoais, que conterà no mínimo “a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados”.

Por sua vez, o art. 50, parágrafo 2º, inciso I, alínea d, prevê que os controladores, para atender aos princípios da segurança e da prevenção, implementem programa de governança em privacidade, que institua políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade.

Quanto ao que significaria a palavra “risco” no texto da LGPD, a ANPD trouxe esclarecimento quando editou o Regulamento de aplicação da LGPD, aprovado pela Resolução nº 02/2022.¹⁶² Através da leitura do art. 4º da Resolução nº 02/2022, que é dirigida aos agentes de tratamento de pequeno porte, passou a ser considerado de alto risco o tratamento que atendessem cumulativamente a pelo menos um dos critérios gerais e um dos critérios específicos descritos no artigo.

São critérios gerais para definição de alto risco o tratamento de dados pessoais realizado em larga escala ou o tratamento de dados pessoais que possam afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares. Por sua vez, são critérios específicos o uso de tecnologias emergentes ou inovadoras, a vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público, a existência de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais, inclusive aquelas destinadas a definir o perfil pessoal, profissional, de saúde, de consumo e de crédito, ou ainda aspectos da personalidade do titular, e, por fim, a utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, de adolescentes e de idosos.

Muito embora a Resolução nº 02/2022 seja voltada aos agentes de pequeno porte,¹⁶³ constata-se que os critérios utilizados pela ANPD para qualificar o tratamento como de alto

¹⁶² BRASIL. Resolução CD/ANPD Nº 2, de 27 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019#wrapper>. Acesso em 17 out 2023.

¹⁶³ Art. 2º Para efeitos deste regulamento são adotadas as seguintes definições:

I - agentes de tratamento de pequeno porte: microempresas, empresas de pequeno porte, *startups*, pessoas jurídicas de direito privado, inclusive sem fins lucrativos, nos termos da legislação vigente, bem como pessoas naturais e entes privados despersonalizados que realizam tratamento de dados pessoais, assumindo obrigações típicas de controlador ou de operador;

risco não levam em consideração nenhuma característica própria referente ao tipo tributário ou a natureza do agente, sendo consideradas as condições do tratamento para tal fim.

Tem-se por larga escalada de tratamento, aquele que abrange número significativo de titulares ou, ainda, o volume dos dados envolvidos, a duração, a frequência e a extensão geográfica. Por sua vez, deve-se entender o tratamento como possível de afetar significativamente os interesses e direitos fundamentais aqueles que puderem impedir o exercício de direitos ou a utilização de um serviço bem como possam ocasionar danos morais e/ou materiais aos titulares, tais como discriminação, ferimentos à integridade física, aos direitos de imagem, a reputação do indivíduo, entre outros. É o que articulam os parágrafos 1º e 2º do art. 4º da Resolução 02/2022.

O tratamento dos dados pessoais nas relações de emprego pode ser considerado de alto risco, posto que mesmo não sendo executado em larga escala, ainda assim ele poderá afetar significativamente os interesses e os direitos fundamentais titulares, preenchendo assim um dos critérios gerais previamente expostos.

Quando aos critérios específicos, no contexto do trabalho contemporâneo, exercido em uma sociedade digital, o uso crescente de algoritmos e da inteligência artificial, de decisões automatizadas baseadas em dados pessoais coletados, da vigilância através de câmeras e do controle de acesso para empregados e frequentadores de shoppings, metrô, e parques, bem como da adoção de tecnologias invasivas e inovadoras, o preenchimento de pelo menos um dos critérios específicos é uma situação comum.

Ademais, existem situações bastante comuns em que o empregado pode ser pessoa idosa, ou ter como seus dependentes pessoas idosas, crianças ou adolescentes, os quais também terão seus dados pessoais tratados pelo empregador/controlador pelas mais diversas hipóteses legais.

Muito embora se consiga constatar a caracterização de muitos processos de tratamento de dados pessoais das relações laborais como sendo de alto risco nos termos descritos na Resolução nº 2022, cumpre destacar que o rol não é taxativo, comportando alargamento a depender das circunstâncias relevantes da situação sob análise, tais como a natureza ou o volume das operações, bem como a existência de outros riscos. É o que se conclui da leitura do art. 16 da citada Resolução.

Na já contextualizada relação de hipersuficiência do trabalhador e dos altos riscos gerados pelo tratamento dos seus dados pessoais, é forçoso concluirmos pela necessidade da efetivação do relatório de impacto à proteção dos dados pessoais de forma prévia ao tratamento que se pretende efetuar, independente da base legal a seu utilizada para o tratamento.

No entanto, quando a base legal a fundamentar o tratamento for o consentimento, a única que depende de ato comissivo do titular, este em inegável subordinação e dependência, o relatório de impacto à proteção dos dados pessoais deve ser tido como de alta relevância, uma vez que permitirá ao controlador conhecer previamente os riscos envolvidos, mitigá-los através de meios tecnológicos ou de governança, e obter maior segurança jurídica para comprovar a validade do consentimento obtido dos seus empregados.

O que se objetiva através da presente solução, é a busca e a comprovação, no maior grau possível, da obtenção do consentimento válido do empregado, aquele livre, informado, inequívoco e com conteúdo material. O relatório sugestionado serve para construir e demonstrar a conformidade do agente com a lei e as legítimas expectativas dos titulares.

O relatório de impacto à proteção de dados pessoais ainda não foi objeto de regulação pela ANPD. Muito embora o parágrafo único do art. 38 da LGPD traga uma lista de conteúdo mínimo que o relatório deverá ter, o *caput* do artigo revela que a autoridade poderá determinar ao controlador que elabore o relatório “nos termos do regulamento”.

O inciso XIII, do art. 55-J, da LGPD, destaca que é competência da ANPD editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais.

E assim sendo, sequer o conteúdo mínimo destacado no art. 38 ainda é impositivo aos controladores e operadores. Até o momento da escrita desse trabalho, o conteúdo de um relatório de impacto para a proteção de dados pessoais é definido de forma discricionária pelos agentes de tratamento, os quais deverão definir o seu conteúdo de acordo com suas diferentes realidades. Porém, deverão justificar suas escolhas, uma vez que poderão ser objeto de fiscalização, por estarem submetidos ao princípio da *accountability*.

Na ausência de diretrizes emanadas pela autoridade nacional, sugere-se a utilização das diretrizes traçadas para a realidade da GDPR, pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a Proteção de Dados – WP29, as quais foram recepcionada pela *European Data Protection Board*.¹⁶⁴ O relatório elaborado pelo WP29 traz um rico material para servir à construção de um relatório de impacto à proteção dos dados pessoais, com inclusão de conceitos importantes ao tema, tais como o de risco e de gestão de risco.

¹⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Board. **Data Protection impact assessments High risk processing**. 2018. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/data-protection-impact-assessments-high-risk-processing_en. Acesso em: 17 out. 2023.

Um “risco” é um cenário que descreve um evento e as suas consequências, estimadas em termos de gravidade e probabilidade. A “gestão de riscos”, por outro lado, pode ser definida como as atividades coordenadas para dirigir e controlar uma organização no que diz respeito ao risco.¹⁶⁵

A execução de um relatório de impacto não é realizada apenas em um momento. Sempre que houver uma mudança no tratamento relatado, citando como exemplos a inclusão ou modificação de um sistema, o uso de uma tecnologia diferente, a mudança da natureza de um dado pessoal tratado, ou a mudança da finalidade, deverá ser realizado outro relatório. Tratando-se, pois, de boas práticas, a execução do relatório deve ser um processo contínuo.

Quanto ao conteúdo e a condução das etapas de um relatório de impacto temos a seguinte formatação: I. descrição das operações de tratamento previstas e das finalidades do tratamento; II. Avaliação da necessidade e proporcionalidade do tratamento; III. Avaliação dos riscos para os direitos e liberdades dos titulares dos dados; IV. A descrição das medidas previstas para a abordagem dos riscos e para demonstrar a conformidade com a LGPD; V. Monitoramento e revisão (se necessário).

No que toca a gestão dos riscos encontrados, no modelo europeu são sugeridos os seguintes processos: 1. Estabelecer o contexto do tratamento, levando em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento e as fontes do risco; 2. Avaliar os riscos no que toca a probabilidade dos mesmos de concretizarem e a gravidade estimada; 3. Tratar os riscos através de meios tecnológicos ou de procedimentos de modo a garantir a proteção dos dados pessoais e demonstrar o cumprimento da legislação.

Uma vez realizado de forma prévia o relatório de impacto à proteção dos dados pessoais, restaram bem identificados e destacados os riscos e as medidas de mitigação dos riscos levadas à efeito pelo agente de tratamento em cada tratamento pretendido. Ao realizar o relatório e disponibilizá-lo aos titulares, o agente de tratamento atuará em transparência, gerando informação atual e futura sobre os riscos do tratamento pretendido e os meios de mitigação.

E conduzindo seus processos de tratamento da forma acima sugerida, em boas práticas, com governança e atenção aos princípios destacados neste trabalho, o empregador conferirá ao empregado uma maior possibilidade de dar seu consentimento de forma livre, informada e inequívoca, e para a finalidade definida, tirando-o do papel de mero consentidor para dar a ele uma maior possibilidade de exercer a sua autodeterminação informativa.

¹⁶⁵ No original: “A ‘risk’ is a scenario describing an event and its consequences, estimated in terms of severity and likelihood. ‘Risk management’, on the other hand, can be defined as the coordinated activities to direct and control an organization with regard to risk”.

4 A ACCOUNTABILITY COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA RELAÇÃO DE TRABALHO SUBORDINADO.

Neste capítulo é apresentada a *accountability* como um instrumento de concretização da proteção de dados pessoais nas relações de trabalho, a qual demanda pelos agentes a adoção de práticas justas e responsáveis. A ferramenta também possibilita a fiscalização, em maior qualidade e assertividade, dos tratamentos de dados pessoais realizados pelos empregadores, tanto por parte dos seus titulares, quanto pelos diferentes atores do sistema trabalhista.

Primeiramente iremos demonstrar como a presença do princípio do *accountability* na LGPD trouxe para nossa legislação uma mudança no paradigma da proteção de dados pessoais, descentralizando as responsabilidades e a tomada de decisões sobre os tratamentos e sobre a sua proteção.

Posteriormente, e através da materialização do princípio da *accountability* pelos agentes de tratamento, abordar-se-á uma divisão adequada das competências fiscalizatórias institucionais da proteção de dados pessoais dentro da relação de trabalho subordinado.

4.1 CONCRETIZAÇÃO DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES LABORAIS: A ACCOUNTABILITY E UMA DIVISÃO ADEQUADA DAS COMPETÊNCIAS INSTITUCIONAIS FISCALIZATÓRIAS

Verificou-se ao longo deste trabalho, que o cumprimento da legislação e das boas práticas acerca da proteção de dados pessoais dos trabalhadores subordinados é medida que se estabelece não apenas pela imposição legal, mas acima disso, como instrumento necessário de defesa da dignidade da pessoa humana e das liberdades e direitos fundamentais.

O caminho da “adequação”¹⁶⁶ à nova realidade da proteção de dados pessoais deverá percorrer diversos pontos de atenção pelos agentes de tratamento. Nesse caminho a ser trilhado estarão o mapeamento dos vários processos de tratamentos de dados pessoais dentro das suas organizações, o estabelecimento de um sistema de proteção de dados pessoais e procedimentos internos, a escolha dos parceiros comerciais, tais como dos que servirão como operadores nos

¹⁶⁶ A definição de adequação utilizada na presente pesquisa é a de observação pelas organizações da legislação e das boas práticas de tratamento de dados pessoais, em atenção a bioética, com o contínuo crescimento da conscientização dos empregadores e empregados acerca dos seus diferentes e complementares papéis não apenas na relação empregador e empregado, mas no respeito à democracia.

processos de tratamento dos dados pessoais, a escolha do encarregado quando este se fizer necessário, o treinamento dos empregados e seus gestores, entre vários outros pontos de atenção.

A fiscalização do cumprimento da LGPD no seio das relações de trabalho subordinado não será uma tarefa fácil. Como primeiro motivo justificador da dificuldade destacam-se a inexistência de um padrão mínimo ou esperado pré-estabelecido, seja do ponto de vista técnico ou procedimental, para o que seria considerado “adequado” para a proteção de dados pessoais em uma organização. Para que fosse pensado esse modelo menor, seria necessário especular a natureza dos dados tratados pela organização, a finalidade, a utilização ou não de decisões automatizadas nestes processos, as hipóteses legais que os justificam, entre outros fatores.

A adequação, desse modo, deverá observar não apenas os mandamentos legais, vários de conteúdo aberto, mas diversos outros fatores intrínsecos e extrínsecos à organização, tais como a expectativa dos titulares.

Cabe, então, aos próprios agentes de tratamento, estabelecerem internamente o que entendem ser adequado à proteção dos dados pessoais sob sua responsabilidade, sendo dotados pela LGPD de um poder discricionário para eleger as medidas que considerarem efetivas.

Porém, devem estar sempre sujeitos à sindicabilidade, à necessidade de comprovação das decisões, das medidas técnicas e procedimentais utilizadas, e o que mais for realizado pela organização na proteção dos dados pessoais e de seus titulares.

Como segundo motivo de dificuldade, os tratamentos realizados podem ser, em grande parte, levados a efeito com o uso de programas ou sistemas informatizados, nos quais a opacidade dos algoritmos utilizados poderá se constituir em grande barreira para se constatar eventuais desvios de legalidade por parte dos empregadores ou de terceiros por eles contratados para realizar um tratamento de dados pessoais.

Não temos dúvidas de que o conhecimento acerca da lógica subjacente desses algoritmos será um recorrente ponto de conflito ou resistência, através de diversas justificativas, dentre as quais a do segredo comercial ou industrial.

Como terceiro motivo há na própria relação de emprego, e na subordinação que lhe é natural, uma barreira para a fiscalização e o exercício da cidadania pelos próprios titulares empregados, uma vez que, como hipervulneráveis na relação, sofrerão não apenas os efeitos da pressão pessoal, familiar e social para obter, se manter, ou para progredir no emprego, como ainda terão em seu desfavor a dificuldade técnica de entender o contexto do tratamento.

Diante de tal situação, não há como se projetar que o empregado titular exerça de forma plena seus direitos, e nem demande, administrativamente ou judicialmente, atenção ao conteúdo da LGPD por parte dos seus empregadores.

A autodeterminação informativa, e a incapacidade do titular de exercê-la de forma minimamente eficaz no capitalismo de vigilância e na economia informacional, em especial na relação de trabalho subordinado, bem como os riscos preocupantes já expostos do tratamento dos dados pessoais em desacordo com a lei ou com a ética, são motivos suficientes para a ampliação da competência da proteção dos indivíduos para outros atores institucionais.

É um devaneio imaginar que um empregado, diante de todas as limitações já postas anteriormente, possa realizar o controle ou o gerenciamento dos seus dados pessoais em um ambiente laboral complexo e cada vez mais digital, com operações de tratamento levadas a efeito muitas vezes através de decisões automatizadas e com o uso de inteligência artificial.

Através do princípio da *accountability* se pretende retirar do indivíduo e da ANPD a responsabilidade primária de proteção dos dados pessoais, transferindo-se aos agentes de tratamento. Estes passariam a ter obrigações com os titulares, com a ANPD e com a sociedade como um todo de tratar os dados em *compliance* não apenas com as exigências legais, mas também com os valores e as expectativas que cercam a sua atividade.

A ideia da *accountability* é justamente a de dividir entre todos os atores do tratamento dos dados pessoais a responsabilidade pela proteção desses dados, e a sua execução conforme à boa-fé, a lei, as boas práticas e à bioética. A *accountability*, a qual surge como princípio para a proteção de dados pessoais, previsto no art. 6º, X, da LGPD, norteia a atuação dos agentes de tratamento no que diz respeito a sua responsabilidade no tratamento, e do ônus de dispor, apresentar e demonstrar a eficácia de medidas de prevenção, segurança, diminuições de riscos e atitudes de mitigação dos efeitos lesivos aos titulares no caso de ocorrência de *data breach*.

Ricardo Maia, em sua dissertação de mestrado, descreve a convergência existente na LGPD entre as atitudes que se esperam dos agentes de tratamento para evitar o dano e a sua responsabilização civil, e o seu dever de prestar contas.

Dessa forma, o agente de tratamento devera resguardar-se quanto as medidas adotadas no tratamento de dados pessoais, visando evitar a ocorrência de danos e, portanto, evitar sua responsabilização civil (*liability* ou responsabilização), por meio da prestação de contas sobre as medidas e boas práticas adotadas, demonstrando que elas

são aptas a mitigar os riscos envolvidos no tratamento de dados (*accountability* ou prestação de contas).¹⁶⁷

Em maio de 2020, o CIPL¹⁶⁸ divulgou um *framework* com sete elementos principais para a demonstração e implementação da responsabilidade na proteção dos dados pessoais, sendo *leadership and oversight, risk assessment, policies and procedures, transparency, training and awareness, monitoring and verification* e *response and enforcement*¹⁶⁹. Em tradução livre, os elementos acima destacados podem ser identificados por liderança e supervisão, avaliação de riscos, políticas e procedimentos, transparência, treinamento e conscientização, monitoramento, verificação, resposta e execução.

São exemplos da prática da *accountability* na LGPD, entre outros, a necessidade do controlador de realizar o relatório de impacto à proteção de dados pessoais¹⁷⁰, de apresentar as medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação dos riscos identificados, de comprovação de cláusulas contratuais específicas, cláusulas contratuais padrão, normas corporativas globais, selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos, para os casos de transferências internacionais de dados pessoais¹⁷¹.

Verifica-se ainda a *accountability* na necessidade de demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observação e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e de fornecer aos titulares informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e dos respectivos agentes de tratamento¹⁷².

Importante destacar que a demonstração da *accountability* pelas organizações serve como critério para a dosimetria na aplicação das penalidades administrativas por parte da ANPD. A lei determina que serão considerados a adoção reiterada e demonstrada de

¹⁶⁷ MORAIS JÚNIOR, Ricardo Antonio Maia de. **Accountability e direito fundamental à proteção de dados pessoais enquanto limites ao uso da inteligência artificial na relação de emprego**. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Direito), Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2023.

¹⁶⁸ *Centre for Information Policy Leadership* – CIPL, é um *think and do tank* global sobre políticas de dados e privacidade com sede em Washington, DC, Bruxelas e Londres. A CIPL trabalha com líderes do setor, autoridades reguladoras e formuladores de políticas para desenvolver soluções globais e melhores práticas para privacidade e uso responsável de dados. Disponível em <https://www.informationpolicycentre.com/about.html>. Acesso em 22 junho 2023.

¹⁶⁹ CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP. What Good and Effective Data Privacy Accountability Looks Like: Mapping Organisations' Practices to the CIPL Accountability Framework. Disponível em

https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_accountability_mapping_report__27_may_2020__v2.0.pdf. Acesso em 22: jun. 2023.

¹⁷⁰ LGPD art. 5º, XVII, art. 10, §3º, art. 32, art. 38, art. 55-J, XIII.

¹⁷¹ LGPD art. 33, II.

¹⁷² LGPD, art. 6º, VI e X.

mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano e a adoção de política de boas práticas e governança.

Bioni e Luciano apontam que a LGPD segue uma mudança da proteção de dados pessoais, com a modificação do eixo de proteção da autodeterminação informativa para a *accountability*.

Como bem alerta Rafael Zanatta (2018), não se trata de “um processo de colisão jurídica ou de substituição normativa”, mas de uma nova tipologia a respeito da emergência de mecanismos mais centrados na identificação e mitigação das incertezas e das probabilidades dos malefícios decorrentes da manipulação das informações pessoais dos indivíduos. Nadezhda Purtova, professora de Tilburg, resume bem: há uma guinada de “*informational self-determination*” na direção de “*information-induced-harms*” (Purtova, 2018). Em poucas palavras, o saldo normativo das novas leis de proteção de dados pessoais é resultado cada vez mais de uma arquitetura precaucionária de danos.¹⁷³

O catalizador do deslocamento acima destacado é justamente a incapacidade do titular e dos órgãos de fiscalização governamentais de, diante da tecnologia e seus constantes avanços, tais como da *internet* das coisas, do *Big Data*, da utilização de algoritmos e de inteligência artificial, exercerem de forma eficaz o controle de todo esse ecossistema, o qual transcende fronteiras e desconhece limites.

Assim sendo, a divisão das decisões acerca do que será adequado para a proteção dos dados pessoais nos mais diversos tratamentos ocorridos será compartilhada com os agentes de tratamento, dando-lhes a confiança de que as tomarão com atenção à legislação e a proteção dos titulares.

Os empregadores deverão, em especial, ter atenção aos princípios da proteção de dados pessoais e do trabalho, bem como serão responsáveis por prestar contas acerca de tais decisões e os meios pelas quais foram executadas.

A *accountability* transfere aos agentes de tratamento responsabilidades que antes eram restritas aos titulares e ao governo, por entender que os agentes detêm melhores condições e recursos para realizar esse controle, além de serem os maiores interessados dos tratamentos realizados. Tem-se, dessa forma, uma pluralidade de deveres e direitos, todos convergindo para a maior e melhor proteção desses dados.

¹⁷³ BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada. Disponível em: https://brunobioni.com.br/home/wp-content/uploads/2019/09/Bioni-Luciano_O-PRINCIPIO-DA-PRECAUCOCC%A7A%CC%83O-PARA-REGULACCC%A7A%CC%83O-DE-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-1.pdf. Acesso em: 03 maio 2023.

Cuida-se, pois, de uma repartição de tarefas entre aqueles que tratam dados pessoais, que detêm maior poder sobre os tratamentos, os prestadores de contas, e aqueles a quem as contas são prestadas. Dessa repartição é que devem brotar comportamentos virtuosos.¹⁷⁴

Desta feita, a *accountability* demanda a edificação de condutas e procedimentos pelos agentes de tratamento, deixando um verdadeiro histórico de informações, documentos e comportamentos hábeis a instruir a fiscalização dos tratamentos realizados e a responsabilização dos seus agentes.

Passa-se, agora, a analisar o papel institucional de destacados atores na fiscalização e defesa da proteção dos dados pessoais dos trabalhadores subordinados, os quais terão na *accountability* um importante âmbito, teórico e prático, para exercer seus papéis constitucionais.

4.2 A AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – ANPD

Acerca do papel institucional da ANPD, algumas de suas competências e composição, faz-se referência ao item 2.4.7 do presente estudo. Neste subtópico será destacado o papel da ANPD, mais especificadamente quanto à sua atribuição na concretização da proteção de dados pessoais nas relação de trabalho subordinado, mormente quanto às competências de fiscalização, regulamentação e estímulo a formação de uma cultura de proteção de dados e privacidade nessas relações laborais.

A LGPD não trouxe nenhuma previsão ou capítulo específico sobre as relações de trabalho. Tal constatação parece um pouco estranha, posto que a legislação se baseou em grande escala na GDPR, que trata de forma específica trata do tema no artigo 88.

Segundo a legislação europeia, os Estados-Membros podem, por lei ou por meio de convenções coletivas, prever regras mais específicas para assegurar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores.

A GDPR destaca como sendo objeto dessa especificidade as tarefas de recrutamento, execução do contrato de trabalho, gestão, planejamento e organização do trabalho, igualdade e diversidade, saúde, segurança, proteção dos bens do empregador ou do cliente, e para o gozo individual ou coletivo de direitos e vantagens relacionadas com o trabalho e para o término da relação de trabalho.

Avulta ainda o mesmo artigo que as regras devem incluir medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade humana, os legítimos interesses e os direitos

¹⁷⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da *accountability***. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 76.

fundamentais do titular dos dados, especialmente no que diz respeito a transparência, transferência dos dados pessoais em um grupo empresarial ou em um grupo de empresas envolvidas numa atividade econômica conjunta e os sistemas de controle no local de trabalho.

No Brasil, a LGPD aplica-se às relações de trabalho, não havendo qualquer dúvida acerca dos direitos dos trabalhadores subordinados na garantia do seu direito fundamental à proteção dos dados pessoais e dos direitos sociais. No entanto, não prevê possibilidades de tratamento já especificadas, tais como nos processos seletivos, segurança ou proteção dos bens do empregador ou de clientes, como antecipa a GDPR.

Caberá à ANPD elaborar diretrizes para a política nacional de proteção de dados pessoais e da privacidade, as quais poderão englobar previsões específicas para as relações laborais, fiscalizar e aplicar sanções aos controladores ou seus operadores no caso de violações à legislação, apreciar as reclamações dos titulares contra os controladores, editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais quando o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais.

Caberá ainda à Autoridade Nacional a realização de auditorias, ou determinar a sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização, celebrar compromisso, a qualquer momento, com agentes de tratamento para eliminar irregularidades, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito dos seus processos administrativos, editar normas, orientações e procedimentos simplificados para empresas de pequeno porte e microempresas, bem como para empresas de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação¹⁷⁵.

Todas as competências acima são importantes para o contexto trabalhista, em especial as possibilidades de fiscalização e auditorias dos empregadores, bem como a de editar normas e procedimentos simplificados para microempresas e empresas de pequeno porte, já que esses pequenos empregadores foram responsáveis pela criação de 78,4% dos novos postos de trabalho criados no Brasil no ano de 2022, e já correspondem a 83% dos novos postos de trabalho nos dois primeiros meses de 2023¹⁷⁶.

É importante que a ANPD prestigie sempre a proteção do trabalhador hipervulnerável na edição de normas e procedimentos simplificados para as micro e pequenas empresas. Isso,

¹⁷⁵ LGPD, art. 55-J.

¹⁷⁶ Site SEBRAE. Disponível em: <https://agenciasebrae.com.br/dados/micro-e-pequenas-empresas-criaram-85-das-vagas-de-trabalho-geradas-em-fevereiro/#:~:text=Em%202022%2C%20a%20cada%2010,saldo%20total%20foi%20de%2077%25>.

porque a dificuldades financeiras, técnicas ou estruturais na realização da adequação por parte desses entes empresariais não podem suplantam os altos riscos que o tratamento de dados nesse contexto pode oferecer.

Ademais, entende-se que a mera qualificação formal de micro ou pequeno negócio não deve ser o único elemento para o gozo de condições simples e diferenciados, posto que outros elementos específicos do tratamento devem ser considerados, tais como o volume de tratamento, o tipo de dados pessoais e os riscos envolvidos aos titulares pela atividade. Neste sentido, a ANPD editou, em janeiro de 2022, a Resolução CD/ ANPD nº 2, aprovando o regulamento da LGPD para agentes de tratamento caracterizados como de pequeno porte.¹⁷⁷

Relevante ainda as previsões legais de que a ANPD deve coordenar as suas atividades com os órgãos e entidades públicas responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica, e manter com eles fórum permanente de comunicação e cooperação técnica¹⁷⁸. Tal previsão indica que poderão ser editadas regras específicas para segmentos econômicos diferenciados, o que aponta para a necessidade de um acompanhamento contínuo não apenas das mudanças tecnológicas e sociais relativas à proteção de dados pessoais, mas também regulamentar pelos empregadores.

Como já destacado neste estudo, o capitalismo de dados, o uso massivo de dados pessoais nas relações de trabalho e a digitalização crescente e irremediável dos mais diversos processos do habitual trabalhista traz para a ANPD um desafio a mais, que seria estar sempre atualizada não apenas do ponto de vista técnico, mas em igual importância, no ponto de vista prático.

Deslocamentos temporais ou materiais da Autoridade com a realidade complexa e ágil das relações de trabalho podem causar graves prejuízos não apenas aos direitos dos titulares, mas a economia, à inovação, à livre iniciativa e à livre concorrência.

Dessa forma, a LGPD se abre venturosamente à realidade social na composição multi participativa no Conselho nacional de Proteção de Dados e da Privacidade – CNPD, o qual consta com 23 membros representantes, titulares e suplentes, dentre as quais 3 representantes devem ser de confederações sindicais representativas das categorias econômicas do setor produtivo, e 2 representantes de entidades representativas do setor laboral.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Para maior entendimento da Resolução CD/ANPD nº 2, e as interações da LGPD na ordem econômica, livres iniciativa e concorrência, sugerimos a leitura do artigo **Dados pessoais como ativo na sociedade da informação: a LGPD como instituição e suas interações nas livres iniciativa e concorrência**. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/revista-juridica/2022>.

¹⁷⁸ LGPD, art. 55-J, parágrafos 3º e 4º.

¹⁷⁹ LGPD, art. 58-A, IX e XI.

A efetiva participação dos empregadores e trabalhadores no CNPD é se nuclear importância, levando experiência, interesses, preocupações e prováveis soluções às demandas, dúvidas, problemas e riscos que o tratamento no contexto laboral pode ocasionar, em sua visão macro. Possibilita-se a efetiva comunhão e participação daqueles que experienciam o trabalho em sua forma mais legítima.

A participação de representantes dos empregadores e dos trabalhadores no CNPD torna ainda mais eficaz um outro objetivo da ANPD, que é de promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança.¹⁸⁰ Isso significa a promoção de uma cultura nacional em proteção de dados pessoais e privacidade, a qual deverá ser realizada também nas relações de trabalho, em seus diversos setores.

Sem a mudança do pensamento corporativo empresarial jamais se alcançará os objetivos da LGPD, posto que a lei e sua matéria são dinâmicas, e mais cambiante ainda é sua aplicabilidade nas relações complexas e adaptativas laborais. A cultura corporativa¹⁸¹ de proteção de dados pessoais é meio pela qual ocorrerá uma maior adequação empresarial à norma protetiva, bem como servirá aos empregados como instrumento vivo de aprendizagem e prática dos seus direitos e deveres, bem como dos cuidados que devem ter no uso e compartilhamento dos dados pessoais. A participação dos setores produtivos e laborais no CNPD seguramente servirá ao entendimento da necessidade e ao estímulo da prática.

No entanto, mesma com a entrada em vigor da LGPD em setembro de 2020, a ANPD aplicou a sua primeira multa somente em julho de 2023.¹⁸² Um dos motivos para a letargia punitiva fora a falta das normas de dosimetria das sanções, publicada pela ANPD somente em fevereiro de 2023.¹⁸³

A pouca atividade fiscalizatória por parte da ANPD, e a constrangedora demora na aplicação de sanções nos agentes de tratamento geram um impacto negativo nas empresas para a urgência da adequação à LGPD, e nos investimentos para que ela ocorra e tenha continuidade. Se existe pouca fiscalização, e quase nenhuma multa aplicada, o risco de não estarem adequados

¹⁸⁰ LGPD, art. 55-J, VI.

¹⁸¹ Para entendimento da cultura, utiliza-se o conceito apresentado por SCHEIN: “A cultura organizacional é o modelo de pressupostos básicos, que determinado grupo tem inventado, descoberto ou desenvolvido no processo de aprendizagem para lidar com os problemas de adaptação externa e adaptação interna. Uma vez que os pressupostos tenham funcionado bem o suficiente para serem considerados válidos, são ensinados aos demais membros como a maneira correta para se perceber, se pensar e sentir-se em relação àqueles problemas” SCHEIN, Edgar H. **Guia de sobrevivência da cultura corporativa**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p.16.

¹⁸² Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-aplica-a-primeira-multa-por-descumprimento-a-lgpd>. Acesso em 08 nov. de 2023.

¹⁸³ Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-regulamento-de-dosimetria>. Acesso em 08 nov. de 2023.

à LGPD é muito baixo, justificando, pelo ponto de vista comercial, a inércia dos agentes de tratamento e a pouca atenção aos riscos decorrentes dos tratamentos realizados.¹⁸⁴

Através de consulta ao *site* da ANPD verifica-se que existem somente 9 processos administrativos sancionadores abertos¹⁸⁵, número esse insignificante diante do notório descaso dos agentes de tratamento, dentre os quais os empregadores, em seus deveres normativos vinculados à matéria. Mesmo com uma maior publicidade e conhecimento dos titulares acerca dos seus direitos, e dos deveres dos agentes de tratamento, a baixa atuação fiscalizatória e sancionatória da ANPD deve ser corrigida em razão da emergência dos riscos aos titulares já retratados anteriormente.

O parágrafo único do art. 55-J impõe ainda à ANPD a articulação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais. No âmbito trabalhista, essa fiscalização é realizada pelos Auditores Fiscais do Trabalho.

4.3 O SISTEMA FEDERAL DE INSPEÇÃO DO TRABALHO – SFIT E OS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO – AFT.

Os preceitos principais da fiscalização do trabalho adotados pelo Brasil foram estabelecidos pela Convenção nº 81 da OIT, de 1947, a qual foi ratificada pelo estado brasileiro em 25 de abril de 1957. A constituição aponta como uma das competências da União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho¹⁸⁶, a qual é realizada através dos Auditores Fiscais do Trabalho – ATF, vinculados administrativamente às várias SRTb's, e tecnicamente subordinados à Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT.

O art. 626 da CLT informa ser incumbência dos AFT o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, e o parágrafo 3º, do art. 630 consolidado, confere direito ao Auditor Fiscal do livre acesso a todas as dependências do estabelecimento fiscalizado, bem como de solicitar a exibição de todos os documentos que digam respeito ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Poderá ainda, obter esclarecimentos necessários ao desempenho da sua função por parte do ente fiscalizado.

¹⁸⁴ Nesse sentido: <https://www.jota.info/justica/estourou-a-bolha-da-lgpd-as-apostas-para-o-futuro-do-mercado-de-protecao-de-dados-17102023>. Acesso em 08 nov de 2023.

¹⁸⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/composicao-1/coordenacao-geral-de-fiscalizacao/processos-administrativos-sancionadores>. Acesso em 08 nov. 2023.

¹⁸⁶ Constituição Federal, art. 21, XXIV.

O Art. 1º, do Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002, estabelece que é finalidade do SFIT assegurar, em todo o território nacional, a aplicação das disposições legais, incluindo as convenções internacionais ratificadas, os atos e decisões das autoridades competentes e as convenções, acordos e contratos coletivos de trabalho, no que concerne à proteção dos trabalhadores no exercício da atividade laboral.

Entre as competências do AFT estão as de verificar o cumprimento das disposições legais e regulamentares no âmbito das relações de trabalho e de emprego, e em especial o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho, celebrados entre empregados e empregadores, bem como levar ao conhecimento da autoridade competente, por escrito, as deficiências ou abusos que não estejam especificamente compreendidos nas disposições legais¹⁸⁷.

Muito embora a atuação dos AFT deva ser restrita ao cumprimento da legislação trabalhista, em *strito sensu*, não cabendo ao mesmo qualquer análise acerca do cumprimento ou descumprimento da LGPD, existem situações em que o AFT terá dever funcional de atuar com vistas a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores em matéria correlata a de proteção de dados pessoais.

A primeira dela seria quando o tema for definido por instrumento negocial coletivo, na forma de um acordo coletivo de trabalho - ACT ou de uma convenção coletiva de trabalho - CCT. A constituição reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho como sendo um direito dos trabalhadores urbanos e rurais¹⁸⁸, dotando ambos de forma normativa entre as partes signatárias. Como visto anteriormente, os instrumentos negociais coletivos são fonte primária do Direito do Trabalho, nos termos do art. 8º consolidado.

O art. 611-A da CLT destaca que esses instrumentos coletivos têm prevalência sobre a lei. Muito embora a proteção de dados pessoais dos trabalhadores não conste expressamente do *roll* descrito no artigo, a matéria está abrangida na expressão aberta “entre outros” contida no *caput* do art. 611-A. Somando a este entendimento, o art. 611-B da CLT não inclui entre os objetos ilícitos de negociação através do ACT ou da CCT pontos pertinentes à proteção dos dados pessoais dos trabalhadores.

O cumprimento da LGPD pelos empregadores, bem como outros pontos que demandariam atenção aos preceitos da proteção de dados pessoais dos trabalhadores nas

¹⁸⁷ BRASIL. **Decreto nº 4.552 de 27 de dezembro de 2002**. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁸⁸ CF, art. 7º, XXVI.

relações laborais, seriam objetos possíveis de negociação coletiva, desde que aumentem direitos e a proteção dos seus titulares, ou estabeleçam mecanismos para efetivação da proteção dos dados e dos seus titulares por parte dos empregadores ou dos sindicatos. E estando essa matéria prevista em ACT ou CCT, caberia aos AFT's fiscalizar o cumprimento de acordos e convenções coletivas de trabalho.

A segunda situação seria no caso de a ANPD celebrar Acordo de Cooperação Técnica, ou outro instrumento jurídico adequado, em conformidade com o art. 55-J, parágrafo 4º, e art. 55-K, com o Ministério do Trabalho - MTE, para viabilizar ações de cooperação técnica, entre as quais a de fiscalização, em situações onde haveria intersecção de competências em suas respectivas esferas de atuação.

Não se pode desconsiderar a expertise, a capilaridade e a maior capacidade atual de fiscalização do MTE, através dos seus Auditores Fiscais do Trabalho, junto às empresas, estabelecimentos e locais de trabalho, bem como as outras organizações passíveis de fiscalização pelos AFT's. O maior conhecimento da prática trabalhista pelos Auditores Fiscais do Trabalho, e não apenas da legislação, mas também dos princípios norteadores do Direito do Trabalho, deve ser aproveitado pela ANPD para dar maior alcance e efetividade às fiscalizações que envolverem as relações de trabalho e de proteção de dados pessoais.

O MTE poderia constituir grupo temático dentro do SFIT para a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, tais como os já existentes para o combate ao trabalho análogo ao escravo, para a erradicação do trabalho infantil, o combate à informalidade, a inclusão da pessoa com deficiência e a inserção do jovem aprendiz, entre outros.

Não se trata de delegar a atividade fiscalizatória da ANPD para o MTE, mas de um melhor aproveitamento da estrutura fiscalizatória governamental, em suas respectivas áreas de atuação e expertise, reconhecendo ainda que a matéria da proteção de dados pessoais afeta de forma perigosa e dinâmica as relações de trabalho e todo o arcabouço constitucional e democrático dos direitos sociais.

4.4 O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – MPT

Compete ao Ministério Público do Trabalho – MPT a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. São funções institucionais do MPT promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos constitucionais, do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses

individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos, inclusive com destaque na defesa da manifestação do pensamento, de criação, de expressão ou de informação.¹⁸⁹

A atuação do MPT ocorre de forma judicial e extrajudicial, podendo atuar como parte ou como fiscal da ordem jurídica, expressão mais ampla do que a costumeiramente utilizada de fiscal da lei – *custos legis*. Judicialmente o MPT pode propor, sem exclusão de outras, a ação civil pública, a ação civil coletiva, a ação anulatória de cláusulas de contrato, de acordo ou convenção coletivas de trabalho, a ação rescisória, e o dissídio coletivo no caso de greve em atividades essenciais lesivas do interesse público.¹⁹⁰

Em sua atuação extrajudicial, o MPT atua no requerimento de informações e documentos, como mediador¹⁹¹ ou árbitro em conflitos coletivos trabalhistas, na abertura de procedimento preparatório ou do inquérito civil público, e como agente de articulação social.

No papel de agente de articulação social o *Parquet* realiza audiências públicas, palestras, simpósios, *workshops*, expede recomendações¹⁹², participa de eventos a convite de entidades sindicais patronais e laborais, congressos, entre outros, visando sempre a conscientização da importância e do cumprimento da constituição e das leis trabalhistas, preservando a ordem jurídica e social.

O Ministério Público do Trabalho em Mato Grosso – MPT-MT realizou, em março de 2023, uma mediação entre o Sindicato dos Trabalhadores nos Escritórios de Contabilidade, Assessoramento, Perícia, Advocacia, Consultoria, Auditoria, Prestadora de Serviços, Temporários, Terceirizados, Agência de Propaganda, Cartório, Agência Lotérica, Factoring e Administradoras de Cartões de Mato Grosso (Sintraesco/MT) e o Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis, Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas do Estado de Mato Grosso - Sescon/MT¹⁹³. O Sintraesco/MT requereu a mediação após ter pedidos de requisição de informações de trabalhadores negados pela empresa representadas pelo ente sindical patronal, com base na LGPD.

¹⁸⁹ CF, art. 127, e 129, III e Lei Complementar nº 75/93, art. 5º, art. 6º, VII, “a”, “d”, XII, XIV, “c”, “e” e “g”.

¹⁹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 86.

¹⁹¹ A exemplo do MPT em Mato Grosso, que serviu como mediador entre um sindicato laboral e um sindicato da categoria econômica. As empresas estavam se negando a fornecer documentos e informações sobre os trabalhadores baseadas na LGPD. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/mpt-realiza-conciliacao-entre-sindicatos-de-mt-para-cumprimento-de-convencao-coletiva>. Acesso em: 02 de julho 2023.

¹⁹² Segundo o art. 6º, XX, da Lei Complementar 75/93, as recomendações têm por objetivo “à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.”.

¹⁹³ Disponível em: <https://www.prt23.mpt.mp.br/1970-apos-empresas-alegarem-possivel-descumprimento-da-lgpd-mpt-realiza-conciliacao-entre-sindicatos-de-mt-para-cumprimento-de-convencao-coletiva>. Acesso em 28 out. de 2023.

Através da mediação as partes envolvidas contraíram obrigações de estabelecerem padrões de segurança para os tratamentos realizados tanto pelo ente patronal quanto pelo laboral, bem como observarem aspectos quando aos princípios da finalidade, da necessidade e para evitar a ocorrência de *data breach*.

O MPT tem elegido áreas estratégicas de atuação institucional, por entender que esses temas são basilares da defesa da ordem jurídica e sensíveis aos valores constitucionais pátrios. Atualmente o MPT conta com as seguintes principais áreas de atuação institucional: liberdade sindical; promoção da igualdade; trabalho escravo e tráfico de pessoas; trabalho portuário e aquaviário; fraudes trabalhistas; administração pública; meio ambiente do trabalho; proteção da criança e do adolescente.

O direito fundamental da proteção de dados pessoais pode assumir diferentes posições, podendo ser um direito individual, um direito difuso ou transindividual¹⁹⁴, um direito coletivo¹⁹⁵, ou um direito individual homogêneo¹⁹⁶. Com exceção da sua posição como direito individual, a proteção de dados pessoais poderia demandar por parte do MPT a adoção de providências, sejam prévias ou posteriores, judiciais ou administrativas, na defesa da proteção dos dados pessoais nas mais diversas hipóteses laborativas, inclusive ao pedido de condenação em danos morais coletivos.

O MPT poderá propor durante o procedimento preparatório e o inquérito civil público, a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta¹⁹⁷, o qual tem eficácia de título executivo extrajudicial.

Verificamos que a competência do MPT para a defesa da proteção dos dados pessoais nas relações laborais é inquestionável, e expressivas são as suas possibilidades judiciais e extrajudiciais para a defesa do direito fundamental, inclusive com estrutura humana, material e financeira significantes.

¹⁹⁴ Lei n. 8.078/90, art. 81, I. Assim entendidos como sendo os direitos de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

¹⁹⁵ Lei n. 8.078/90, art. 81, II. Assim entendido como sendo os direitos de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Também é um direito metaindividual.

¹⁹⁶ Lei n. 8.078/90, art. 81, III. Assim entendido como aqueles direitos que tem uma origem comum, um mesmo fato gerador que atinge as pessoas individualmente da mesma forma e ao mesmo tempo, mas que não se pode considerar que sejam restritos a um único indivíduo.

¹⁹⁷ CSMPT – Resolução nº 69, de 12 de dezembro de 2007. Art. 14. O Ministério Público do Trabalho poderá firmar termo de ajuste de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser reparados. § 1º A aferição do cumprimento do termo de ajuste de conduta ocorrerá nos próprios autos do procedimento preparatório ou do inquérito civil.

A preocupação do MPT com a proteção de dados pessoais, o uso de algoritmos e de inteligência artificial, nas relações trabalhistas é atual, e o *Parquet* trabalhista já produz livros e cartilhas para alertar sobre os riscos que o tratamento de dados irregular ou ilegítimo podem ocasionar a diversos direitos dos empregados e ao sistema trabalhista como um todo¹⁹⁸.

Entendemos que seria desejável a eleição, ou pelo menos o destaque, do tema da proteção dos dados pessoais dos trabalhadores pelo MPT, como uma nova área específica de atuação institucional e estudos, como decorrência esperada do avanço da matéria sobre as relações laborais.

4.5 O PAPEL DOS ENTES SINDICAIS – A NECESSIDADE DO DESPERTAR DIGITAL DOS SINDICATOS

Os sindicatos podem ser definidos como “associações permanentes e institucionalmente estruturadas para a tutela e coordenação de interesses profissionais e econômicos, individuais e coletivos, dos seus membros (trabalhadores e empregadores), afetos, direta ou indiretamente, às relações de trabalho”¹⁹⁹.

Quanto a sua natureza jurídica, o entendimento majoritário é de pessoa jurídica de direito privado²⁰⁰, sob a forma de associação civil. No entanto é inegável a singularidade do sindicato enquanto associação, posto que possui disciplina própria (constitucional, infraconstitucional e infralegal) que não afetam as demais associações, bem como poderes e prerrogativas próprios, alguns dos quais necessários à sua atuação, e que são afetados pela disciplina da proteção de dados pessoais.

Entre as principais funções dos sindicatos estão as de representação, regulamentadora ou normativa, parafiscal e assistencial. Alguns autores defendem a atividade política do sindicato, baseando-se nas manifestações sindicais acerca da ordem democrática, custo de vida, políticas econômicas, entre outras. Carlos Henrique Bezerra Leite²⁰¹ defende que a atividade política do sindicato residiria na sua função de democratizar as relações sociais, favorecendo o

¹⁹⁸ Citam-se como exemplos as obras: ARAÚJO, Adriane Reis de et al. (coord.). **O uso de dados pessoais e inteligência artificial na relação de trabalho: proteção, discriminação, violência e assédio digital**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2022. e a cartilha *Inteligência Artificial, Tecnologia Digital e Discriminação no Trabalho*, elaborada pelo Grupo de Estudos Diversidade e Tecnologia da Coordigualdade.

¹⁹⁹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas; acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2022. p. 26.

²⁰⁰ Neste sentido: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva. 1996: Ltr, 1997. p. 1.080. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1443.

²⁰¹ LEITE, 2022, p. 1494.

diálogo entre as partes, evitando a busca ao Estado para regular ou dirimir pontos controversos de suas realidades específicas.

Inegável que o sindicato tem atuação política, sendo inclusive protagonista de vários momentos históricos da república brasileira. Porém, entende-se que não deve haver vinculação de entes sindicais a partidos políticos, o que não significa que estes não possam ter movimentos políticos, desde que vinculados à sua representatividade.

O que deve ser combatido é a interferência de partidos políticos nos sindicatos de forma a utilizar o ente sindical como massa de manobra, instrumento de ideologias ou de atuação político-partidária, o que violaria a finalidade basilar do sindicato, que é a de defesa da categoria.

Além disso, essa interferência poderia trazer constrangimento moral e afastamento da sua base de representação os trabalhadores, os quais certamente terão uma visão plural acerca das mais diversas ideologias defendidas por partidos políticos, o que é bom, saudável e necessário na democracia. Para efeito desse estudo, importará mais as atividades representativa e regulatória dos sindicatos, sobre as quais haverá um maior impacto na necessidade de atenção e fiscalização.

O princípio da autodeterminação coletiva serve como um guia ao direito coletivo do trabalho. Através desse princípio os sindicatos tem poderes para estabelecer regras para cumprimento obrigatório aos signatários, e seus representados, dos instrumentos coletivos firmados. Seus reflexos na legislação podem ser verificados nos artigos 5^a, LXX, 7^o, VI, XIII, XIV e XXVI, 8^a, 9^a, 10^o e 11^o, 114, II e III, e parágrafos 1^a, 2^a e 3^a, e ainda o artigo 10^o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Do princípio da autodeterminação coletiva se extraem as seguintes ideias: (i) o sindicato representa toda a categoria, e não apenas os seus associados; (ii) autonomia para negociação coletiva; (iii) obrigatoriedade das normas produzidas nas negociações coletivas; (iv) a greve não implica descumprimento, pelo empregado, do contrato individual de trabalho; (v) vinculação obrigatória dos empregados e empregadores de incluírem nos contratos individuais de trabalho as conquistas coletivas, em substituição automática das cláusulas; (vi) substituição processual da categoria pelo sindicato; (vii) criação e extinção de sindicatos livres da interferência estatal; (viii) proteção aos dirigentes sindicais.²⁰²

A importância desse princípio é reflexo da própria condição do empregado, enquanto indivíduo, frente ao empregador. Sendo hipossuficiente e subordinado, contando em muitos

²⁰² LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 77.

casos apenas com sua força de trabalho, a qual pode ser substituída sem maiores impactos ao negócio, os empregados organizaram-se em associações coletivas para serem fortes, tendo maior impacto no negócio dos empregadores, e consequentemente maior poder de barganha.

Outro fator de merecer consideração é que mesmo se tratando de uma situação individual, em um mercado de trabalho de massas, essa circunstância pode ter reflexos na coletividade, atingindo um sem número de outros indivíduos, o que pode ocorrer tanto pelo porte da empresa, como pela repetição do procedimentos para outras empresas, ou ainda pela formação de uma jurisprudência sobre esse assunto, o que pode ocorrer como decorrência da análise parcial e individual, de algo que pode ter reflexos e afetar o coletivo.

O princípio da autodeterminação coletiva deriva diretamente do princípio protetor, e serve como instrumento para sua efetividade omitindo a figura do indivíduo empregado e posicionando uma associação como escudo e espada na busca por seus direitos e melhores condições de trabalho e sociais. Neutraliza-se a fraqueza do um, ao mesmo tempo que atua na salvaguarda dos seus direitos e interesses, na apresentação de uma coletividade forte, capaz de fazer frente às resistências e imposições dos empregadores.

Como corolário dos princípios protetor e da autodeterminação coletiva temos o princípio da prevalência do negociado sobre o legislado, que recebeu maior importância com as discussões em torno das modificações da CLT através da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a chamada reforma trabalhista, com a inclusão dos artigos 611-A e 611-B.

Compete aos sindicatos a defesa dos interesses individuais e metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) da categoria, possuindo para tanto legitimidade *ad processum* e *ad causam*, esta última de forma ordinária e extraordinária. No uso da sua legitimidade extraordinária, habitualmente chamada de substituição processual, o sindicato pode ainda atuar de forma autônoma ou subordinada.

Merece destaque, ainda, a possibilidade de o sindicato atuar como assistente da parte, em processos nos quais a lesão a um direito poderá afetar outros trabalhadores que se encontrem na mesma situação, ou a atuação do sindicato junto a parte adversa na lide. Trata-se de ação individual, mas que seus efeitos podem ter reflexos no plano metaindividual, por afetarem outros trabalhadores que estiverem na mesma situação, tais como os empregados da mesma empresa. A assistência será simples, posto que o sindicato não será parte na lide.²⁰³

Os sindicatos possuem legitimidade para a propositura de várias espécies de ações na defesa dos seus interesses, tais como a ação civil pública, o dissídio coletivo, a ação de

²⁰³ CPC, arts. 119 a 123.

cumprimento, a ação coletiva, mandado de segurança coletivo, entre outros. Tem ainda o sindicato a possibilidade de agir como representante processual em lides individuais, na defesa dos interesses individuais do representado.

O STF já confirmou, sob a sistemática da repercussão geral, a legitimidade extraordinária ampla dos sindicatos, inclusive na sua condição de substituto processual, dando origem aos Temas 823 e 1.119:

Tema 823. Os sindicatos possuem ampla legitimidade extraordinária para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.²⁰⁴

Tema 1119. É desnecessária a autorização expressa dos associados, a relação nominal destes, bem como a comprovação de filiação prévia, para a cobrança de valores pretéritos de título judicial decorrente de mandado de segurança coletivo impetrado por entidade associativa de caráter civil.²⁰⁵

Conforme já destacado anteriormente, no subtópico 4.3, poderão ser celebrados acordos e convenções coletivos de trabalho para estabelecer regular a matéria de proteção de dados pessoais nas relações de trabalho. O permissivo legal estaria no art. 611-A da CLT, e os entes sindicais poderiam, através dos instrumentos negociais coletivos, estabelecer procedimentos, criar direitos, fundar grupos mistos para proteção aos dados pessoais entre empregados e empregadores, proibir a utilização de programas ou sistemas que acarretem grandes riscos aos direitos e liberdades dos trabalhadores, estabelecer a obrigação de informar o uso de algoritmos para seleção ou gerenciamento de pessoas, bem como de fornecer informações sobre o seu funcionamento, para citar algumas dentre várias outras possibilidades.

Poderá o sindicato intervir como parte, como substituto processuais ou como assistente em ações judiciais em favor da proteção dos dados pessoais dos seus representados. Poderá ainda negociar coletivamente sobre a matéria, podendo criar regras, procedimentos e proibições ao tratamento desses dados, a depender dos fatores específicos da atividade econômica, e dos riscos aos direitos e liberdades dos trabalhadores.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 823**. Leading Case: RE 883642. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4758938&numeroProcesso=883642&classeProcesso=RE&numeroTema=823>. Acesso em: 14 out. 2023.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1119**. Leading Case: ARE 1293130. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6021120&numeroProcesso=1293130&classeProcesso=ARE&numeroTema=1119>. Acesso em: 14 out. 2023.

Vários empregadores, utilizando de forma equivocada a LGPD, vêm negando o acesso dos sindicatos aos dados pessoais dos seus empregados, limitando-os na suas diversas funções institucionais e constitucionais.²⁰⁶

Tal negativa, na maioria das vezes, não tem respaldo legal. O ente sindical pode e deve efetuar a solicitação de informações e dados pessoais dos seus representados junto aos empregadores, nos moldes previstos no art. 18, caput e parágrafo 3º, da LGPD, e ainda nos princípios que exigem dos agentes de tratamento o dever de atuarem com transparência e livre acesso, previstos no art. 6º, IV e VI, da LGPD.

O parágrafo 3º, do art. 18, estabelece que o direito do titular de obter informações do controlador acerca dos seus dados pessoais pode ser exercido pelo seu representante, legalmente constituído, o que albergaria os entes sindicais, diante das decisões do STF já mencionadas e do teor do art. 8º, III, da CF.²⁰⁷

Ademais, importa destacar a Recomendação nº 143 da OIT, que trata da proteção e facilidades a serem dispensadas a representantes de trabalhadores na empresa. A R143 designa como representantes dos trabalhadores àqueles que sejam designados ou eleitos por sindicatos ou pelos membros do sindicato, e informa que esses devem receber dos empregadores materiais e informações necessários à execução das suas atividades.

16. A gerência deve pôr à disposição de representantes de trabalhadores, nas condições e dimensão que podem ser definidas pelos métodos de implementação a que se refere o Parágrafo 1 desta Recomendação, facilidades materiais e informações que sejam necessárias para o exercício de suas funções.²⁰⁸

A LGPD, *a priori*, não é instrumento legal que possa ser utilizado para negar o acesso do sindicato a informações e documentos dos empregados representados junto aos seus

²⁰⁶ Como por exemplo o Processo nº 0000876-17.2021.5.12.0015, onde a empregadora se negou a fornecer dados pessoais dos empregados para que o sindicato pudesse proceder com o recolhimento da contribuição negocial, sem que houvesse o consentimento do titular dos dados. No caso, o magistrado entendeu que a LGPD não exime o empregador do seu dever de informar, e que o Direito Coletivo do Trabalho não prescinde de atos individuais, pois iria de encontro a sua própria existência. Já no Processo nº 0010640-49.2021.5.15.0013 o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região negou o pedido do sindicato para que a empresa lhe fornecesse, a cada período de seis meses, uma lista com os nomes, a função, o local de serviço, a data de admissão, o CPF, a data de nascimento e o estado civil dos seus empregados. Em seus fundamentos, o magistrado de primeiro grau que não poderiam o sindicato e o empregador, em negociação coletiva, ajustar o tratamento de dados pessoais dos titulares sem sua participação específica, sendo uma questão relativa ao direito de personalidade dos empregados. A decisão foi confirmada pelo segundo grau de jurisdição.

²⁰⁷ CF. Art. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

²⁰⁸ Recomendação 143 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242718/lang--pt/index.htm. Acesso em 14 out 2023.

respectivos empregadores ou órgãos da administração pública, desde que exista uma correlação entre as suas atividades institucionais e a finalidade informada na solicitação.

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633, com repercussão geral reconhecida, entendeu que instrumentos coletivos negociais podem limitar, estender e até afastar direitos trabalhistas, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis, dando origem ao Tema 1.046.

São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.²⁰⁹

Resta, pois, inquestionável a possibilidade de se levar temas ligados à proteção dos dados pessoais dos empregados à mesa de negociação. No entanto, o resultado positivo ao trabalhador dependerá do conhecimento do sindicato acerca da matéria, com seus riscos e benefícios, e da sua força negocial.

Isso, porque o Tema 1.046 estabeleceu a possibilidade de que direitos trabalhistas sejam limitados e até afastados, colocando em xeque a defesa da privacidade e de outros direitos dos empregados no caso de uma negociação fragilizada, tanto do ponto de vista técnico quanto da possibilidade de imposição da vontade ou do interesse coletivo por mais garantias e direitos.

Vários questionamentos judiciais e não judiciais surgiram acerca da matéria de proteção dos dados pessoais nas interações entre sindicatos e empregadores, e certamente muitos outros ainda irão surgir.

A esta altura do presente trabalho é desnecessário exemplificar ou contextualizar novamente os riscos que o tratamento de dados pessoais pode ocasionar nas relações de trabalho, bem como a urgência do conhecimento e abordagem do tema pelos seus diversos atores. Infelizmente, os sindicatos do Brasil, com raras exceções, continuam com o seu trabalho nos mesmos moldes que praticavam no modelo fordista de produção.

Ignoram o uso de tecnologias, muitos não tem sequer página na *internet*, não possuem redes sociais, e quando possuem não as utilizam de forma eficaz, desconhecem os trabalhadores que formam sua base de representação, ignoram informações que poderiam atrair mais filiados ou incentivar a vida sindical através da sua função assistencial, entre outros pontos de críticas à atuação e gestão tecnológica dos entes sindicais.

209

Disponível

em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046>. Acesso em 14 out 2023.

Os sindicatos conseguiriam, através do tratamento dos dados pessoais dos seus filiados, e dos que não sendo filiados pudessem ter seus dados pessoais tratados, conhecer melhor os trabalhadores, promovendo ações e serviços que os interessassem a participar da vida sindical e contribuir para as finanças do sindicato. Poderiam ter acesso a informações sobre a situação de trabalho desses empregados, coletar denúncias, formular pontos para negociações coletivas, coletar dados para o ingresso de ações judiciais ou pedidos de ações administrativas.

Saberiam como solicitar dados pessoais dos trabalhadores para exercer seu papel constitucional e institucional de defesa e fiscalização. Porém, para todos os pontos acima, é preciso dois pré-requisitos para os sindicatos. O primeiro é que eles próprios estejam adequados à LGPD, posto que para tratar dados pessoais, os agentes de tratamento precisam estar adequados, e o sindicato não é exceção.

O segundo é o conhecimento técnico da matéria, o que ocorrerá com a pesquisa contínua, a contratação de profissionais da área, o treinamento dos funcionários e diretores sindicais, a melhoria dos seus sistemas tecnológicos, entre outros.

Na Europa, continente que já possui uma maior maturidade em relação à proteção de dados dos trabalhadores, cláusulas em instrumento coletivos são frequentes para regulamentação de situações que envolvem a proteção aos dados pessoais e à privacidade dos empregados. Nesse sentido, citamos o acordo de empresa celebrado em Portugal entre Exide Technologie Ltda e o Sindicato das Indústrias Elétricas do Sul e Ilhas – SIESI.²¹⁰

O instrumento coletivo destacado traz previsão, em sua cláusula 12, de que a empresa tem o dever de prestar aos sindicatos os esclarecimentos que por estes lhe sejam solicitados, relativos às relações de trabalho, e de ouvir os órgãos representativos dos trabalhadores sempre que tal se justifique, ambos os deveres a serem exercidos nos termos do Código do Trabalho e Lei da Proteção de Dados. Já na cláusula 11, as partes negociaram que a empresa tem a obrigação de enviar o conteúdo do relatório anual referente à informação sobre a sua atividade social (Relatório Único) à comissão de trabalhadores e aos sindicatos representativos de trabalhadores da empresa que o solicitem, nos termos da lei vigente e tendo em conta a Lei de Proteção de Dados.

Outro exemplo do mesmo país é o acordo de empresa entre a AGERE – Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, EM e o Sindicato dos Trabalhadores da Administração

²¹⁰ PORTUGAL. **Boletim do Trabalho e Emprego n. 1 de 08 de janeiro de 2021. Acordo de empresa entre a Exide Technologie, Ltda e o Sindicato das Indústrias Elétricas do Sul e Ilhas - SIESI.** Disponível em: <https://www.fiequimetal.pt/images/Contratacao/AE-Exide-2021.pdf>. Acesso em 28 out. de 2023.

Pública e de Entidades com Fins Públicos – SINTAP e outro.²¹¹ Neste instrumento coletivo constata-se a utilização de normas abertas para a defesa dos direitos fundamentais da personalidade, o que alarga a possibilidade de conservação desses direitos nos mais variados casos práticos. Vejamos o teor da cláusula 4ª do acordo coletivo citado:

Cláusula 4.ª Reserva da intimidade da vida privada 1- As partes devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, devendo designadamente guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. 2- O direito à reserva da intimidade da vida privada compreende quer o acesso, quer a divulgação de aspetos relativos à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente atinentes à vida familiar, afetiva e sexual, ao estado de saúde, às convicções políticas e religiosas ou à filiação sindical.

Além do acordo coletivo afirmar uma proteção ampla aos direitos da personalidade em sua cláusula 4ª, as cláusulas 5ª, 7ª e 9ª, prescrevem uma série de limitações ao tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores pelo empregador, nos seguintes termos:

Cláusula 5ª. Proteção de dados pessoais. 1- A empresa não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações respeitantes à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação. 2- A empresa não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações respeitantes à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação. 3- As informações relativas à saúde ou ao estado de gravidez previstas no número anterior são prestadas a médico que só pode comunicar à empresa se o candidato a emprego ou o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade. 4- A empresa cumprirá, relativamente aos dados pessoais dos trabalhadores, o previsto na regulamentação legalmente aplicável. [...]

Cláusula 7ª. Meios de vigilância à distância. 1- A AGERE não pode utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador. 2- A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens, a gestão da frota em serviço externo ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem. 3- Nos casos previstos no número anterior, a AGERE deve informar o

²¹¹ PORTUGAL. **Boletim do Trabalho e Emprego n. 1 de 08 de janeiro de 2021. Acordo de empresa entre a AGERE - Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, EM e o Sindicato dos Trabalhadores da Administração Pública e de Entidades com Fins Públicos - SINTAP e outro.** Disponível em http://bte.gep.msess.gov.pt/completos/2021/bte1_2021.pdf. Acesso em 28 out. de 2023.

trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra -se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo. 4- A adoção de meios de vigilância à distância estará sujeita à regulamentação em cada momento em vigor no âmbito da proteção de dados pessoais e demais regulamentação aplicável. [...]

Cláusula 9ª. Utilização de dados biométricos. A empresa só pode proceder ao tratamento de dados biométricos se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir e observando a regulamentação em cada momento em vigor no âmbito da proteção de dados pessoais e demais regulamentação aplicável.

Na busca de uma perspectiva da realidade brasileira, realizamos uma pesquisa junto ao sistema MEDIADOR, da Subsecretaria de Relações do Trabalho, para verificar quais instrumentos coletivos vigentes tratariam do tema LGPD no estado do Ceará. Utilizando como dados de busca todos os tipos de instrumentos coletivos em vigência, com abrangência municipal, intermunicipal e estadual, e com palavra de busca “LGPD”, foram encontrados 13 instrumentos coletivos que tratam do tema.²¹²

Dos instrumentos coletivos encontrados, os de registros CE00124/2023, CE000122/2023, CE00291/2023, CE00551/2023, CE000001/2023, CE001167/2022, CE000005/2023, CE000003/2023 e CE000280/2023, possuíam a mesma redação, de caráter genérico, voltados a informar que as empresas deveriam observar a LGPD, o que é desnecessário pelo próprio caráter impositivo da norma, além de autorizações para tratamento de dados pessoais conferidas pelo sindicato em nome dos titulares de forma abstrata, sem finalidade específica. Vejamos o teor da cláusula coletiva repetida nos 9 instrumentos coletivos:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMEIRA - APLICAÇÃO DAS DIRETRIZES DA LGPD – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A partir da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – lei nº13.709/2018, BR) e nos limites previstos no art. 611-A da CLT, as partes comprometem-se a respeitar todas as disposições da LGPD no tratamento de dados pessoais, em especial os princípios da finalidade, adequação, necessidade e transparência previstos na referida lei.

Parágrafo primeiro - No contexto de suas atividades, a empresa trata dados pessoais, inclusive dados pessoais sensíveis, de empregados(as) e seus dependentes para concessão de benefícios, gratificações, incentivos, adicionais, assistências, auxílios, procedimentos administrativos, movimentações, promoção, desempenho das funções legais da empresa no contexto das relações sindicais aplicáveis e demais atividades. O(a) empregado(a) reconhece que o tratamento de seus dados pessoais é essencial a realização destas atividades, autorizando desde já seu tratamento nos limites legais, e

²¹² Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo>. Acesso em 28 out. de 2023.

que a ausência ou incorreção de seus dados poderá impossibilitar a concessão de alguns benefícios e cumprimento de obrigações legais.

Parágrafo segundo - Com relação aos benefícios concedidos e dependentes menores de 12 (doze) anos de idade, o(a) empregado(a) entende que o consentimento de um dos pais ou do responsável legal é essencial para possibilitar o tratamento de dados pessoais da criança e, conseqüentemente, a concessão do benefício.

Parágrafo terceiro - Em razão da relação sindical, a empresa quando solicitada deverá transferir os seguintes dados pessoais do(a) empregado(a) ao sindicato: dados relativos as contribuições aos sindicatos dos(as) empregados(as), relação nominal dos descontos aplicados, nome, matrícula, local de trabalho e valor descontado, bem como quando do exercício em atividades na modalidade de teletrabalho, o e-mail corporativo para fins de acesso a sua base. Fica autorizado pelos(as) trabalhadores(as) a transferência, à empresa, de dados pessoais fornecidos aos sindicatos, quando houver necessidade. Tanto o sindicato como a empresa tratarão os dados pessoais única e exclusivamente para a realização de suas atividades, respeitando as respectivas posições.

Parágrafo quarto - O sindicato tratará os dados pessoais recebidos da empresa única e exclusivamente para realização de suas atividades na posição de controlador, limitando as finalidades de tratamento aquelas estritamente necessárias ao cumprimento de suas atribuições legais, bem como aquelas decorrentes deste Acordo e se compromete a fazê-lo respeitando todos os requisitos e obrigações dispostos na legislação em vigor, em especial, na LGPD.

Instrumentos coletivos não devem servir como meros repetidores de textos legais. Sua função é de trazer melhores condições aos trabalhadores, mesmo que essa melhoria ocorra pelo sacrifício de direitos em prol de outros, tais como o da diminuição de salários em troca da garantia de empregos em épocas de crise econômica.

A celebração uma cláusula sem especificidade, que não considera as peculiaridades de cada setor produtivo, que ignora os tratamentos realizados pelas diferentes empresas e em diferentes segmentos econômicos, que é alheia aos tipos de dados pessoais e ao volume de dados tratados, bem quanto ao uso de tecnologias disruptivas e invasivas, pelos empregadores certamente não conferem uma maior e melhor garantia de proteção aos titulares.

Como já declinado nesse estudo, a adequação às normas de proteção de dados pessoais é um caminho que deve ser pautado na realidade, com observância ao caso concreto. É preciso realizar uma análise mínima dos processos, da taxonomia dos dados pessoais, e dos riscos aos direitos e liberdades individuais que podem decorrer do tratamento realizado. Ao que se constata pela pesquisa realizada, os sindicatos estão distantes de conseguirem exercer o seu papel de fiscalização e proteção dos trabalhadores em matéria de privacidade e proteção de dados pessoais.

Não se desconhece a dura realidade financeira dos sindicatos após a reforma trabalhista de 2017, a qual cancelou a principal fonte de custeio das suas atividades. Certamente a falta de recursos financeiros contribuiu para o adormecimento dos sindicatos para a realidade do mercado e do trabalho 4.0.

Porém, novos meios de atuação devem ser buscados, e talvez com a atuação mais digital e assertiva dos entes sindicais, os custos de manutenção das suas atividades possam ser diminuídos. Ademais, com o envolvimento digital dos trabalhadores com o sindicato haverá um maior engajamento, o que poderá refletir em um maior desejo de contribuir com a manutenção da luta e dos serviços sindicais por parte dos trabalhadores.

Os sindicatos não poderão ignorar essa nova esfera de direitos e deveres entre empregados e empregadores, tampouco os seus deveres de adequação às normas de proteção de dados pessoais.

O sindicato é um importante ator trabalhista, com papel de destaque dado pela Constituição, e deve estar atento à proteção dos dados pessoais dos trabalhadores representados, especialmente quando a realidade contemporânea é de pouca importância com esse tema tão sensível.

Em pesquisa divulgada pelo Grupo Daryus, uma consultoria especializada no tema, utilizando dados de setembro de 2022, concluiu-se que 80% das empresas nacionais ainda não estão plenamente adequadas à LGPD. 35% delas informaram estarem parcialmente adequadas e 24% na fase inicial do processo de adequação. Muito embora o grupo da pesquisa não tenha sido grande, apenas 200 organizações foram pesquisadas, ela abrangeu 27 estados brasileiros, em 16 áreas de atuação e 34% dos pesquisados possuem mais de 4 mil empregados, o que demonstra ser um útil para fins estatísticos.²¹³

Isso significa que na esmagadora maioria dos empregadores, os trabalhadores ainda se encontram em total abandono frente aos riscos do tratamento dos seus dados pessoais sem qualquer tipo de atenção aos preceitos da LGPD, em especial à fiscalização e controle internos.

Muito embora a LGPD tenha adotado o multisetorialismo na sua constituição, criando o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, reforçamos que apenas 2 membros do CNPD são de entidades representativas do setor laboral, enquanto 3 são de confederações sindicais representativas das categorias econômicas do setor produtivo, e 2 pertencem a entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais.

A representatividade dos trabalhadores na proteção dos dados pessoais é nitidamente pequena em relação às demais representações de outros setores sociais, dentre os quais do setor produtivo, tornando ainda mais urgente que os sindicatos atuem no papel de fiscalização externa judicial e administrativa, de forma até complementar à ANPD.

²¹³ IDESP. Maturidade de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais no Brasil. Disponível em: <https://materiais.idesp.com.br/pesquisa-protecao-e-privacidade-de-dados>. Acesso em: 14 out. 2023.

Sem esse despertar digital os sindicatos não conseguiram exercer de forma plena as suas funções na fiscalização e defesa dos seus representados, e serão certamente engolidos e relegados a funções menores pelo capitalismo de dados.

É necessário, por questão de sobrevivência, que os sindicatos permaneçam firmes na sua trilha histórica de resistência, de proteção e de negociação por melhores condições de trabalho e de vida, mas que estejam abertos às mutações da sociedade, das relações de trabalho e de toda a realidade dinâmica e complexa que se impõe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado da pesquisa realizada, pode-se apresentar respostas aos questionamentos que deram origem ao presente trabalho. Após entender a origem da proteção de dados pessoais e sua ligação íntima com a privacidade, foi possível distinguir ambas e traçar um desenvolvimento temporal e qualitativo da legislação sobre a proteção de dados pessoais.

Sobre este foco, constatou-se que inicialmente a proteção dos dados pessoais objetivou regular a autorização para a criação de bancos de dados sobre os indivíduos, direcionando suas forças para a análise da tecnologia utilizada, para, em um segundo momento, prestigiar o titular como ator principal na tutela da sua privacidade, ainda com o pensamento da privacidade como de uma liberdade negativa.

Com o desenvolvimento da tecnologia, já em uma sociedade de massas e da informação, o grande fluxo de dados pessoais em circulação tornou a proteção executada principalmente através do titular, com fundamento maior da autodeterminação informativa, obsoleta.

As limitações cognitivas do titular, combinadas às modernas técnicas de tratamento realizadas em larga escala, opacas tanto em suas lógicas subjacentes quanto em suas limitações ao uso e finalidades, assim como a existência de situações onde o titular não possui uma verdadeira liberdade de escolha, ocasionaram o esgotamento da autodeterminação informativa, posto que o indivíduo não possui mais a capacidade para exercê-la de forma substancial. Disso decorreu do entendimento que o titular já não era minimamente capaz de exercer sua autodeterminação e nem de fiscalizar os múltiplos tratamentos realizados diariamente, muitos dos quais sob a sua total ignorância.

Com o aumento do poderio econômico e tecnológico dos agentes de tratamento, foi necessário uma mudança do eixo de proteção, passando então as normas de proteção dos dados pessoais a restringirem a própria liberdade do titular em fornecer os seus dados de qualquer forma. Passou-se a exigir dos agentes de tratamento uma maior responsabilidade e a adoção de princípios e regras para os tratamentos.

Exigir dos agentes de tratamento critérios legais e procedimentais mínimos para exercerem as suas atividades marcou a mudança do pensamento do modelo utilizado para da proteção dos dados pessoais, não retirando o titular do palco, mas colocando-o como um coadjuvante, ao lado de outros grandes atores, tais como os próprios agentes de tratamento e as autoridades independentes em matéria de proteção de dados.

O Brasil acompanhou esse caminho de desenvolvimento e melhoria da legislação e da doutrina protetiva, através do estabelecimento de uma política de proteção da privacidade e dos

dados pessoais. A LGPD, último e maior movimento do estado brasileiro para a proteção dos dados pessoais, trouxe para o Brasil o pensamento da 4ª geração de leis sobre a matéria.

A LGPD foi pensada para ser uma lei dinâmica, que pudesse fazer frente às rápidas e incontáveis mudanças dos cenários social e tecnológico. Para tanto, lançou-se mão aos princípios como sua principal fonte normativa, os quais, através de seu conteúdo aberto e valorativo, serão (re)interpretados em conformidade com as decisões políticas da sociedade, como normas vivas que trarão proteção e desenvolvimento ao corpo social, de acordo com a necessidade em cada época própria. O direito é um objeto cultural, devendo ser interpretado conforme a realidade do seu tempo.

Tanto a LGPD como o Direito do Trabalho são normas de princípios, muitos deles constitucionais, com as quais os hermenutas podem trabalhar com liberdade - não absoluta, moldando-as para dar respostas aos diferentes questionamentos e às necessidades que a modernidade e o ambiente social, em constante mutação, lhes trouxeram. Essa escolha da norma pelos princípios como elemento jurídico de destaque é o primeiro ponto de semelhança da proteção de dados com as normas trabalhistas, essas últimas sendo “visceralmente um processo de princípios”.²¹⁴

Um segundo ponto de semelhança entre as normas de proteção de dados e as trabalhistas é a origem comum na proteção do hipossuficiente e do tecido social democrático. Se uma nasceu para regular as relações de trabalho e preservar o sistema capitalista, a outra veio como um instrumento de proteção dos direitos e liberdades fundamentais do homem, preservando a trama social da extrapolação do próprio sistema capitalista, hoje evoluído em um capitalismo de dados, líquido, que flui em quantidade e velocidade jamais vistos antes, a um custo social que já se sabe ser alto, mas que ainda não encontrou fronteiras. Ambas atuam como instituições, que diminuem as incertezas nos cenários onde atuam.

São normas de direitos sociais em sentido amplo e destinação mediata, mas que possui como destinatários imediatos os titulares e os trabalhadores. Sendo normas de natureza protetiva, e estando o trabalhador em condição de hipervulnerabilidade, em virtude da dupla qualificação de empregado e titular dos dados, a hermenêutica a ser utilizada deve ser protetiva, multifacetária e complexa. Deve ser filosófica por considerar um todo, não limitando-se a um breve recorte da realidade.

²¹⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos do processo do trabalho**: bases científicas e sociais de um processo de princípios e equidade para a tutela de direitos fundamentais do trabalho. Malheiros. São Paulo, 2010. p. 50.

A utilização da nova hermenêutica na interpretação das normas protetivas do trabalho e dos dados pessoais é necessária para o atingimento dos seus mandamentos constitucionais e seu dever social. Tratando-se de normas de direitos fundamentais, sua interpretação demanda a união concretizante de vários princípios interpretativos tais como da unicidade da constituição, da proporcionalidade, da harmonização e a utilização do método de interpretação conforme a constituição para as leis infra constitucionais.

Ao debruçar-se sobre uma situação de Direito do Trabalho que envolva a proteção de dados pessoais, não deverá o interprete exercer seu processo cognoscente distinguindo-os em partes. É preciso percebê-los como *unitas multiplex*, como sistemas parciais ou unidades que organizam a pluralidade e multiplicidade em um sistema maior – o todo, que por sua vez, através da dinâmica e dos relacionamentos ocorridos na complexidade do todo, formulam e modificam as próprias unidades.

Sendo uma realidade complexa, o pensamento do hermeneuta deve ser igualmente complexo, multifacetado, no sentido de tentar perceber o todo que envolve a questão em análise, mesmo sabendo que jamais a realidade será apreendida na sua integralidade, pois sempre haverá variáveis sequer percebidas pelo sujeito, e outras que ainda irão surgir durante o processo relacional, posto que a complexidade é dinâmica.

O direito fundamental à proteção de dados, muito embora tenha destaque e autonomia, traz consigo inegáveis zonas de contato com outros direitos fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da privacidade, do livre desenvolvimento da personalidade, entre outros. É, pois, um direito que serve de apoio a vários outros, lhes garantindo a sua observância e respeito, e coexistindo com eles, uma vez que os dados pessoais são projeções do sujeito e de sua personalidade.

O problema da utilização do consentimento como hipótese legal na relação de emprego se mostrou claro e atual. Não há como se garantir que o consentimento tenha todas as características que demanda para ser substancial em uma relação de desigualdade estrutural e natural à própria relação de emprego.

O consentimento não deve ser mero instrumento de legalidade formal, mas que permita, no maior alcance possível, o conhecimento pelo titular do que está sendo fornecido, a sua finalidade específica e especialmente os riscos e as salvaguardas que pode esperar do tratamento dos seus dados a ele proposto.

Mesmo que na atual conjuntura dos tratamentos de dados pessoais em massa este conhecimento seja impossível na sua forma plena, cabe aos agentes garantirem, dentro das suas

possibilidades, que as informações repassadas aos titulares sejam as mais claras e completas possíveis.

Como instrumentos para a solução do problema do consentimento na relação de emprego, foram apresentadas três possibilidades através a criação de modelos de responsabilidade e destinação dos tratamentos, sendo: (i) a finalidade de atingimento do princípio da progressão social; (ii) da criação de um microssistema de proteção destinado aos empregados; (iii) a realização do relatório de impacto à proteção dos dados pessoais pelos controladores.

Tratam-se de soluções baseadas em boas práticas, e que vinculam a utilização dessa base legal pelos empregadores a situação de um ganho ao titular/empregado na sua progressão social, bem como à criação de instrumentos jurídicos-procedimentais para aumentar a segurança dos trabalhadores em face dos riscos decorrentes, bem como para documentar as condutas empresariais para fins de fiscalização e responsabilização.

As soluções apresentadas trazem maior segurança jurídica aos empregados para o tratamento de dados baseado na hipótese do conhecimento, bem como asseguram aos trabalhadores uma maior atenção por parte dos empregadores na identificação e mitigação dos riscos do tratamento, e das finalidades esperadas.

Por fim, como instrumento de concretização da proteção dos dados pessoais nas relações de emprego, identificamos na *accountability* o princípio mestre para que se exerça a sindicabilidade dos tratamentos de dados levados à efeitos pelos agentes de tratamento. A *accountability*, também designado por princípio da responsabilidade e prestação de contas, pulveriza a responsabilidade da fiscalização entre titulares, governo e os agentes de tratamento, conferindo amplo poder discricionário aos agentes de tratamento para definirem o que seria adequado do ponto de vista de proteção aos tratamentos de dados pessoais por eles realizados.

A obrigação de apresentar instrumentos hábeis a garantir, e de pensar na privacidade e na proteção do dados pessoais dos titulares, é somada ao dever de prestar contas, no sentido de exhibir e demonstrar a eficácia das medidas técnicas e procedimentais existentes.

O rastro das boas práticas, os documentos produzidos, os procedimentos levados à efeito, e tantos outros elementos necessários para dar concretude ao *accountability*, serão os maiores instrumentos que disporão os diversos agentes de fiscalização das relações de trabalho, cada um em seus papéis institucionais.

Em razão de suas competências constitucionais para a fiscalização e a defesa do Direito do Trabalho e suas múltiplas relações, a matéria merece destaque nas atuações do MPT, do SFIT e dos entes sindicais, cada um no desempenho de seus respectivos papéis institucionais.

A ANPD deverá elaborar diretrizes gerais para a defesa dos dados pessoais dos trabalhadores subordinados, tais como limites de tratamento durante a fase de seleção, inclusive na fase embrionária de divulgação das vagas, ou para fins de avaliação profissional, progressão dentro da empresa, e até para fins de rescisões contratuais.

Para atingir o equilíbrio entre os interesses em jogo, o multisetorialismo na constituição do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade traz capilaridade às discussões, possibilitando o embate de diferentes ideias e preocupações para a construção de normativos que possam ser exequíveis pelas partes.

Mecanismos tecnológicos e procedimentais para salvaguarda e mitigação dos riscos aos dados pessoais dos empregados e seus dependentes foram apresentados como de extrema importância, e devem ser estruturados *interna corporis* nos agentes de tratamento das relações de trabalho, não apenas para observação do dever legal, mas dentro de sua própria responsabilidade social, mandamento material da constituição e da democracia.

Os critérios podem ser criados através da ANPD, ou por meios dos empregadores/agentes de tratamento, de forma individual ou setorial, considerando as particularidades das operações de tratamento em setores específicos da economia.

Sem minimizar a importância dos demais, os entes sindicais tem vital importância no papel regulatório, fiscalizatório e de proteção dos trabalhadores. O sindicato serve de escudo ao trabalhador, seja individualmente ou no seu coletivo, postulando administrativa e judicialmente na defesa impessoal dos interesses dos trabalhadores. Evita a pessoalidade do empregado hipossuficiente e subordinado na busca por seus direitos, ou pela progressão social.

A multiplicidade das posições processuais que os sindicatos podem assumir, legitimidade *ad causam* e *ad processum*, o leque de ações judiciais que podem interpor, bem como sua legitimidade para atuação institucional junto aos empregados e empregadores lhe permitem exercer um necessário trabalho de democratização das relações sociais trabalhistas.

A auto-regulamentação de empresas e setores acerca da proteção dos dados pessoais dos trabalhadores pode ser realizada através de acordos e convenções coletivas, com força normativa e várias características importantes, tais como a da prevalência do negociado sobre o legislado e o princípio da autodeterminação coletiva.

Constatou-se a falta de preparo técnico dos sindicatos, e a ausência de atenção a esse assunto tão importante nos instrumentos coletivos celebrados no ano de 2023 no estado do Ceará, até o momento do encerramento desse trabalho. É impositivo o despertar dos entes sindicais para o tema, trabalhando inicialmente a sua própria adequação, para em seguida atuar

na proteção do direito à proteção dos dados pessoais dos seus representados junto aos seus empregadores e até terceiros que possam tratar os dados pessoais dos trabalhadores.

Tal esforço demanda investimentos no conhecimento técnico do tema, e financeiro para custear os procedimentos necessários para o atingimento de tal objetivo. Trata-se de investimento, e não custo, posto que a própria sobrevivência dos sindicatos no capitalismo de dados e na indústria 4.0 dependem desse olhar e atuação nesse novo cenário. Em um mundo digital, de relações digitais, a atuação dos sindicatos em suas diversas possibilidades poderá aproximá-los dos seus representados, gerando um interesse maior de participação e contribuição dos empregados, e um (re)avivamento da ação sindical.

Como resposta à pergunta problema que moveu a presente pesquisa encontramos que a concretude do direito fundamental da proteção aos dados pessoais dar-se-á de forma complexa, através de diversos procedimentos a serem adotados por diversos agentes em atuação nas relações laborais.

Para além da lei, é imprescindível a criação e manutenção de uma cultura de proteção de dados pessoais nas relações de labor subordinado, em uma atuação democrática, objetivando o alcance dos valores constitucionais envolvidos, sem sacrifício dos direitos e liberdades fundamentais dos empregados.

O presente trabalho teve como objetivo apresentar um novo conhecimento para ser aplicado por empregadores e empregados, agentes de tratamento, órgãos de fiscalização das relações de trabalho e de representação dos trabalhadores, servindo ainda àqueles que vivenciam em suas rotinas profissionais a eclosão de situações relacionadas ao tema, como magistrados e advogados.

Atingindo esse objetivo, a pesquisa serve como um guia para diferentes abordagens acerca da proteção dos dados pessoais dos empregados, servindo como referência para ações de fiscalização, processos de adequação, mitigação de riscos, e fonte de conhecimento.

Mais do que uma matéria teórica, a proteção de dados pessoais é prática, procedimento e repetição. Os avanços tecnológicos não param, os riscos ao homem e à sociedade são maiores a cada dia e não encontraram limites, se é que um dia encontrarão.

Caberá ao homem, através das suas escolhas políticas, impor limites ao uso da tecnologia, interpretar constitucionalmente os conflitos que forem levados à sua análise decisória. Pertencerá à sociedade decidir que tipo de ambiente e futuro existirá na revolução 4.0, se seremos rebanho a fornecer a matéria prima dessa nova indústria, ou se seremos os seus senhores, aptos a governá-la de forma a receber os melhores frutos por ela gerados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJUNWA, Ifeoma. The “black box” at work. **Big Data & Society**, Londres, Reino Unido, v. 7, n. 2, p. 1-6, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1177/2053951720938093>. Acesso em 12 out 2023.
p. 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/346272905_The_black_box_at_work.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 3, p. 37-63, jul./set. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/34299>. Acesso em: 21 maio 2023.

ARAÚJO, Adriane Reis de et al. (coord.). **O uso de dados pessoais e inteligência artificial na relação de trabalho: proteção, discriminação, violência e assédio digital**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro, 2014.

BERNHARDT, Annette; KRESGE, Lisa; SULEIMAN, Reem. **Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights**. Berkeley: UC Berkley Labor Center, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada. Disponível em: https://brunobioni.com.br/home/wp-content/uploads/2019/09/Bioni-Luciano_O-PRINCIPIO-DA-PRECAUCAO-A7A-3O-PARA-REGULACAO-A7A-3O-DE-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-1.pdf. Acesso em: 03 maio 2023.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da accountability**. Rio do Janeiro: Forense. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil**. Enunciado 409. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/213>. Acesso em: 27 de abril de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.552 de 27 de dezembro de 2002.** Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo28. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Conheça o Brasil - População EDUCAÇÃO.** Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html#:~:text=Tamb%C3%A9m%20em%202019%2C%2046%2C6,4%25%2C%20o%20superior%20completo>. Acesso em: 21 maio 2023.

BRASIL. **Resolução CD/ANPD Nº 2, de 27 de janeiro de 2022.** Aprova o Regulamento de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019#wrapper>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 6.387 MC/DF.** Relatora Min. Rosa Weber, j. 24/04/20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 823.** Leading Case: RE 883642. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4758938&numeroProcesso=883642&classeProcesso=RE&numeroTema=823>. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1119.** Leading Case: ARE 1293130. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6021120&numeroProcesso=1293130&classeProcesso=ARE&numeroTema=1119>. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 933-49.2012.5.10.0001.** Rel. Min. Maria Helena Mallmann, j. 25/02/2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 83-60.2015.5.17.0141.** Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 13/11/2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. res. Coimbra: Almedina. 1993.

CARNEIRO, Felipe. O produto é você. **Veja,** 26 out. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/o-produto-e-voce/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP. What Good and Effective Data Privacy Accountability Looks Like: Mapping Organisations' Practices to the CIPL

Accountability Framework. Disponível em https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_accountability_mapping_report__27_may_2020__v2.0.pdf. Acesso em 22: jun. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA, Direção-Geral das Redes de Comunicação, Conteúdos e Tecnologias, **Orientações éticas para uma IA de confiança**. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/2686>. Acesso em: 28 out. 2023.

CORASA, Eugênio Delmaestro. **Capitalismo baseado em dados e a proteção do trabalhador**: investigações para uma utilização coletiva de ferramentas de proteção de dados dos trabalhadores no Brasil. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/46944>. Acesso em 12/10/2023.

DIJCK, José van. Confiamos nos dados? As implicações da datificação para o monitoramento social. **Matrizes**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 39-59, jan./abr. 2017.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2020.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de dados. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 30 set. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHARRI, Miquel. 150 demissões em um segundo: os algoritmos que decidem quem deve ser mandado embora. **El País**, 10 out. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/tecnologia/2021-10-10/150-demissoes-em-um-segundo-assim-funcionam-os-algoritmos-que-decidem-quem-deve-ser-mandado-embora.html>. Acesso em: 12 out. 2023.

EKBIA, Hamid R.; NARDI, Bonnie. **Heteromation, and other stories of computing and capitalism**. Cambridge: MIT Press, 2017.

EQUIPE CATHO EMPRESAS. O que é a contratação data-driven e como fazê-la? **Catho**, 27 set. 2022. Disponível em: <https://paraempresas.catho.com.br/contratacao-data-driven/>. Acesso em: 10 out. 2022.

FOLLONI, André. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências / Complexity, law and legal norms as emergencies. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 905-941, jun. 2017. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21901/20596>. Acesso em: 30 abr. 2023.

FRAGA, Renê. As 15 citações notáveis de Eric Schmidt. **Discovery**, 28 out. 2010. Disponível em: <https://googlediscovery.com/2010/10/28/as-15-citacoes-notaveis-de-eric-schmidt/>. Acesso em: 22 out. 2022.

GOULART, Guilherme. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo: Databrokers e score de crédito. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 107, set.-out. 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

IDESP. Maturidade de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais no Brasil. Disponível em: <https://materiais.idesp.com.br/pesquisa-protecao-e-privacidade-de-dados>. Acesso em: 14 out. 2023.

KANTAR. **Kantar BrandZ: 2021 most valuable global brands**. London: Kantar Brandz, 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos do processo do trabalho: bases científicas e sociais de um processo de princípios e equidade para a tutela de direitos fundamentais do trabalho**. Malheiros. São Paulo, 2010.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Modelos de negociação coletiva no Direito Comparado do Trabalho**. Trabalho final da pesquisa de pós-doutorado no PPGD/UFPE, sob a orientação do professor Ivo Dantas. Recife: UFPE, 2021.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

LIMA, Francisco Gérson Marques de; SILVA, Carlos Eduardo Pinheiro. O Direito Comparado como Fonte do Direito do Trabalho: um breve estudo sob a ótica do artigo 8^a da CLT. **Revista Jurídica do Banco do Nordeste**, Fortaleza, 2023. p. 125-141. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/revista-juridica/2023>. Acesso em 15 out 2023.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Algumas notas sobre a invocação do princípio da “livre concorrência” nas relações tributárias. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28, n. 2, p. 61-81, jul./dez. 2008.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo, ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MAYER-SCHOENBERGER, V.; CUKIER, K. *apud* DIJCK, José van. Confiamos nos dados? As implicações da datificação para o monitoramento social. **Matrizes**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 39-59, jan./abr. 2017. p. 41. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-8160.v11i1p39-59>. Acesso em: 09 out. 2022.

MELO, Tatiana Massaroli; Fucidji, José Ricardo. Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos. **Revista de Economia Política**, v. 36, n. 3, p. 622-645, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/178247>. Acesso em 27 maio 2023.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **Proteção de dados para além do consentimento**: tendências de materialização, in: Tratado de proteção de dados pessoais, Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORAIS JÚNIOR, Ricardo Antonio Maia de. **Accountability e direito fundamental à proteção de dados pessoais enquanto limites ao uso da inteligência artificial na relação de emprego**. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Direito), Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2023.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva. 1996

NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction**: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. New York: Crown, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Protection of workers' personal data**. 1997. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS_107797/lang--en/index.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. 1980. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0188>. Acesso em: 26 mar. 2023.

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**, n. 249, 2021.

RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/35794>. Acesso em: 08 out. 2022.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÁ, Stefano. Persona, riservatezza, identità. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano CV, n. 4, p. 583-609, dic. 1997.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. São Paulo: Forense, 2018.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas; acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2022.

SCHEIN, Edgar H. **Guia de sobrevivência da cultura corporativa**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Carlos Eduardo Pinheiro. LGPD: tratamento de dados pessoais pelo empregador e direito à informação do empregado. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de (org.). **Direito do Trabalho: entre o arcaico e o moderno**. Fortaleza: Excola Social, 2022.

TONIAZZO, Daniela Wendt. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados e o Problema da Assimetria Informacional: soluções a partir da cláusula geral da Boa Fé Objetiva. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Board. **Data Protection impact assessments High risk processing**. 2018. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/data-protection-impact-assessments-high-risk-processing_en. Acesso em: 17 out. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Guidelines on Consent under Regulation 2016/679**. Disponível em: http://portaldaprivacidade.com.br/wp-content/uploads/2017/12/wp29_consent-12-12-17.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na aceção do artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE**. Disponível em: https://www.uc.pt/site/assets/files/475840/20140409_wp_217_parecer_6_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95.pdf. Acesso em 5 de junho 2023.

VARGAS TESTA, J.; CENCI, E. M. **Universalização de direitos trabalhistas: uma proposta de avanço no papel da Organização Internacional do Trabalho**. *Scientia Iuris*, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 155–180, 2015. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/23239>. Acesso em: 15 out. 2023.

VIANA, Rafaela Gomes; LEITE, Vanessa Gomes. **As nuances normativas da boa-fé e suas consequências jurídicas.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e64860da9a624836>. Acesso em: 23 de abril 2023.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do Capitalismo de vigilância.** A luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Tradução George Schalesinger. Nova York: Editora Intrínseca, 2021. Edição digital.