



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

LARA RODRIGUES DE QUEIROZ TAVARES

**TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE
TRABALHO: o vício do consentimento do empregado**

RECIFE

2023

LARA RODRIGUES DE QUEIROZ TAVARES

**TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE
TRABALHO: o vício do consentimento do empregado**

Monografia final de curso apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito Civil; Privacidade e Proteção de Dados; Direito do Trabalho; Direito Internacional Público.

Orientador: Prof.^ª Dr.^ª Carlo Benito Cosentino Filho

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Tavares, Lara Rodrigues de Queiroz.

Tratamento de dados pessoais no contexto das relações de trabalho: o vício do consentimento do empregado / Lara Rodrigues de Queiroz Tavares. - Recife, 2023.

57 f.

Orientador(a): Carlo Benito Cosentino Filho

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Privacidade e Proteção de Dados. 2. Direito do Trabalho. 3. Consentimento. 4. Direito Civil. I. Cosentino Filho, Carlo Benito. (Orientação).
II. Título.

340 CDD (22.ed.)

LARA RODRIGUES DE QUEIROZ TAVARES

**TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE
TRABALHO: o vício do consentimento do empregado**

Monografia final de curso apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: 29 / 03 / 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Carlo Benito Cosentino Filho (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Dr. Hugo Cavalcanti Melo Filho (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer à minha mãe, Alexandra, o maior exemplo de mãe que eu poderia ter na minha vida, ao meu pai, de quem eu herdei todas as minhas características “advocáticas”, ao meu irmão, que me serviu e serve de laboratório para aprender, em ambiente controlado, os desafios que o mundo pode me oferecer, e aos meus avós, que são minha base. Todos eles me ensinaram muito do que eu sei e do que eu sou, são minha inspiração, e sem eles eu jamais teria chegado até aqui.

Aos meus tios, tias e primos, por todo o apoio, e o amor incondicional que recebi e recebo deles sempre. Em especial, gostaria de agradecer à minha tia-madrinha, Patrícia, por todo o amor que ela me doa sem pedir nada em troca, e à minha prima-irmã, Adriana, que me apoia incansavelmente, esteve ao meu lado durante toda a minha preparação para o vestibular e foi essencial para a minha aprovação, além de ser um exemplo para mim desde que tive idade suficiente para admirar alguém.

A Rafael, meu namorado e parceiro a quase 5 anos, que me acompanhou diariamente em todos os desafios vencidos e perdidos, todas as dificuldades, os fracassos, as alegrias e vitórias que enfrentei nesses anos de faculdade. Agradeço por você ter sido a minha âncora, me prendendo à realidade e não permitindo que eu perdesse a cabeça, e por todo o apoio, os conselhos, e o amor que compartilhamos nesses anos.

A Zezé, meu cachorro, que esteve comigo em todos os momentos de escrita desta monografia, seja deitado ao meu lado me fazendo companhia, ou interrompendo meu fluxo de pensamentos enquanto me dava a patinha porque queria que eu fizesse carinho, ou, ainda, brabo comigo porque eu estava agarrando-o nos momentos em que estava cansada demais de ficar na frente do computador e fazia pausas para descansar.

A todos os amigos que fiz nessa caminhada, que a deixaram muito mais leve. Em especial, um enorme agradecimento a Carol Santiago, que esteve colada comigo do início ao fim e foi absolutamente essencial em todos os momentos, sendo meu principal apoio para enfrentar todas as dificuldades que surgiram no meu caminho, sem ela minha graduação teria sido completamente diferente, e certamente muito mais solitária.

A todos os meus amigos da vida, que me fazem uma pessoa melhor, mais feliz, e me permitem momentos maravilhosos de descontração. Em especial, agradeço a Gabriela, que é parte essencial de mim e permanece grudada comigo desde o maternal, e a Celina, que foi o

maior presente que o ensino médio poderia ter me dado. Ambas me tornam diariamente uma pessoa melhor, e foram essenciais para me tornar quem eu sou hoje.

Gostaria de agradecer de maneira especial Gabriela Magalhães, uma mulher e amiga fantástica, que o universo jogou na minha vida de uma forma super aleatória, mas que mudou completamente o rumo da minha graduação. Obrigada por ser um dos maiores (se não o maior) exemplos de profissional que eu tenho, obrigada por me ensinar tanto, por ter acreditado tanto na ideia do Leão do Norte (o meu maior orgulho da graduação), e por ter me proporcionado experiências tão fantásticas.

Ao escritório Colares Advogados, representado pelas pessoas de Débora e Rodrigo, pelo valioso suporte que me concederam em minha trajetória profissional. Sou grata por ter tido a oportunidade de me desenvolver e aprender com demandas de alta complexidade e uma equipe tão preparada. A experiência que obtive e os ensinamentos que me foram passados no escritório sobre a matéria de proteção de dados foram essenciais para a escolha do tema desta monografia. Em especial, agradeço a Giovana, Giovanna, Luana e Renato, amigos que fiz no escritório e são constantemente colocados na situação de ouvintes dos meus desabafos, obrigada por me apoiarem tanto.

A todos os meus professores da graduação, que me apresentaram ao mundo jurídico e me ensinaram grande parte do que eu sei hoje.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Carlo Benito Cosentino Filho, pelas excelentes aulas de prática trabalhista, que me inspiraram a escrever este trabalho na área. Sou grata pela confiança depositada no meu trabalho e por todo apoio e dedicação na orientação deste trabalho de conclusão de curso.

RESUMO

O direito à proteção de dados pessoais veio ganhando destaque com o avanço da tecnologia e as mudanças que ocorreram na sociedade no sentido de, cada vez mais, transformar o dado pessoal em mercadoria. No Brasil, a matéria ganhou mais força com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, que trouxe diversas regras para o tratamento de dados pessoais e gerou, para a grande maioria dos agentes de tratamento, uma necessidade de adaptação. Uma das principais mudanças trazidas pela lei é a necessidade de justificar o tratamento de dados pessoais em bases legais pré-estabelecidas, dentre as quais encontra-se o consentimento, este que, para ser válido, deve cumprir alguns requisitos e exige que o controlador tome algumas medidas de precaução. O consentimento tem a sua aplicação em diversos âmbitos, a depender da atividade de tratamento realizada, mas em alguns cenários existem dúvidas quanto à possibilidade da sua utilização, como no contexto das relações de trabalho, essencialmente assimétricas. Este trabalho pretende se desdobrar sobre conceitos basilares de proteção de dados e das relações trabalhistas, buscando perceber seus aspectos mais relevantes, compreender de que forma a LGPD regulou a base legal do consentimento e, por fim, analisar se o consentimento fornecido pelo empregado ao seu empregador é ou não acometido de vício e se pode ser utilizado como base legal para justificar a atividade de tratamento do controlador.

Palavras-chave: Dados Pessoais; Direito do Trabalho; Consentimento.

ABSTRACT

The right to the protection of personal data has been gaining prominence with the advancement of technology and the changes that have occurred in society in order to increasingly transform personal data into merchandise. In the Brazilian context, the subject gained more strength with the entry into force of the General Law of Data Protection, which brought several rules for the treatment of personal data and generated, for the vast majority of the data controllers and processors, a need for adaptation. One of the main changes brought by the law is the need to justify the processing of personal data on pre-established legal bases, among which is the consent, which, to be valid, must meet some conditions and requires the controller to take some precautionary measures. Consent has its application in several areas, depending on the processing activity performed, but in some scenarios there are doubts as to the possibility of its use, such as in the context of labor relations, which are essentially asymmetrical. This paper intends to focus on basic concepts of data protection and labor relations, seeking to understand their most relevant aspects, to understand how the Brazilian General Law of Data Protection regulated the legal basis of consent and, finally, to analyze whether the consent provided by the employee to his employer has validity and can be used as a legal basis to justify the controller's processing activity.

Keywords: Personal Data; Employment Law; Consent.

LISTA DE ABREVIACÕES

ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
EDPB	Conselho Europeu de Proteção de Dados
GDPR	General Data Protection Regulation
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
LIA	<i>Legitimate Interests Assessment</i>
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
WP 29	Grupo de Trabalho do Artigo 29º

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	12
2.1 Definições iniciais	12
2.2 Princípios basilares para a proteção dos dados pessoais	15
2.3 Bases legais para o tratamento de dados pessoais	19
3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	26
3.1 Relação de emprego.....	26
3.2 Vulnerabilidades do empregado	28
3.3 Princípios do direito do trabalho	30
3.4 Empregado hipersuficiente	31
3.5 O tratamento de dados pessoais nas relações de emprego.....	33
3.5.1 Relação pré-contratual.....	34
3.5.2 Relação contratual.....	35
3.5.3 Relação pós-contratual.....	38
4 A UTILIZAÇÃO DA BASE LEGAL DO CONSENTIMENTO PARA TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO	39
4.1. O caminho percorrido pelo consentimento na regulamentação do direito de proteção de dados pessoais na Europa e no Brasil	39
4.2. Requisitos e características da base legal do consentimento	42
4.3. O vício do consentimento fornecido pelo empregado	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O direito à proteção de dados pessoais vem ganhando uma relevância cada vez maior na sociedade da era digital. Isso ocorreu porque, com o avanço da tecnologia e a maior facilidade de coletar e armazenar dados, surgiu uma preocupação cada vez maior com o uso de informações pessoais como mercadoria, o armazenamento excessivo e a utilização dos dados pessoais para o cometimento de crimes, a exemplo da realização de golpes.

O avanço da tecnologia e, junto a isso, o aumento exponencial do uso de dados pessoais, afetou diretamente a economia mundial. Foi em razão disso que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), organismo internacional multilateral cujo principal objetivo é promover o progresso econômico e o comércio mundial, emitiu duas diretrizes de grande relevância sobre a matéria de proteção de dados: a “*Privacy Guideline*”, em 1980, e a “*Declaration on Transborder Data Flows*”, em 1985.

As diretrizes foram desenvolvidas com o objetivo de estabelecer orientações para a regulamentação do direito à proteção de dados pessoais pelos países-membros, e trouxeram alguns princípios a serem utilizados como base para a criação de um ambiente regulatório uniforme. Bioni (2019, p. 119) ressalta a relevância que era dada ao titular de dados, citando que dentre os oito princípios trazidos pelas *guidelines* da OCDE “a metade deles faz alusão expressa ao titular de dados. Um deles é inclusive nomeado como princípio da participação individual”.

As orientações sobre a regulamentação do direito de proteção de dados trazidas pela OCDE influenciaram a criação de leis de proteção de dados em todo o mundo, estando dentre elas a Convenção 108 do Conselho da Europa, na década de 1980. Duas décadas depois, em 1995, a União Europeia adotou a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais (95/46/EC), a qual estabeleceu regras de proteção de dados pessoais para todos os estados-membros, deixando clara a importância de assegurar aos titulares de dados o controle sobre suas informações pessoais (BIONI, 2019).

Futuramente, a diretiva europeia foi reformada, e o direito comunitário europeu adotou o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), com entrada em vigor em maio de 2018, que é considerado, hoje, uma referência mundial na proteção de dados pessoais. Foi influenciado pelas disposições das regulações europeias de proteção de dados que o legislador

brasileiro elaborou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), lei de proteção de dados brasileira, que entrou em vigor no segundo semestre de 2020.

Antes da elaboração da LGPD, o ordenamento jurídico brasileiro já possuía algumas leis setoriais que regulavam, de forma independente, o tratamento de dados pessoais. Dentre tais leis, possuíam grande relevância na matéria o Código de Defesa do Consumidor, que disciplinou os bancos de dados e cadastro de consumidores em seu art. 43, a Lei do Cadastro Positivo, que regulou a formação de bancos de dados no contexto do tratamento de dados relacionados a operações financeiras para fins de concessão de crédito e o Marco Civil da Internet, que dispõe especificamente sobre o direito à proteção da privacidade e dos dados pessoais (BIONI, 2019).

Todas as regulamentações europeias, desde as *guidelines* da OCDE até a GDPR, assim como as leis setoriais brasileiras e a LGPD, tinham como um de seus objetivos principais dar ao titular de dados um protagonismo em relação ao tratamento dos seus dados pessoais. Esse objetivo foi alcançado por meio da base legal do consentimento, que recebeu ajustes com o passar do tempo para se tornar cada vez mais adequada às necessidades que decorreram da sua utilização na prática.

No que diz respeito especificamente ao contexto brasileiro, a LGPD influenciou diretamente diversas áreas do direito. Algumas já haviam sido introduzidas ao tema anteriormente, como o direito do consumidor, com o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet, mas outras áreas, a exemplo do direito do trabalho, se viram de frente a vários desafios e dúvidas relacionados à aplicação das novas regras trazidas pela LGPD.

No contexto das relações de trabalho, diversos dados dos empregados são necessariamente tratados pelo empregador, havendo não só exigências legais de que algumas atividades de tratamento sejam realizadas como também situações nas quais o tratamento é necessário para possibilitar determinadas atividades do empregador, sejam elas inerentes ou não ao contrato de trabalho.

Nesse contexto, os empregadores tiveram que realizar diversas adaptações com a entrada em vigor da LGPD, sendo uma delas a necessidade de indicar uma base legal adequada para cada atividade de tratamento realizada com os dados dos seus empregados. Dentre as várias

bases legais, uma gerou maior debates quanto à sua aplicação no contexto das relações de trabalho: o consentimento.

Sendo a assimetria entre empregador e empregado uma característica intrínseca da relação trabalhista, e considerando que dentre os requisitos estabelecidos pela LGPD para atestar a validade do consentimento está o fornecimento de uma manifestação livre por parte do empregado, torna-se de grande importância analisar se o consentimento fornecido pelo empregado ao empregador está, ou não, acometido de vício. É esta a problemática na qual este trabalho irá se debruçar.

Com base no exposto, esta monografia encontra-se dividida em três capítulos. O primeiro deles apresenta os aspectos basilares da proteção de dados pessoais, em especial os princípios e as principais regras dispostas na LGPD, possibilitando uma maior compreensão de como a matéria foi regulada no Brasil e sua influência no dia a dia dos agentes que realizam o tratamento de dados pessoais no país.

O segundo dedica-se, inicialmente, a um estudo sobre as características intrínsecas às relações trabalhistas, para, em um segundo momento, demonstrar de que forma a estrutura particular dessas relações influencia na aplicação das regras de proteção de dados pessoais no contexto do trabalho, em especial no que diz respeito à utilização de bases legais para justificar o tratamento dos dados do empregado pelo empregador.

Por fim, o terceiro capítulo analisará de forma mais específica as principais características da base legal do consentimento, buscando compreender a sua aplicação no contexto das relações trabalhistas e verificar a possível existência de um vício inerente ao consentimento fornecido pelo empregado ao seu empregador.

2 O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Para melhor compreensão do tema aqui proposto, é necessária a realização de uma análise introdutória sobre os conceitos básicos de proteção de dados. Com isso, objetiva-se compreender os princípios que norteiam todos os preceitos dispostos na LGPD, bem como as principais disposições da lei, que afetam diretamente na compreensão da análise que virá a seguir, quando for examinada a sua aplicação direta nas relações trabalhistas.

2.1 Definições iniciais

Ao tratar de proteção de dados pessoais, faz-se necessária a compreensão do que seriam esses “dados pessoais” e de como eles se diferem de outros dados existentes. A LGPD traz, em seu art. 5º, I, que dados pessoais são “informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018).

Desse modo, não é todo tipo de informação que será considerada dado pessoal, mas apenas as que possam, seja direta ou indiretamente, levar à identificação de uma pessoa natural. Sendo assim, são exemplos de dados pessoais desde os dados mais comuns, como nome, dados de identidade, endereço, dados de contato e data de nascimento, até dados como interesses pessoais, hábitos, preferências, interações em sites na web, IP do aparelho utilizado e compras realizadas. Todos os dados citados podem identificar uma pessoa natural, seja de forma direta, como no caso do nome completo e dos dados de identidade, ou de forma indireta, a partir da união de mais de um dado pessoal, como pela junção de interações em sites na web com o IP do aparelho utilizado (ANPD, 2021).

O inciso II do art. 5º da LGPD dispõe, ainda, sobre o conceito de dado pessoal sensível, qual seja o dado pessoal que, quando vinculado a uma pessoa natural, se refere à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico (...)” (BRASIL, 2018). Os dados pessoais sensíveis possuem disposições específicas na LGPD, que exigem um maior cuidado, por parte do controlador, para realizar operações de tratamento que envolvam os tipos dados citados no inciso II.

Isso ocorre em razão da associação inerente entre os dados considerados sensíveis e os direitos fundamentais dos titulares, aumentando em muito os riscos relacionados ao uso de tais

dados (ANPD, 2021). O dito risco se relaciona, inclusive, ao fato de que o tratamento dos dados que constam na lista do inciso II do art. 5º da LGPD possui uma maior probabilidade de gerar situações de discriminação ao titular com base em seus dados, a exemplo da sua eliminação de processo seletivo em razão de religião, origem racial ou opinião política.

Ambos os incisos I e II do art. 5º da LGPD definem dados pessoais como sendo os dados relacionados ou vinculados a “pessoa natural”. Pessoas naturais são, assim, as “donas” dos dados pessoais, chamadas também de “titulares de dados”, conceito este que é definido pelo inciso V do art. 5º da LGPD como sendo a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento” (BRASIL, 2018). Considerando o exposto, sabe-se que os titulares de dados só poderão ser pessoas naturais, não havendo que se falar de dados pessoais de pessoas jurídicas (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

Havendo compreendido o que são dados pessoais, torna-se essencial discorrer sobre o que significa realizar o “tratamento de dados pessoais”. A LGPD preconiza, no inciso X do art. 5º, que tratamento será

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 (BRASIL, 2018).

O rol definido pela LGPD é meramente exemplificativo, trazendo uma definição bastante ampla, que abrange quaisquer operações realizadas com dados pessoais, incluindo até mesmo a simples visualização de um dado pessoal ou o acesso a ele, independentemente do seu armazenamento (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

Os incisos VI a VII do art. 5º da LGPD trazem à tona as definições de quem seriam os agentes de tratamento, i.e. o “controlador” e o “operador”, e o seu inciso VIII define quem seria o encarregado. Tais atores são essenciais para compreender a matéria de responsabilidades no tratamento de dados pessoais. Para além da lei, a ANPD publicou, em 2022, a segunda versão do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, detalhando ainda mais tais conceitos.

O controlador, conforme inciso IV do art. 5º, é “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” (BRASIL, 2018). Desse modo, é controlador quem atua de acordo com os próprios interesses e

toma as principais decisões sobre o tratamento de dados, tais quais as finalidades dos tratamentos, a contratação e instrução do operador e a comprovação da licitude do consentimento do titular quando essa for a base legal adequada (ANPD, 2022).

O operador, por outro lado, é definido pelo inciso VII do art. 5º como a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Portanto, o operador se diferencia do controlador por possuir um poder de decisão bem limitado, pois só poderá agir naquilo que estiver dentro dos limites impostos pela finalidade indicada pelo controlador.

A ANPD (2022, p. 17) explica, em seu guia orientativo, que dentre as obrigações dos operadores estão: “(i) seguir as instruções do controlador; (ii) firmar contratos que estabeleçam, dentre outros assuntos, o regime de atividades e responsabilidades com o controlador; (iii) dar ciência ao controlador em caso de contrato com suboperador.”.

É importante destacar que, no caso de controladores que são pessoas jurídicas, as pessoas naturais que atuam como profissionais subordinados a eles não se confundem com um operador, pois este deverá ser uma entidade distinta do controlador (ANPD, 2022).

Destaca-se, também, que um mesmo agente de tratamento poderá ser operador e controlador de diferentes operações de tratamento ao mesmo tempo. Isso porque a definição do seu papel está atrelada ao tratamento específicos de dados, não a uma característica própria (ANPD, 2022). Ainda, pessoas naturais poderão ser controladoras, mas não se enquadrarão como tal nos casos em que, conforme o art. 4º, I, realizem o tratamento de dados para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

Por fim, um outro ator de extrema importância no âmbito do tratamento de dados pessoais é o encarregado de dados, definido pela LGPD, em seu art. 5º, VIII, como sendo a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a ANPD.

O artigo 41º da LGPD, ainda, torna obrigatória a indicação, pelo controlador, de um encarregado pelo tratamento de dados pessoais. Apesar de a LGPD não especificar, a ANPD (2022) indicou que o encarregado poderá ser uma pessoa física ou jurídica, funcionário da organização ou agente externo, e recomendou a sua indicação por um ato formal, a exemplo de um contrato de prestação de serviços ou um ato administrativo.

A ANPD definiu em seu guia orientativo que o encarregado possui, dentre outras, a atribuição de promover, dentro da organização, a cultura de proteção de dados pessoais, impulsionando o conhecimento sobre o tema. Esse estímulo pode ocorrer, por exemplo, a partir do treinamento e de orientações fornecidas aos funcionários no que diz respeito às boas-práticas a serem seguidas para estar em conformidade com a LGPD (ANPD, 2022).

2.2 Princípios basilares para a proteção dos dados pessoais

Ainda que já existissem aspectos da LGPD regulados por outras legislações brasileiras, tais quais a Lei do Acesso à Informação e o Código do Consumidor, a preocupação com a proteção de dados e a sua regulação é algo muito recente no Brasil, e é possível dizer que também o é no mundo como um todo.

Em razão disso é que, ao incorporar normas de proteção de dados dispostas na GDPR para a criação da lei brasileira, o legislador escolheu elaborar a LGPD com um conteúdo de natureza aberta, com normas gerais, que dão uma maior flexibilidade à lei para se adaptar às necessidades da sociedade. É daí que surge a imensa importância dada aos princípios que foram estabelecidos pela lei, utilizados como parâmetro para interpretar todas as suas disposições e encontrar melhores respostas para situações que a lei não tenha previsto.

Os princípios estão dispostos no artigo 6º, caput e incisos I ao X da LGPD, e iniciam pela boa-fé, descrita no caput do art. 6º, que é tida como o primeiro dos princípios, servindo de norte para todos os outros e irradiando para a lei como um todo. A boa-fé possui como requisitos a existência de um padrão ético, que siga o dever de lealdade e justiça. Não é suficiente, para este princípio, que seja meramente cumprida a lei, já que ele exige uma análise crítica interna, para que seja avaliado se as medidas tomadas estão de acordo com parâmetros éticos e de justiça (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

O princípio da finalidade, regulado pelo inciso I do art. 6º da LGPD, diz que, para que sejam tratados dados pessoais, é necessário que seja estabelecida finalidade específica para cada tratamento, não sendo possível o tratamento para finalidades amplas e genéricas. Além da necessidade de ser específica, a finalidade deverá também ser legítima e explícita, e deve ser informada ao titular.

Para além disso, caso o controlador decida utilizar os mesmos dados pessoais, coletados para uma finalidade específica, para uma outra finalidade, ele deverá analisar se a nova

finalidade é compatível com a original, pois caso contrário será necessário enquadrar o tratamento em uma base legal diversa e informar ao titular do novo tratamento.

De acordo com Palhares, Prado e Vidigal (2021, p. 133) para analisar o nível de compatibilidade deve-se realizar uma análise considerando os seguintes pontos:

- i) a distância da relação existente entre a finalidade original e a nova; ii) a legítima expectativa do titular de que aquele novo tratamento seria realizado, e o contexto do tratamento; iii) os dados que estão sendo tratados, aumentando o risco no caso dos dados sensíveis, e os impactos aos titulares de dados em razão da nova finalidade; e iv) as medidas implementadas pelo controlador para mitigar riscos e garantir o tratamento justo.

O princípio da adequação, presente no art. 6º, II da LGPD, complementa o princípio da finalidade ao indicar que não apenas deve existir uma finalidade para cada tratamento, como também tal tratamento precisa ser o mais adequado para a dita finalidade, não sendo possível realizar a mesma finalidade por meios menos invasivos. Palhares, Prado e Vidigal (2021, p. 134) dizem que “o princípio da finalidade traz o alerta de que o tratamento posterior não seja incompatível, ao que o princípio da adequação arremata: mais do que afastar a noção de incompatibilidade, deve-se evidenciar a compatibilidade”, e a evidência deve ser feita não só para a nova finalidade, como também para a original.

O inciso III do art. 6º da LGPD regula o princípio da necessidade, o qual tem relação direta com a finalidade e a adequação. Isso porque, ao definir a finalidade de determinado tratamento e analisar se este é o mais adequado à finalidade escolhida, deve-se avaliar se os dados tratados são necessários para alcançar os objetivos pretendidos. Fala-se aqui em minimização dos dados, devendo-se coletar apenas os que forem estritamente necessários para a finalidade, e descartar os que forem desnecessários.

Vale ressaltar, ainda, quanto a este princípio, que não será possível, por exemplo, o armazenamento de dados pessoais utilizados para determinada finalidade para que talvez, no futuro, eles venham a ser úteis novamente, já que os dados deverão ser mantidos apenas enquanto forem necessários para a finalidade pretendida (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

O princípio do livre acesso, regido pelo art. 6º, IV da LGPD tem o objetivo de garantir a autodeterminação informativa do titular, já que torna obrigatório que o controlador possibilite o acesso do titular aos seus dados pessoais que estejam sendo tratados. A possibilidade de acesso coloca o titular de dados em um lugar de protagonismo, permitindo que ele tenha

controle do uso dos seus dados pessoais por terceiros, e possa exigir ao controlador o cumprimento dos seus direitos (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

O artigo 6º, V da LGPD traz à tona o princípio da qualidade dos dados, para o qual os dados pessoais tratados devem ser exatos, claros, relevantes e atualizados. O objetivo desse princípio é evitar que o titular de dados sofra algum prejuízo em razão do tratamento realizado com dados pessoais que não possuam tais atributos, como dados desatualizados.

Palhares, Prado e Vidigal (2021) alertam, entretanto, para os casos em que a integralidade dos dados na forma que estavam quando foram coletados precisa ser mantida, seja para a comprovação de um diagnóstico médico ou opinião legal ou, ainda, em casos de pesquisas históricas e estatísticas. Desse modo, nesses casos deve haver uma ponderação quanto à aplicação do princípio, devendo adequá-lo ao caso concreto.

O princípio da transparência, regulado pelo inciso VI do art. 6º da LGPD, está diretamente relacionado ao livre acesso, sendo também essencial para que o titular possa assumir o controle dos seus próprios dados pessoais e facilitando a sua autodeterminação informacional. Isso porque este princípio exige que sejam repassadas ao titular de dados informações claras, precisas e facilmente acessíveis. Em consonância com tal entendimento, Palhares, Prado e Vidigal (2021, p. 138) dizem que:

(...) como analisa Thiago Sombra, "a transparência, enquanto fundamento ontológico do direito de acesso, desponta como base para o desdobramento de outros direitos como o direito de retificação, o direito de exclusão, o direito de revisão de decisões automatizadas e o direito de portabilidade". Indo além, entendemos que a transparência, do ponto de vista do agente de tratamento de dados, funciona como espécie de filtro quanto à razoabilidade e à licitude da atividade. Ora, se o ente que realiza o tratamento de dados não sente o conforto necessário para expor suas atividades de tratamento de forma transparente e aberta publicamente, ressalvadas as hipóteses de sigilo admitidas pelo Direito, tal fato deveria servir para trazer dúvida sobre a própria licitude da atividade. Portanto, a transparência é um dos principais meios de se atingir a conformidade em matéria de proteção de dados, servindo não só ao titular de dados, mas também ao agente de tratamento no juízo sobre a licitude de suas atividades.

Sendo assim, não estarão de acordo com a LGPD as políticas ou avisos de privacidade, ou quaisquer documentos que objetivem repassar informações aos titulares, que estejam escritos em uma linguagem rebuscada, de difícil compreensão, ou que possua ambiguidades ou obscuridades. Os agentes de tratamento deverão ir além do óbvio e buscar meios mais adequados e transparentes de fornecer aos titulares as informações necessárias, as quais estão disciplinadas no artigo 9º da LGPD (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

O art. 6º, VII da LGPD traz o princípio da segurança, que exige a aplicação, pelos agentes de tratamento, de medidas de segurança apropriadas ao tratamento realizado, para a devida proteção dos dados pessoais, evitando assim possíveis incidentes de segurança. As medidas deverão ser avaliadas de acordo com o caso em concreto, a depender de fatores como a quantidade de dados tratados, os tipos de titulares de dados e a complexidade do tratamento (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

A LGPD não cita quais medidas de segurança seriam adequadas, mas indica no artigo 46, §1º que a ANPD será responsável por disciplinar quais são os parâmetros mínimos necessários. A Autoridade publicou, em outubro de 2021, o Guia Orientativo Sobre Segurança da Informação para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte, que, apesar de impor parâmetros mínimos apenas para os agentes de tratamento de pequeno porte, trouxe mais clareza quanto ao que a Autoridade provavelmente irá cobrar em termos de medidas de segurança adequadas.

O princípio da prevenção, disposto no art. 6º, VIII da LGPD, abarca a necessidade de uma atuação proativa dos agentes de tratamento, de analisarem os riscos antes de iniciar a operação de tratamento e, após analisados, tomarem medidas para a devida mitigação de tais riscos (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021, p. 140). Desse modo, o foco deve ser antecipar os riscos por meio de avaliações e tomar medidas preventivas para mitigá-los.

O artigo 6º da LGPD traz, ainda, em seu inciso IX, o princípio da não discriminação, que está diretamente associado à classificação de alguns tipos de dados pessoais como sensíveis, conforme já explicado anteriormente. Este princípio objetiva proteger os titulares de dados de discriminações injustas ou abusiva por parte dos agentes de tratamento, que utilizem como fundamento discriminatório os seus dados pessoais, a exemplo da demissão de funcionário em razão do exercício de atividades sindicais.

Se faz importante destacar, em contraponto, a observação feita por Palhares, Prado e Vidigal (2021, p. 138), na qual os autores defendem a ideia de igualdade material, citando a máxima aristotélica para auxiliar na compreensão de que a atividade de tratamento poderá limitar o acesso a produtos e serviços nas situações nas quais for possível justificar o ato em um ideal de justiça e legalidade:

É preciso ressaltar que nem toda espécie de discriminação é injusta e deve ser condenada, uma vez que a própria noção aristotélica de igualdade pressupõe tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Logo, é possível que a atividade de tratamento de dados pessoais produza resultados

que limitem ou condicionem o acesso a produtos e serviços por parte de titulares, desde que tais se sustentem sob a ótica da justiça e legalidade.

Por fim, o princípio da responsabilização e prestação de contas, trazido pelo inciso X do art. 6º da LGPD, embasa diversos artigos da lei que impõem a produção de documentações e provas que demonstrem uma proatividade real da empresa em direção ao cumprimento dos dispositivos da LGPD (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

Desse modo, trata-se da obrigação que os agentes de tratamento possuem de efetivar medidas internas para a construção de uma verdadeira cultura de proteção de dados dentre todos os setores da empresa. Deve-se, entretanto, ter atenção ao que Palhares, Prado e Vidigal (2021, p. 142) chamaram de “fenômeno dos programas de privacidade “de papel””, situações nas quais o agente de tratamento está formalmente em conformidade, por meio de políticas e procedimentos internos, mas na prática tais políticas e procedimento não são aplicados, tornando-se programas superficiais. Estes não são, desse modo, suficientes para que o agente de tratamento esteja em compliance com a LGPD.

2.3 Bases legais para o tratamento de dados pessoais

O tratamento de dados pessoais, desde o mais simples ao mais elaborado, poderá ocasionar violações aos direitos e liberdades fundamentais dos seus titulares, seja em casos de ocorrência de incidentes de segurança ou no próprio tratamento discriminatório dos dados pelo controlador. Em razão disso, a LGPD, inspirada na GDPR, e com base na experiência europeia como um todo, definiu que os dados pessoais só poderão ser tratados nas hipóteses trazidas pelos artigos 7º e 11º da lei, as chamadas “bases legais”, todas hierarquicamente equivalentes entre si (VIOLA; TEFFÉ, 2021).

O inciso I do art. 4º da LGPD dispõe sobre a base legal do consentimento, pela qual o agente de tratamentos só poderá tratar dados pessoais mediante o fornecimento de consentimento pelo titular. Esta é tida como a mais famosa dentre todas as bases legais, isso porque ela foi, por muito tempo, considerada a única base legal possível, principalmente no que diz respeito aos dados em ambiente digital, em razão do Marco Civil da Internet, já que este tinha o consentimento como regra geral para permitir o tratamento de dados pessoais (VIOLA; TEFFÉ, 2021).

A ideia de ter o consentimento como base principal, entretanto, gerou um problema na Europa após o surgimento da GDPR, pois os agentes de tratamento se sentiam inseguros de

utilizar quaisquer outras bases legais, muitas vezes inclusive utilizando-as em conjunto com o consentimento. Palhares, Prado e Vidigal (2021, p. 154) discorreram um pouco mais sobre o problema:

Há quem a enxergue, de maneira totalmente despropositada, como única base legal, obrigatória para toda e qualquer atividade de tratamento de dados pessoais (fenômeno similar ao que ocorreu na Europa após a aprovação do GDPR). Em uma linha de pensamento intermediária, há quem diga que - embora o consentimento seja apenas uma das alternativas trazidas pela lei - trata-se da base legal predileta da legislação e, portanto, deve ser considerada hierarquicamente superior às demais. Ambas as interpretações, amplamente propagadas, tem causado considerável dificuldade à aplicação da LGPD no dia a dia empresarial, pois provoca receio quanto à utilização das demais bases legais, mesmo quando perfeitamente aplicáveis.

Ocorre que o consentimento é uma base legal que gera diversos desafios em termos operacionais para os agentes de tratamento, já que em muitas situações não é coerente solicitar ao titular de dados que forneça o seu consentimento, como em situações do tratamento de dados objetivando a prevenção à fraude. Além disso, quando o consentimento é possível, a lei impõe diversos requisitos para que ele seja válido, vindo assim, muitas vezes, a dificultar a sua obtenção, somando-se a isso o fato de que os titulares poderão, a qualquer tempo, retirar o consentimento, o que seria inviável em diversas situações, como no tratamento para a execução de um contrato (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

Desse modo, percebe-se que não há que se falar de consentimento como sendo uma base legal hierarquicamente superior às outras, pois todas são igualmente válidas e eficazes, e poderão ser utilizadas para fundamentar tratamento de dados para finalidades que se enquadrem em cada uma delas.

Conforme o art. 5º, XII da LGPD, para que o consentimento seja válido é necessário que ele seja uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. Desse modo, o consentimento fornecido pelo titular não poderá ser genérico, devendo possuir uma finalidade específica (WAGATSUMA, 2020).

O consentimento, quando obtido por escrito, precisa estar destacado, não sendo possível o seu fornecimento de forma atrelada a documentos que possuam outras finalidades para além do consentimento do titular. Para isso, ele deverá ser apresentado de maneira inteligível, com uma linguagem clara, simples e adequada à compreensão do titular, e o controlador deverá conseguir comprovar não só a existência do consentimento como a validade dele. Ainda, de acordo com Wagatsuma (2020, p. 7):

(...) importante destacar que, justamente pelo caráter de liberdade a ele atrelado, deve ser possível que o consentimento seja revogado a qualquer momento pelo titular, mediante sua manifestação expressa, sempre por procedimento gratuito e facilitado, razão pela qual é importante que o controlador tenha meios aptos (de cunho tecnológico ou não) a realizar a gestão desse consentimento de forma adequada.

O inciso II do art. 7º dispõe sobre a base legal de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, a qual será utilizada nas situações em que, para cumprir com obrigações impostas por lei ou regulamento específico, o controlador necessite tratar dados pessoais, a exemplo da emissão de nota fiscal. Importante ressaltar que a obrigação precisa ser especificamente do controlador, não de terceiros (MAIA, 2020).

A base legal de execução de políticas públicas, prevista no art. 7º, III da LGPD, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais pela administração pública, a qual poderá tratar e compartilhar dados unicamente quando eles forem “necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres” (BRASIL, 2018).

Exemplos de políticas públicas que justificariam o tratamento de dados pessoais, de acordo com Cots e Oliveira (2019), seriam o caso das políticas que objetivam a implementação de saneamento básico, o pagamento de auxílios em geral e o cadastramento de empresas para o recebimento de incentivos fiscais. Vale ressaltar que a LGPD reserva o capítulo IV para detalhar de forma mais específica como deverá ocorrer o tratamento de dados pelo poder público.

A realização de pesquisas normalmente exige um amplo tratamento de dados pessoais, com sua captação, análise e armazenamento. Em razão disso é que a LGPD trouxe, em seu art. 7º, IV, a possibilidade do tratamento de dados pessoais “para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais” (BRASIL, 2018).

A definição de órgão de pesquisa é trazida no art. 5º, XVIII da lei, que possui o seguinte teor:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico (BRASIL, 2018).

Desse modo, resta claro que pessoas jurídicas de direito privados com fins lucrativos não poderão utilizar essa base legal, conforme disposto expressamente na lei. Reitera-se, ainda, que o tratamento realizado com fulcro na presente base legal, assim como em todas as outras, deverá seguir os princípios estabelecidos na lei, tais quais a finalidade, adequação e necessidade (COTS; OLIVEIRA, 2019). É em razão disso que na última parte do inciso IV do art. 7º a lei indica que, quando não for necessária a manutenção dos dados em sua integralidade, sendo possível, por exemplo, a manutenção dos resultados e exclusão dos dados pessoais, deverá ser garantida a anonimização.

O tratamento de dados pessoais também poderá ser realizado com fundamento na base legal de execução de contratos, regulada pelo art. 7º, V da LGPD. Este dispõe que o tratamento poderá ser realizado “quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados” (BRASIL, 2018).

Desse modo, o tratamento de dados poderá ser realizado com fulcro na base legal do inciso V quando ele for necessário para a execução do contrato, e isso não significa que qualquer tratamento que esteja associado a uma relação contratual, ou, ainda, que esteja disposto no contrato, possa ser legitimado pela presente base legal. O tratamento deverá ser necessário para atingir o objetivo principal do contrato, ainda que não esteja expressamente previsto em seu conteúdo (BAXAULI, 2020).

Assim, de acordo com Baxauli (2020, p. 18), para analisar a adequabilidade desta base legal “será necessário: (i) compreender o racional do contrato; (ii) qual o resultado que aquele documento visa atingir; e (iii) entender se o tratamento de dados pessoais é realmente necessário para atingir aquele objetivo.”.

Importante ressaltar que o tratamento de dados pessoais para procedimentos preliminares relacionados a contrato deve ser necessário para a sua realização e derivar diretamente de um momento imediatamente anterior à sua elaboração. Além disso, só poderá ser realizado o tratamento de dados de cujo titular for parte no contrato, jamais de terceiros, e apenas quando dele vier a solicitação de que aquele objetivo contratual seja alcançado (BAXAULI, 2020).

O art. 7º, VI autoriza o tratamento de dados pessoais “para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem)” (BRASIL, 2018). Esta base legal poderá ser utilizada pelo controlador para tratar dados pessoais com o objetivo de subsidiar processos judiciais, administrativo ou arbitral presentes ou a serem movidos no futuro, em prol de direitos do controlador, do titular ou, inclusive, de terceiros.

Poderá, assim, a presente base, justificar a produção de provas, por parte do controlador, para exercer seus direitos em um processo que já exista ou venha a existir futuramente, e para isso ele poderá tratar dados pessoais de terceiros. Além disso, ela também autoriza a retenção de alguns dados pessoais por um período posterior ao término do tratamento de dados originário, já que eles podem vir a ser utilizados em um processo futuro. Importante ressaltar, entretanto, que os tratamentos realizados com fulcro nesta base legal deverão seguir os princípios da LGPD, a exemplo dos da necessidade, finalidade e adequação.

O art. 7º, VII da LGPD regula a base legal de proteção à vida, por meio da qual é possível realizar o tratamento de dados pessoais “para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro” (BRASIL, 2018). Importante dar destaque para o fato de que tal base não só engloba os dados do titular como também de terceiros, dando uma maior abertura para o tratamento, e mitigação do direito à privacidade. Isso ocorre porque, ao balancear o bem jurídico da vida e o da privacidade, a LGPD decidiu privilegiar o primeiro (COTS; OLIVEIRA, 2019).

Relacionada à base legal anterior, a tutela da saúde é regulada pelo art. 7º, VIII, e ela permite o tratamento de dados pessoais “para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária”. A indicação específica de profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária tornam esta uma base legal de uso mais restrito, se limitando ao uso pelos profissionais citados no inciso, no desempenho de suas atividades profissionais.

O legítimo interesse, disposto no inciso IX da LGPD, poderá ser utilizado para justificar o tratamento de dados pessoais “quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais” (BRASIL, 2018). Esta base legal gera vários debates, primeiramente em razão do termo “interesses legítimos”, que possui grande

abertura para subjetividades, e, para além disso, o balanceamento entre “interesse legítimos” e “direitos e liberdades fundamentais do titular” também gera uma gama de possíveis interpretações.

Em razão do exposto a presente base legal é a mais flexível de todas as bases, possuindo um conteúdo aberto a diferentes interpretações. Sendo assim, para diminuir a insegurança jurídica do conteúdo do inciso IX do art. 7º da LGPD, este deverá ser interpretado em conjunto com o art. 10º da mesma lei, já que o primeiro define o legítimo interesse como umas das opções de bases legais para justificar o tratamento de dados pessoais, e o segundo explica de que forma tal aplicação deve ocorrer (BIONI, 2021).

O artigo 10º da LGPD, assim, estabelece balizas para a utilização do legítimo interesse, este que deve ser analisado com base em um balanceamento entre: i) o legítimo interesse do controlador, que deverá possuir finalidades legítimas e ser considerado com base em situações concretas, não em contextos hipotéticos (PALHARES, 2020); e ii) a legítima expectativa dos titulares de dados quanto aos tratamentos de dados, sempre levando em considerações possíveis violações aos seus direitos e liberdades fundamentais.

Para que seja realizada tal análise, deverá ser realizado teste, conhecido na prática europeia como *Legitimate Interests Assessment* (LIA), no qual o controlador deverá passar por 4 fases de análise: i) legitimidade, para analisar se o tratamento será feito para uma situação concreta, e se possui uma finalidade legítima; ii) necessidade, avaliando-se se a situação cumpre os princípios da adequação e da minimização, bem como se não há possibilidade de aplicação de outras bases legais; iii) balanceamento, para verificar a legítima expectativa do titular de dados de que o tratamento será realizado, bem como verificar se seus direitos e liberdades fundamentais serão violados; iv) salvaguardas, buscando-se verificar se o controlador tomou medidas de segurança adequadas, minimizando assim os riscos ao titular de dados (BIONI; KITAYAMA; RIELLI, 2021).

A base legal de proteção ao crédito, regulada pelo art. 7º, X da LGPD, autoriza o tratamento de dados pessoais para “a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente” (BRASIL, 2018). Esta base legal tem como objetivo garantir a higidez do mercado de crédito, e existem duas vertentes de interpretação do seu conteúdo, uma restritiva, que entende pela sua limitação unicamente à oferta de crédito, não sendo possível utilizá-la para todo e qualquer processo de avaliação financeira do titular, e outra extensiva, que

permite uma maior abertura na interpretação para outros casos de análise financeira (GONZAGA, 2020).

3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Apesar de não ter disposto de forma específica sobre a sua aplicação no direito do trabalho, a LGPD é uma norma geral, aplicável a todas as relações jurídicas dispostas na legislação brasileira, incluindo a trabalhista. Tal inserção fica ainda mais clara ao se considerar a ampla gama de tratamentos de dados pessoais dos empregados realizados pelo empregador.

Para compreender de que forma as regras de proteção de dados são aplicáveis ao direito do trabalho, especialmente no que diz respeito às justificativas legais para a realização do tratamento dos dados do empregado, é necessário conhecer as características específicas das relações trabalhistas. O negócio jurídico realizado entre empregador e empregado possui uma particularidade que afeta todo o arcabouço jurídico aplicável a essa relação, incluindo as regras de proteção de dados: o desequilíbrio entre as partes.

Iniciar-se-á, assim, compreendendo as particularidades das relações trabalhistas, e por fim compreender-se de que forma as regras de proteção de dados se aplicam às relações trabalhistas, incluindo uma análise das bases legais utilizadas no tratamento de dados pessoais dentro desse contexto.

3.1 Relação de emprego

A relação entre empregador e empregado é caracterizada pela existência de um contrato de trabalho, este que se configura como um negócio jurídico. A relação de emprego é definida pela prestação dos serviços do empregado, pessoa física, com pessoalidade, de maneira subordinada, não eventual e recebendo como contraprestação do empregador a remuneração (GARCIA, 2018).

A primeira característica, da pessoalidade, vem do fato de que o empregado, que deve ser pessoa física, prestará os serviços de maneira pessoal, sendo proibida a sua substituição por terceiros de maneira frequente.

Além disso, a prestação dos serviços deve ser habitual, não eventual, sendo os serviços permanentemente necessários para a atividade do empregador. Este deve, em troca, fornecer ao empregado a sua contraprestação, em forma de remuneração, caracterizando assim a onerosidade da relação empregatícia (GARCIA, 2018).

Outro aspecto de grande relevância, caracterizador das relações de emprego, é a existência inerente da subordinação. De acordo com Martinez (2018), a subordinação está presente na medida em que o empregador, tomador dos serviços, é responsável pela definição do tempo e do modo de execução da atividade contratada.

A definição do tempo estaria relacionada ao estabelecimento dos horários de trabalho e de intervalo, já o modo de execução, conforme Martinez (2018, p. 177), seria definido por “toda intercessão do tomador na maneira de ser operacionalizada a atividade contratada, resultando uma intromissão consentida pelo prestador nos meios por força dos quais serão alcançados os fins (os resultados da atividade contratada)”.

Considerando a explicação acima, fica claro que a subordinação está diretamente relacionada à existência de poderes inerentes ao papel do empregador. Esta noção está presente no artigo 2º das Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo o qual “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (BRASIL, 1943).

A ideia de que o empregador “dirige” a prestação pessoal de serviço é conhecida na doutrina como poder diretivo ou poder hierárquico. Este poder é dividido por Garcia (2018) em poder de organização, poder de controle e poder disciplinar. O poder de organização está associado ao fato de que, por assumir os riscos da sua atividade econômica, cabe ao empregador definir de que forma o empreendimento irá se organizar, a exemplo da forma de realização das atividades, das funções exercidas e dos horários de trabalho.

O poder de controle permite que o empregador fiscalize a atividade dos empregados, verificando, por exemplo, seus horários de entrada e saída, o cumprimento das regras e regulamentos da empresa e a efetiva realização das atividades a serem executadas. O limite deste controle está na esfera íntima dos empregados, que não pode ser invadida, e na garantia dos seus direitos fundamentais (GARCIA, 2018).

Por fim, o poder disciplinar permite que o empregador aplique punições disciplinares ao empregado caso ocorra o descumprimento de ordens e regras impostas à sua atividade. Tais punições estão relacionadas unicamente à esfera trabalhista, limitando-se à advertência, suspensão ou dispensa por justa causa, estas que são autorizadas pela CLT.

O poder diretivo não é ilimitado, ele possui limitações em leis e nos demais âmbitos do sistema jurídico, devendo sempre estar dentro daquilo que não fere os direitos e garantias fundamentais dos empregados. Havendo o abuso de poder, o empregado poderá se opor e buscar a reparação por quaisquer danos causados a ele em decorrência da infração do empregador (GARCIA, 2018).

A relação de emprego, desse modo, navega em um balanceamento entre a garantia dos direitos do empregado e os poderes do empregador de fazer serem cumpridas as regras estabelecidas por ele para garantir o retorno econômico do seu empreendimento. É uma relação que vive, desse modo, em constante conflito, descrito por Oliveira e Dorneles (2016, p. 28) da seguinte forma:

Na relação jurídica empregatícia, os polos (empregado e empregador) estão em permanente conflito, tendo em vista que seus interesses principais são conflitantes. Esse conflito revela-se na medida em que a máxima satisfação da demanda principal de um dos sujeitos implica, necessariamente, a não satisfação integral da demanda principal do outro sujeito. O empregador visa ganhos econômicos (lucro), o mesmo ocorrendo com o empregado (maiores salários); como o aumento de salários reduz a margem de lucros, e vice-versa, o conflito é permanente.

O conflito, entretanto, historicamente, foi vencido pelo empregador, já que ele possui uma maior facilidade em ter a sua demanda por lucro satisfeita em comparação com os empregados. Em razão disso é que surgiu a necessidade de proteger os direitos dos empregados dentro desta relação, por não ser uma relação equilibrada, pois uma das partes, o empregado, é hipossuficiente e possui diversas vulnerabilidades (OLIVEIRA; DORNELES, 2016).

3.2 Vulnerabilidades do empregado

Oliveira e Dorneles (2016), inteligentemente, subdividiram a situação de vulnerabilidade do empregado em relação ao seu empregador em seis diferentes áreas, a vulnerabilidade negocial, hierárquica, econômica, técnica, social e informacional.

A vulnerabilidade negocial advém do fato de que a relação de trabalho, ainda que contratual, possui um claro desequilíbrio entre a capacidade negocial do empregador, que impõe seus termos para realizar a contratação, e o trabalhador, que precisa aceitar o que foi imposto pelo empregador para ser contratado ou, ainda, para manter o seu emprego. Torna-se muito difícil, assim, que o trabalhador tenha a real possibilidade de discutir com o empregador sobre os termos do seu contrato, ou sobre quaisquer outros temas (OLIVEIRA; DORNELES, 2016).

A vulnerabilidade negocial, entretanto, de acordo com Oliveira e Dorneles (2016), ainda que esteja presente na grande maioria das relações de trabalho, sendo assim uma presunção geral, pode estar em menor grau no caso de empregados altamente especializados, ou com habilidades raras no mundo do trabalho. Nesse caso, eles possuem uma maior capacidade negocial, visto que estão em uma situação mais igualitária com o empregador em comparação com outros empregados, que possuam habilidades abundantes no mercado.

Somando-se a isso, está presente também nas relações de trabalho a vulnerabilidade informacional, que se refere à diferença existente entre trabalhador e empregador quanto ao acesso que possuem à informação. A obtenção de informação, no mundo atual, está diretamente conectada à noção de poder, e a falta de acesso a ela coloca o indivíduo em uma situação de vulnerabilidade (OLIVEIRA; DORNELES, 2016).

Dessa forma, no contexto das relações trabalhistas, enquanto o empregador possui um amplo acesso à informação, seja em relação ao mercado, à localidade da empresa, ao piso salarial ou à mão de obra disponível, por exemplo, os trabalhadores em sua maioria sequer possuem consciência dos seus direitos (OLIVEIRA; DORNELES, 2016). Apóstolides (apud Oliveira; Dorneles, 2016, p. 94) diz que a assimetria de informações, em conjunto com a vulnerabilidade negocial, é especialmente agravada em um contrato de trabalho:

para além da possível preterição dos interesses do trabalhador, verifica-se também, por força da implicação da pessoa do trabalhador na relação laboral, uma especial vulnerabilidade do trabalhador e dos seus direitos fundamentais, representando a contratação um aspecto por vezes vital não só na vida profissional do trabalhador, mas também na sua vida pessoal, familiar e social

Com base no exposto acima, percebe-se a importância do dever de informar, este que é facilmente verificado a partir do princípio da boa-fé objetiva. Isso porque o fornecimento de informação ao empregado auxilia na diminuição do desequilíbrio entre ele e o seu empregador, já que ambos se aproximarão, ainda que minimamente, no que diz respeito aos conhecimentos que possuem (OLIVEIRA; DORNELES, 2016).

Outra vulnerabilidade citada pelos autores é a vulnerabilidade econômica, esta que é inerente à relação de trabalho, já que, enquanto o empregador explora economicamente os frutos do trabalho do empregado, este precisa da remuneração para obter a sua subsistência, acarretando assim uma dependência econômica (OLIVEIRA; DORNELES, 2016).

Por fim, são citadas a vulnerabilidade social e a técnica, a primeira advém da noção de classe social, da consciência de que classe trabalhadora deve ser protegida em relação à classe patronal, pois aquela coloca sua força de trabalho à disposição desta. Já a segunda, mais debatida, vem da ideia de que o empregador não só possui o conhecimento técnico de como desempenhar as atividades, como também indica aos trabalhadores como elas devem ser desempenhadas (OLIVEIRA; DORNELES, 2016).

Ocorre que, atualmente, com a complexificação dos meios de produção, em muitos casos o conhecimento técnico do trabalhador supera em muito o do empregador. Oliveira e Dorneles (2016), entretanto, entendem que, ainda que esses casos existam, especialmente para trabalhadores mais qualificados, não é possível ignorar a vulnerabilidade técnica, já que no mundo de trabalho não existem apenas os postos de trabalho qualificados, mas também os não qualificados, estes que possuem um grau de vulnerabilidade muito maior do que os primeiros.

3.3 Princípios do direito do trabalho

O direito do trabalho, assim como diversos outros ramos do direito, possui princípios próprios, espalhados pela Constituição Federal, CLT, leis esparsas e pela própria doutrina. Os princípios regem todas as normas do direito do trabalho, possuem como objetivo possibilitar a diminuição da desigualdade existente nas relações trabalhistas.

Tomando-se como base as vulnerabilidades do empregado, citadas anteriormente, pode-se constatar que a relação entre empregado e empregador não é equilibrada, em razão da hipossuficiência do empregado e da convergência de interesse de ambos, e desse cenário decorre o princípio da proteção.

Com base nisso, o princípio da proteção busca garantir ao trabalhador direitos mínimos, nunca máximos, e evitar que ele seja explorado em razão da sua posição na relação com o empregador. Foi a partir do princípio da proteção que outros princípios e vários dispositivos da CLT surgiram. De acordo com Oliveira e Dorneles (2016, p. 83):

ao proteger o contratante frágil, os dois grandes princípios da justiça moderna – liberdade e igualdade – combinam-se para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual em favor de outro (favor debilis), compensando a fragilidade de um com as normas protetivas, controladoras da atividade do outro, e resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica.

O princípio da aplicação da norma mais favorável, por exemplo, surgiu da necessidade de proteger o empregado, mais vulnerável, e dispôs que em havendo mais de uma norma aplicável à relação de emprego deve-se aplicar a que for mais favorável ao trabalhador, ainda que ela seja hierarquicamente inferior no sistema jurídico brasileiro (GARCIA, 2018).

Um princípio igualmente relevante para a proteção do trabalhador contra possíveis abusos do empregador é o princípio da primazia da realidade, segundo o qual a realidade dos fatos, quando mais favorável ao empregado, irá prevalecer em relação ao que estiver documentado (OLIVEIRA; DORNELES, 2016). Evita-se, desse modo, que o empregador se utilize de uma documentação criada por ele próprio e assinada pelo empregado, em uma posição de subordinação, para mascarar a realidade dos fatos e prejudicar o empregado.

Outro princípio de grande relevância é o princípio da irrenunciabilidade, segundo o qual as regras trabalhistas, em sua grande maioria, estão revestidas com a indisponibilidade. Dessa forma, o trabalhador não poderá dispor de seus direitos, de modo a ser prejudicado, por meio de negociação individual com o empregador, exceto nos casos em que forem estabelecidas condições mais vantajosas para o empregado.

3.4 Empregado hipersuficiente

O princípio da irrenunciabilidade tem sua aplicação direta no art. 444 da CLT, que trata da impossibilidade de o empregado dispor dos seus direitos dispostos na legislação trabalhista em negociações individuais com o empregador, sendo possível a livre estipulação apenas no que “não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes” (BRASIL, 1943).

Essa regra se aplica apenas às negociações individuais, já que os empregados poderão negociar em posição de igualdade com seu empregador quando ocorrer a participação das entidades sindicais que os representam, porque a sua presença equilibra a relação e permite que o empregado possua uma maior força negocial.

A reforma trabalhista de 2017, entretanto, trouxe uma exceção à limitação dada à livre estipulação entre empregado e empregador, ao trazer à tona a figura do empregado “hipersuficiente”. Este é considerado diferente dos demais por ser portador de diploma de nível superior e receber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O empregado “hipersuficiente” poderá, conforme o parágrafo único do art. 444 da CLT, realizar negociações com o empregador de forma livre, e o acordado prevalecerá sobre o legislado nas hipóteses previstas no artigo 611-A da CLT, a exemplo dos casos em que o negociado dispuser sobre a jornada de trabalho ou do banco de horas anual (MARTINEZ, 2018). Vejamos:

Art. 444 (...) Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 1943)

O Art. 507-A da CLT, após a reforma de 2017, trouxe outra situação na qual a indisponibilidade do direito do empregado é relativizada, mas com um critério ainda menor do que o art. 444, já que exige apenas que o empregado receba uma remuneração superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime de Previdência Social. Cumprindo este requisito, o empregado “hipersuficiente” poderá, por sua iniciativa ou concordância expressa, pactuar uma cláusula compromissória de arbitragem com o seu empregador, afastando a partir disso o judiciário da resolução de quaisquer conflitos trabalhistas que venham a surgir.

Martinez (2018, p. 121) tece críticas às mudanças trazida pela reforma trabalhista em 2017, nas palavras do autor:

É importante ressaltar a evidente mudança radical na perspectiva que se pode ter sobre a proteção destinada ao empregado pelo simples fato de possuir uma retribuição elevada, se comparada com o padrão ordinário dos trabalhadores que recebem um salário-mínimo ou algo mais que isso. Não necessariamente quem recebe um pouco mais frui de mais autonomia. Por vezes o contrário é até mais fortemente evidenciado, pois a garantia do padrão salarial destacado faz com que empregados cômicos das dificuldades de manutenção dos seus postos tornem-se ainda mais submetidos às exigências patronais. O assunto, portanto, merecia uma análise mais cuidadosa com o intuito de ser evitada a generalização que a lei, infelizmente, ofereceu. (MARTINEZ, 2018, p. 121)

Percebe-se, desse modo, com base no trecho acima, que a remuneração do empregado não está diretamente relacionada ao nível de autonomia que ele possui, estando ele em muitos casos, inclusive, em situação de maior vulnerabilidade quando recebe uma remuneração mais elevada. Torna-se difícil, assim, defender a real existência de um empregado hipersuficiente, que tenha liberdade para negociar com seu empregador, sem se preocupar com a utilização dessa prerrogativa, por parte dos empregadores, para explorar o empregado e ferir diretamente os seus direitos.

3.5 O tratamento de dados pessoais nas relações de emprego

As relações trabalhistas envolvem, necessariamente, uma ampla gama de tratamentos de dados pessoais. Seja por obrigações impostas pela lei ao empregador, para permitir que o contrato seja executado, ou para quaisquer outras motivações de interesse do empregador ou do empregado, os dados pessoais do empregado são, necessariamente, tratados pelo empregador (PINHEIRO; BOMFIM, 2020). Giutini et al (2021, p. 15), explica que o empregador possui o direito legítimo de tratar os dados pessoais do empregado, vejamos:

Importante destacar que é legítimo o direito de o empregador coletar dados de seus empregados e candidatos ao emprego, desde que esses dados tenham finalidades legítimas (diretamente relacionada à relação trabalhista) e estritamente necessários para as finalidades informadas – ainda que redundante, importante lembrar que esses dados estão contidos em algum tipo de documento.

Em razão disso, é claro que a LGPD possui aplicação direta nas relações trabalhistas, ainda que não tenha disposição específica sobre o tema. Isso ocorre porque, conforme Pinheiro e Bomfim (2020, p. 49), a LGPD é uma lei “geral” de proteção de dados, devendo assim “espraiar os seus efeitos pelas mais variadas espécies de relações, ostentando autêntica transversalidade.”

Dessa forma, o empregador, como pessoa jurídica e controlador dos dados pessoais tratados, possui diversas obrigações impostas pela LGPD, dentre as quais está a necessidade de definir quais são as bases legais adequadas aos vários tratamentos realizados, nos termos dos artigos 7º e 11º da LGPD.

A deliberação quanto à base legal adequada deverá ser feita de maneira específica, para cada tipo de tratamento, a depender da sua finalidade, dos tipos de dados pessoais tratados e das especificidades do caso concreto. Caso os dados pessoais tratados sejam dados pessoais sensíveis, as bases legais utilizadas deverão constar no art. 11º da LGPD, caso não sejam dados sensíveis, o rol do art. 7º definirá quais bases legais deverão ser utilizadas.

Desse modo, em um mesmo tratamento de dados é possível que exista mais do que apenas uma base legal, a depender dos dados tratados. Exemplo disso é o tratamento de dados pessoais com a finalidade de efetivar a contratação do empregado, que poderá utilizar a base legal de execução de contrato, constante no inciso V do art. 7º da LGPD, para justificar o tratamento de dados como nome, CPF e data de nascimento, bem como a base legal de

cumprimento de obrigação legal, do art. 11º, II, “a”, para o tratamento do exame médico de admissão, exigido pelo art. 168 da CLT.

É importante ressaltar, entretanto, que em casos nos quais o tratamento dos mesmos dados pessoais puder ser enquadrado em mais de uma base legal, é de grande importância que o empregador utilize apenas uma das duas, em específico a que entender ser mais segura e específica, com maior adequação ao caso (PINHEIRO; BOMFIM, 2020).

O tratamento de dados pessoais na relação de emprego, desse modo, se dá tanto na fase anterior à contratação, na realização do recrutamento e seleção, como também no decorrer do contrato de trabalho, onde novos tratamentos podem vir a surgir, e na fase pós-contratual, devendo haver o armazenamento de tais dados para fins previdenciários, possíveis demandas judiciais e para disponibilização aos órgãos públicos de fiscalização (GIUNTINI et al, 2021).

3.5.1 Relação pré-contratual

A fase pré-contratual diz respeito aos processos de recrutamento e seleção de funcionários, estes que exigem a coleta e tratamento de dados pessoais dos candidatos, sejam os dados obtidos pelo currículo, em redes sociais profissionais como o *linkedin* ou, ainda, quaisquer outros dados solicitados com a finalidade aqui descrita (GIUNTINI et al, 2021).

O tratamento de dados pessoais é necessário para finalidade de realizar o recrutamento e a seleção de novos funcionários, e esta é uma fase preliminar à efetivação do funcionário e assinatura do contrato de trabalho. Por esse motivo, este tratamento pode ter como fundamento a base legal do art. 7º, V da LGPD, pois é necessário para a execução de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual é parte o titular (SANKIEVICS; PINHEIRO, 2021).

A decisão quanto à base legal utilizada, entretanto, deve ser feita caso a caso, a depender da situação concreta. No caso, por exemplo, da busca de informações sobre o candidato por meio de suas redes sociais ou de outras fontes públicas, a base legal aplicável poderia ser o legítimo interesse – art. 7º, IX da LGPD. É necessário, nesse caso, realizar um balanceamento daquilo que seria de fato necessário e pertinente à função do candidato, utilizando-se preferencialmente de informações contidas em redes sociais com fins profissionais, afim de evitar que o tratamento recaia na ilegitimidade (GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º, 2017)

Um outro tratamento que é muito comumente utilizado nesta fase de recrutamento é a checagem de antecedentes do candidato, ou *background check*, com o objetivo de verificar se o candidato corresponde, de fato, ao perfil da vaga. Deixando de lado a controvérsia existente quanto à possibilidade da realização desta checagem, em razão dos riscos de práticas discriminatórias injustificadas, faz-se importante analisar em que base legal ela poderia se justificar, quando permitida a sua realização.

É possível que o tratamento de dados pessoais para realização de *background check* tenha como base legal o consentimento. Entretanto, conforme será tratado no Capítulo 3, a validade desta base legal para o cenário das relações de trabalho pode ser questionada. Desse modo, Bioni (2019), traz que o legítimo interesse também pode ser uma base legal apropriada para o caso, a depender da situação concreta, e que nesse caso há uma controvérsia quanto aos dados que são de fato necessários para a efetiva avaliação do candidato, e a partir de que ponto o tratamento torna-se excessivo.

3.5.2 Relação contratual

O contrato de emprego exige, por si só, o tratamento de diversos dados pessoais. Em paralelo à assinatura do contrato, existem diversos requisitos legais para a sua efetivação, a exemplo dos exames admissionais, do envio de dados a órgãos da administração pública, do fornecimento de benefícios obrigatórios ao empregado, da solicitação de informações necessárias ao cargo a ser ocupado, e demais exigências existentes.

Os dados necessários para possibilitar a concretização do contrato de emprego podem ter como base legal o art. 7º, V da LGPD, de execução do contrato. Já as informações coletadas por obrigações instituídas em lei podem se basear, quando forem dados sensíveis, a exemplo de dados de saúde, no art. 11º, II, “a” da LGPD, e, quando forem dados comuns, no art. 7º, II da CLT, ambos referentes ao cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.

Existem, ainda, os benefícios fornecidos pelos empregadores que não são obrigatórios por lei, a exemplo de descontos em academias, custeio de serviços de bem-estar como a terapia e vales direcionados ao entretenimento. Nesses casos, há um interesse legítimo do empregado de receber aquele benefício, e uma legítima expectativa de que seus dados serão tratados para tal finalidade. É possível, desse modo, a utilização da base legal do art. 7º, IX da LGPD, com a ressalva de que os dados utilizados pelo empregador devem ser estritamente necessários ao fornecimento do benefício (BIONI; KITAYAMA; RIELLI, 2021).

Ocorre que a relação de emprego é uma relação permanente, normalmente de longa duração, e o contrato assinado entre as partes não consegue, em razão disso, prever todas as nuances da relação contratual. Durante a relação de emprego podem surgir novas necessidades de tratar dados pessoais, seja, por exemplo, por novas obrigações legais que venham a surgir, pela utilização de imagens dos funcionários para marketing da empresa, ou, ainda, pela utilização de uma nova tecnologia que envolva o tratamento dos dados dos funcionários. Bioni (2019, p. 244) explica de forma clara esta situação:

nos contratos relacionais se faz impossível *presentificar* o futuro da relação contratual, isto é, determinar com precisão todo o seu programa no momento da contratação. O *continuum* dessa relação joga para o futuro a completude do conteúdo obrigacional e, com ele, o seu próprio adimplemento.

Em razão do exposto, o empregador precisa realizar uma nova ponderação sempre que surgir a necessidade de efetuar um novo tratamento de dados pessoais durante a relação contratual. Deverá ser verificada a conformidade do tratamento com os princípios de proteção de dados, e realizada uma análise quanto à base legal apropriada para o cenário.

Em muitos casos, surgirão situações em que a base legal mais indicada seria o consentimento, como no caso da utilização da imagem do empregado para realizar o marketing da empresa. A possibilidade de utilização desta base legal na relação empregatícia, entretanto, é questionável, conforme será trabalhado no Capítulo 3.

Outra finalidade para o tratamento de dados pessoais que possui grande relevância dentro da relação empregatícia é o monitoramento do empregado. A vigilância dentro do ambiente de trabalho se tornou, a partir do início dos anos 1990 e com o maior desenvolvimento das tecnologias informáticas, cada vez mais invasiva à privacidade do empregado. Tal situação se mostrou muito clara em pesquisa realizada em 2007, que revelou que aproximadamente 80% das grandes empresas dos Estados Unidos realizavam o monitoramento de seus empregados em ligações telefônicas, e-mails, arquivos de computador e logs de internet (SANKIEVICS; PINHEIRO, 2021).

O monitoramento do trabalho do empregado por parte do empregador faz parte do seu poder diretivo, especificamente do poder de controle, sendo, desse modo, em sua essência, legítimo (BIONI, 2019). Ocorre que, em muitos casos, direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados dos empregados acabam sendo violados, em razão da utilização de tecnologias que invadem de forma excessiva, desproporcional e desnecessária a sua privacidade. Nas palavras de Sankievics e Pinheiro (2021, p. 509):

A questão está em saber até que ponto a discricionariedade contemplada pelo poder diretivo confere liberdade ao empregador para recorrer a instrumentos de controle e monitoramento que não configurem violação da privacidade e da proteção aos dados pessoais dos trabalhadores.

Desse modo, o monitoramento pode ocorrer, mas deve estar de acordo com os princípios de proteção de dados, em especial os da finalidade, adequação e boa-fé. Sendo excessivo ou desnecessário, poderá ser configurado abuso de poder e o tratamento de dados pessoais pode vir a ser considerado ilícito.

No que diz respeito à base legal a ser utilizada nesses casos, irá depender do tratamento realizado, da finalidade e dos dados tratados. Sankievics e Pinheiro (2021) citam que há uma discussão sobre a necessidade de obtenção de consentimento do empregado para esse tipo de tratamento, ou se o poder diretivo do empregador dispensaria a necessidade de consentimento. No caso de dispensa de consentimento, os autores entendem que a base legal adequada seria, caso o empregador conseguisse demonstrar que o tratamento é necessário para a concretização do contrato, a base legal constante no art. 7º, V da LGPD de execução de contrato.

Bioni (2019), entretanto, traz uma opinião diferente, ao citar que o cenário de monitoramento no contexto europeu é justificado, na maioria dos casos, pela base legal do legítimo interesse, em razão da existência de um alto risco de o consentimento fornecido pelo empregado ser inválido. O autor cita, ainda, a controvérsia que existe quanto a quão intrusivas são as medidas tomadas pelo empregador em relação à privacidade do empregado, e se elas são de fato necessárias.

A questão do monitoramento está diretamente relacionada a outra finalidade de tratamento de grande importância no direito do trabalho, a folha de ponto do empregado. O controle de jornada é obrigatório para empresas com mais de 20 empregados, conforme art. 74, §2 da CLT, e em razão disso a base legal para esse tipo de tratamento poderá ser o cumprimento de obrigação legal (art. 7º, II da LGPD).

Deve haver, entretanto, uma ponderação quanto ao modo como o controle de jornada é realizado, pois caso seja possível, por exemplo, realizar o controle de jornada de forma efetiva por meio de ponto eletrônico, torna-se completamente excessivo realizá-lo por meio de tecnologias como o reconhecimento facial ou biometria, sendo estes dois últimos mais invasivos à privacidade do empregado do que o primeiro (GIUNTINI et al, 2021).

A biometria e o reconhecimento facial são dados biométricos, sendo, desse modo, dados sensíveis. Quando forem tratados, assim, devem ter com base legal um dos incisos do art. 11 da LGPD. Giutini et al (2021) entendem que o tratamento de tais dados poderia ser justificado pela hipótese do art. 11, II, “a” da LGPD, sendo realizado para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, ou na hipótese do art. 11, II, “g” da LGPD, para a garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular.

Importante ressaltar, entretanto, que antes de decidir a base legal que justifica o tratamento de dados sensíveis é necessária a realização de uma ponderação quanto à indispensabilidade do tratamento daqueles dados, devendo, sempre que houver outro cenário possível, evitar a sua coleta.

Outro tratamento de dados pessoais do empregado que pode ocorrer durante a relação de emprego é a investigação interna. Pode-se dizer que o empregado possui uma legítima expectativa de que o empregador possa vir a realizar investigações internas, utilizando-se de seus dados pessoais, quando necessário para averiguar denúncias e tomar as medidas devidas. Esses casos se enquadrariam, possivelmente, na base legal do legítimo interesse - art. 7º, IX da LGPD -, mas nesse caso é exigido do empregador que realize uma ponderação quanto à necessidade e proporcionalidade das medidas tomadas, para evitar um tratamento desproporcional ou desnecessário (BIONI, KITAYAMA, RIELLI, 2021).

3.5.3 Relação pós-contratual

A legislação trabalhista impõe ao empregador diversas obrigações de guarda de documentos, exigindo que ele tenha em mãos provas do cumprimento de todos os direitos dos empregados, a exemplo de documentos comprobatórios do pagamento de salário família e da concessão de férias, e o registro da jornada de trabalho para verificação de horas extras.

Em razão disso, o empregador deverá armazenar, por determinado prazo, toda a documentação comprobatória do cumprimento das suas obrigações impostas por lei, mesmo após o término do contrato de trabalho, e precisará de uma base legal que justifique esse tratamento. A base legal utilizada poderá ser a de exercício regular de direitos, já que o empregador poderá ser instado a comprovar judicialmente o cumprimento das suas obrigações (CAPARELLI, 2020). O tempo de armazenamento será definido a depender dos prazos definidos por lei para cada documentação.

4 A UTILIZAÇÃO DA BASE LEGAL DO CONSENTIMENTO PARA TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO

O consentimento possui um claro protagonismo, sendo o mais debatido dentre todas as bases legais que podem ser utilizadas para justificar o tratamento de dados pessoais. Isso ocorre porque na teoria o consentimento do titular expressa, quando válido, o mais perfeito cenário de autodeterminação informacional, estando nas mãos do titular todo o poder em relação à utilização dos seus dados pessoais.

Como será explicado neste capítulo, vários problemas atrelados a essa idealização do consentimento foram surgindo durante a passagem do tempo, e as novas regulamentações de proteção de dados foram se ajustando para solucionar tais questões. Em razão disso, diversos critérios foram inseridos na legislação, para garantir que o consentimento fornecido fosse de fato uma expressão real da autodeterminação informacional.

Ocorre que as relações de trabalho possuem características inerentes que afastam, em regra, a possibilidade de o consentimento fornecido pelo empregado ao seu empregador possuir validade como se verá adiante.

4.1 O caminho percorrido pelo consentimento na regulamentação do direito de proteção de dados pessoais na Europa e no Brasil

A regulamentação da proteção de dados pessoais passou por diversas fases até chegar em seu estado atual. Bioni (2019) explica que a necessidade de regular o tratamento de dados pessoais surgiu com a formação do Estado Moderno, momento no qual ficou clara a relevância de tratar dados pessoais dos cidadãos para realização de melhorias na organização do Estado. O cenário se alargou ainda mais com o avanço da tecnologia e a utilização de base de dados eletrônicas para armazenamento de informações (BIONI, 2019).

Foi daí que surgiu a *primeira geração* de leis de proteção de dados, com um enfoque na esfera governamental e uma preocupação com a vigilância ostensiva e prejuízo à liberdade do titular – cidadão. A partir disso, surgiram regras com foco em limitar o uso da tecnologia para o tratamento de dados, controlando a criação dos bancos de dados a partir da necessidade de obter autorização para a sua utilização (BIONI, 2019).

A *segunda geração* marcou uma grande mudança na preocupação central, passando a se preocupar não apenas com os órgãos governamentais como também com a esfera privada. Diversos bancos de dados privados começaram a surgir, e ficou claro que não seria viável manter no estado a responsabilidade de licenciar o funcionamento e a criação de todos os bancos de dados. Foi em razão dessa mudança que o titular começou a ganhar o protagonismo na fiscalização do tratamento de seus dados, já que passou a ser sua a responsabilidade de proteger as suas informações pessoais, por meio do consentimento (BIONI, 2019).

A mudança trazida pela segunda geração foi o ponto de partida da *terceira geração* de normas de proteção de dados, que buscaram desenvolver mecanismos para tornar mais efetiva e segura a participação do titular de dados nas decisões tomadas em relação ao tratamento dos seus dados pessoais, desde a coleta até o compartilhamento dos dados (BIONI, 2019). De acordo com Bioni (2019, p. 116), “alcançar-se-ia, assim, o êxtase da própria terminologia da “autodeterminação informacional”, pois, com tal participação, possibilitar-se-ia que o sujeito tivesse um controle mais extensivo sobre as suas informações pessoais”.

Ocorre que, com o aumento do protagonismo do titular de dados pessoais, vários problemas surgiram, já que muitos dos tratamentos realizados com dados pessoais seriam diretamente prejudicados caso dependessem da autorização do titular, a exemplo do combate à fraude, da investigação criminal, da averiguação de denúncias internas, dentre outros. A quarta geração surgiu com o objetivo de ajustar esse problema, trazendo novas bases legais a serem utilizadas de forma mais adequada para algumas atividades de tratamento específicas (BIONI, 2019).

Apesar do aprimoramento das normas de proteção de dados durante os anos, o consentimento permaneceu sendo a base legal com maior visibilidade, tornando-se de grande relevância aprimorá-lo, tornando-o mais seguro e efetivo. Com esse objetivo, a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais (95/46/EC) trouxe a adjetivação do consentimento, buscando aumentar a certeza quanto à vontade real do titular e diminuindo o seu “controle ilusório ou pouco efetivo”, nas palavras de Bioni (2019, p. 123). Já a GDPR, também preocupada com o consentimento, trouxe os mesmos qualificadores da Diretiva Europeia, mas deixou claro que eles são cumulativos, por meio do uso da partícula aditiva “e”.

Percebe-se, desse modo, que a base legal do consentimento ganhou um grande protagonismo nos debates do legislador europeu, e da mesma forma ocorreu no Brasil, onde ele

é considerado a base legal mais popular dentre as opções de justificativas legais trazidas na LGPD. Em razão disso, é bastante difundida a alegação de que ela seria a “base legal principal”, hierarquicamente superior, ou até que seria uma boa prática utilizar o consentimento para reforçar outras bases legais. Essas alegações, entretanto, não possuem fundamento, são equivocadas e trazem diversos riscos para a adequação dos agentes de tratamento às normas de proteção de dados (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

Dentre os riscos atrelados ao uso excessivo e descabido da base legal do consentimento está o fardo que deve ser carregado pelo controlador. O art. 8º, §2 da LGPD incube ao controlador o ônus de provar que o consentimento foi obtido de acordo com os termos da lei, e em razão disso o controlador deverá armazenar informações comprobatórias de todos os consentimentos obtidos para suas atividades de tratamento.

Além disso, conforme o art. 8º, §5 da LGPD, o consentimento poderá ser revogado pelo titular a qualquer momento, sem nenhum tipo de ônus. Sendo assim, a própria atividade de tratamento estaria prejudicada, incluindo as atividades de grande importância para o titular (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021). Um exemplo disso seria a situação em que um indivíduo decide revogar o consentimento dado anteriormente para uma loja online utilizar seus dados de endereço para realizar a entrega de um produto comprado por ele. Neste caso, ele não poderá sofrer o prejuízo de não receber o seu produto, mas a loja também não poderá utilizar seus dados de endereço para realizar a entrega, existindo, desse modo, um prejuízo direto da atividade.

Ainda, Palhares, Prado e Vidigal (2021, p. 155) dão o exemplo de um caso que demonstra o prejuízo que pode ser sofrido não apenas pelo titular como pela sociedade como um todo, caso a base legal do consentimento seja considerada hierarquicamente superior às demais:

Para ficarmos com apenas um exemplo, imagine-se, nesse contexto, o quão irrazoável e inviável seria a exigência da autorização de titulares de dados pessoais para atividades de tratamento que visam a prevenção a fraude que são amparadas – em regra – na base legal de interesse legítimo.

Em razão do exposto, mudanças substanciais foram realizadas no projeto de lei da LGPD enquanto corria pelo congresso. Inicialmente, a primeira versão do anteprojeto de lei, colocada sob consulta pública em 2010, trazia o consentimento como única base legal adequada para o tratamento de dados pessoais. Na versão colocada sob consulta pública em 2015, o

consentimento permaneceu sendo a única justificativa legal, mas o que hoje são as bases legais da LGPD passaram a ser possibilidades de dispensa do consentimento (BIONI, 2019).

Após o envio do anteprojeto para o Congresso Nacional, junto ao resultado das consultas públicas, entretanto, foram realizadas alterações para que o consentimento fosse apenas uma das bases legais, não mais a única. Desse modo, o consentimento passou a ser hierarquicamente equivalente a todas as outras bases legais, já que se encontra disposto em rol horizontal em relação às demais (BIONI, 2019).

4.2 Requisitos e características da base legal do consentimento

A LGPD define o consentimento em seu art. 5º, XII como sendo a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018). Ainda, a lei traz, em seus arts. 11, I; 14, §1º e 33, VIII, sucessivamente, que no caso de tratamento de dados pessoais sensíveis, dados pessoais de crianças e nos atos de transferência internacional de dados, o consentimento terá maiores exigências, devendo a manifestação do titular ser fornecida de forma específica e destacada, para finalidades específicas (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

A adjetivação empregada pela lei, que se baseia na experiência europeia, merece um estudo detalhado para melhor compreensão das características necessárias para a validade dessa base legal.

Inicialmente, para que o consentimento dado pelo titular seja considerado válido, é necessário que ele compreenda o que está autorizando. Bioni (2019, p. 191) explica a importância do fornecimento de informações adequadas ao titular de dados para que o consentimento posteriormente obtido seja considerado válido:

O dever-direito de informação é o primeiro instrumento para desencadear a referida perspectiva solidária das relações obrigacionais. Isso porque apenas com uma informação adequada o cidadão estará capacitado para controlar seus dados. O fluxo dos seus dados precisa tomar forma (ser informado), sendo *pressuposto* para que haja qualquer tipo de processo de tomada de decisão por parte do titular dos dados.

Sendo assim, aspecto essencial para a obtenção do consentimento é que a manifestação de vontade do titular seja informada. Esta exigência está em sintonia com o princípio da transparência, definido pelo art. 6º, VI da LGPD, este que conceitua a transparência como sendo a “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos

comercial e industrial” (BRASIL, 2018). Com base em tal definição, pode-se compreender o nível informacional que a LGPD considera adequado para que a relação entre controlador e titular seja considerada transparente.

Para que possa tomar uma decisão consciente quanto à utilização dos seus dados pessoais nas atividades de tratamento do controlador, o titular precisa compreender os diversos aspectos do tratamento de seus dados e saber exatamente com o que concordará que seja feito com seus dados pessoais (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021). Para isso, o art. 9º da LGPD define o nível de informação considerado adequado, devendo o controlador fornecer ao titular informações sobre:

I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 (...) (BRASIL, 2018).

Importante ressaltar, ainda, o disposto no §1º do art. 9º da LGPD, de acordo com o qual o consentimento, quando for a base legal utilizada, será considerado nulo nos casos em que as informações fornecidas pelo controlador ao titular sejam enganosas ou abusivas, ou, ainda, quando elas não houverem sido fornecidas ao titular antes do início da atividade de tratamento de forma transparente, clara e inequívoca.

A razão dessa disposição é o fato de que o titular de dados está naturalmente menos informado sobre a atividade de tratamento do que o controlador, e por isso o fornecimento de informações auxilia na diminuição da assimetria informacional e técnica existente entre os agentes de tratamento e o titular de dados, tornando a relação entre ambos mais igualitária e menos prejudicial (BIONI, 2019). A redução da assimetria informacional entre o controlador e o titular, entretanto, não ocorreria se as situações dispostas no §1º do art. 9º da LGPD ocorressem, a exemplo do cenário em que são fornecidas ao titular informações das quais ele já possui conhecimento.

Outra característica essencial para a validade do consentimento, conforme art. 5º, XII da LGPD, é a necessidade de ele ser inequívoco. Ou seja, o consentimento deve ser fornecido de maneira clara, que não deixe dúvidas quanto à verdadeira vontade do titular, devendo ser assim uma ação afirmativa, não uma omissão, como o silêncio ou a falta de ação.

O Grupo de Trabalho do Artigo 29º (WP 29), órgão consultivo criado pelo artigo 29 da Diretiva 95/46, em seu guia orientativo sobre a base legal do consentimento, explicou a importância de uma “ação afirmativa”, e o que configuraria tal ato:

A GDPR deixa claro que o consentimento requer uma declaração do titular dos dados ou um ato afirmativo claro, o que significa que deve ser sempre fornecido por meio de um gesto ou declaração afirmativa. Deve ser óbvio que o titular dos dados consentiu com o processamento específico.

(...)

Uma “ação afirmativa clara” significa que o titular dos dados deve ter tomado uma ação deliberada para consentir com o tratamento específico.

O fornecimento de consentimento de forma implícita é possível, mas ainda assim deve ser baseado em uma ação afirmativa do titular em determinado contexto, a exemplo da situação em que o titular insere o seu cartão de visita na caixa de sorteio a ser realizado por um estabelecimento que ele visitou (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021). Além disso, o consentimento sempre deve referir-se a finalidades determinadas, não sendo possível o fornecimento de autorizações genéricas para o tratamento de dados, já que elas serão consideradas nulas nos termos do o §4º do art. 8º da LGPD.

O art. 8º define, ainda, em seu §1º, que nas situações em que o consentimento for fornecido por escrito, a autorização deverá constar em cláusula destacada, apartada das demais disposições contratuais. Esta disposição objetiva evitar as situações em que a autorização para tratamento de dados ficava perdida dentro do contrato, dos termos de uso ou da política de privacidade, não sendo possível dissociá-la do resto do conteúdo do documento. Com a obrigatoriedade de destacar a cláusula de consentimento, desse modo, o titular terá uma compreensão facilitada de que estará dando uma autorização para o tratamento dos seus dados (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

Em algumas situações, entretanto, como no caso de tratamento de dados sensíveis, dados de criança ou nas transferências internacionais de dados, a obtenção do consentimento do titular deverá ser destacada e específica, o que significa que a sua autorização deverá ser ainda mais do que “inequívoca”, deverá ser suficiente para ficar absolutamente claro o desejo do titular. Não é possível, assim, nesse cenário, o fornecimento de autorização tácita ou implícita por parte do titular.

Por fim, outra característica essencial do consentimento, que afeta diretamente este estudo, é o fato de que ele deve ser livre, não podendo a vontade do titular possuir quaisquer vícios. O consentimento, assim, de acordo com Palhares, Prado e Vidigal (2021, p. 156), deve

ser “obtido a partir de uma escolha real do titular de dados, não forçada ou induzida”. Não deve haver, desse modo, qualquer tipo de pressão para que o titular decida por autorizar o uso dos seus dados, a sua escolha deve ser feita de forma totalmente autônoma.

Esse limite fica ainda mais claro na disposição do art. 8º, §3º da LGPD, que veda o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento. Considerando o disposto nesse artigo, Bioni (2019) defende a existência de um diálogo entre a LGPD e o Código Civil brasileiro, devendo a adjetivação do consentimento ser analisada levando em consideração os defeitos do negócio jurídico, estabelecidos pelo Código Civil.

As situações, previstas na legislação civil brasileira, que geram o vício de consentimento são o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão. Neste trabalho, será dado um enfoque ao vício da coação, regulado pelo art. 151 do Código Civil de 2002, cuja disposição define que “para viciar a declaração da vontade, [a coação] há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens” (BRASIL, 2002).

Bioni (2019, p. 190) explica a conexão histórica existente no direito privado brasileiro entre a figura do consentimento e o tema dos defeitos do negócio jurídico, afirmando que:

Do erro à lesão, o bem jurídico tutelado é justamente assegurar que a declaração de vontade da pessoa seja “livre e consciente”. A formação imperfeita desse elemento volitivo é considerada como “vício do consentimento”, sendo o negócio jurídico decorrente anulável.

Desse modo, o consentimento fornecido pelo titular estará viciado em todas as situações nas quais o titular tomar sua decisão de autorizar o tratamento dos seus dados motivado por um receio de sofrer um dano. Nesse contexto, a autorização dada não seria livre, ainda que cumprisse os outros requisitos necessários para caracterizar o consentimento, estabelecidos no art. 5º, XII da LGPD.

4.3 O vício do consentimento fornecido pelo empregado

Após obter uma compreensão mais aprofundada sobre as características principais da base legal do consentimento, torna-se necessário compreender a sua aplicação nas relações de trabalho. Ainda que, como já foi explicado no Capítulo 2, diversas atividades de tratamento que ocorrem no contexto trabalhista devam ser justificadas por outras bases legais, em algumas situações o consentimento também seria, na teoria, uma base legal adequada.

Exemplos disso seriam o tratamento de dados pessoais do candidato de um processo seletivo para reunir informações sobre o seu histórico (*background check*), a utilização da imagem do empregado para a produção de campanhas de marketing e o monitoramento do empregado no ambiente de trabalho, situações nas quais o consentimento poderia ser uma base legal adequada.

O consentimento, entretanto, para ser válido, precisa ser fornecido pelo titular em um ato de livre-arbítrio, conforme já explicado, sendo desse modo nulas as manifestações realizadas com qualquer nível de coação. Deve-se compreender, assim, quando ocorrer a aplicação da base legal no contexto específico, se a relação correspondente possui algum tipo de subordinação ou assimetria entre as partes, que possa vir a prejudicar a real expressão da vontade do titular ao fornecer seu consentimento (BIONI, 2019).

Ocorre que em muitos cenários, dentre eles o das relações trabalhistas, o titular de dados – empregado - está em uma situação de vulnerabilidade em relação ao agente de tratamento – empregador, existindo assim uma assimetria de poder. Em razão disso, dificilmente a manifestação de vontade do empregado será fornecida ao empregador de maneira inteiramente livre, já que o medo de sofrer represálias, mesmo que veladas, influenciará na decisão a ser tomada (PALHARES; PRADO; VIDIGAL, 2021).

Foi nesse mesmo sentido que se pronunciou o WP 29, no seu já anteriormente citado guia orientativo sobre a base legal do consentimento. Ao tratar da importância da obtenção de um consentimento livre, o órgão consultivo fez a seguinte ponderação:

Um desequilíbrio de poder também ocorre no contexto trabalhista. Dada a dependência que resulta da relação empregador/trabalhador, é pouco provável que o titular dos dados seja capaz de negar ao seu empregador o consentimento para o tratamento dos dados sem experimentar o medo ou o risco real de efeitos prejudiciais resultantes da recusa. É pouco provável que um trabalhador seja capaz de responder livremente a um pedido de consentimento da sua entidade patronal para, por exemplo, ativar sistemas de monitoramento como a instalação de câmaras num local de trabalho, ou preencher formulários de avaliação, sem sentir qualquer pressão consentir. Portanto, o WP29 considera problemático para os empregadores processar dados pessoais de funcionários atuais ou futuros com base em consentimento, pois é improvável que seja dado livremente¹. (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2018, p. 7.). Tradução livre da autora.

¹ Do original: “An imbalance of power also occurs in the employment context. Given the dependency that results from the employer/employee relationship, it is unlikely that the data subject is able to deny his/her employer consent to data processing without experiencing the fear or real risk of detrimental effects as a result of a refusal. It is unlikely that an employee would be able to respond freely to a request for consent from his/her employer to, for example, activate monitoring systems such as camera-observation in a workplace, or to fill out assessment forms, without feeling any pressure to consent. Therefore, WP29 deems it problematic for employers to process

A situação dada como exemplo pelo WP29, sobre o tratamento de dados pessoais para a ativação de sistemas de monitoramento no ambiente de trabalho, já foi citada anteriormente, e é solucionada no cenário europeu pela utilização da base legal do legítimo interesse, em razão do alto risco de o consentimento fornecido pelo empregado ser considerado inválido (BIONI, 2019).

Bioni (2019) entende, ainda, que mesmo que o consentimento possa ser uma base legal possível nas situações de checagem de antecedentes do candidato a uma vaga de trabalho, ele poderá ser tido como inválido em razão da desigualdade existente na relação entre empregador e empregado.

Outro cenário bastante delicado é o compartilhamento de dados pessoais dos empregados, pelo empregador, com terceiros, para a garantia da prestação dos seus serviços, e exemplo do envio, ao cliente, do nome e número do telefone pessoal do empregado que realiza a entrega de produtos. Por não ser parte no contrato entre o seu empregador e o cliente da empresa, a utilização de dados pessoais do empregado para cumprir tal contrato não poderá ser justificado pela base legal de execução de contratos. O consentimento, entretanto, também não poderá ser base legal utilizada, pois, conforme o Grupo de Trabalho do artigo 29.º (2017, p. 27):

os empregados não estão em posição de, dado o desequilíbrio de poderes, dar o seu livre consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais pelo seu empregador e, se o tratamento de dados não é proporcional, o empregador não tem fundamento jurídico.

A título de exemplo de um tratamento de dados pessoais sensíveis dos empregados com base no consentimento, pode-se citar a coleta dos seus dados biométricos para a realização de controle de jornada. Nesse caso, o consentimento está no rol das bases legais do art. 11º, que podem ser utilizadas para justificar o tratamento de dados pessoais sensíveis, mas não poderia ser utilizado nesse contexto. Isso porque, assim como nos casos anteriores, considerando a assimetria de poder entre o empregado e o empregador, há um alto risco de ser questionada judicialmente a livre manifestação de vontade do empregado ao fornecer o seu consentimento para o tratamento dos seus dados biométricos.

personal data of current or future employees on the basis of consent as it is unlikely to be freely given” (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2018, p. 7).

Desse modo, resta claro que o consentimento, em regra, será intrinsecamente acometido de vício quando utilizado no contexto das relações trabalhistas, em razão da coação inerente à relação de subordinação existente entre o empregado e o empregador. O consentimento fornecido pelo empregado, assim, não será uma expressão da livre manifestação da sua vontade, estando naturalmente afetado pelo medo que o empregado possui de sofrer represálias do seu superior.

É importante compreender, entretanto, conforme explicado pelo WP 29 no seu guia orientativo sobre a base legal do consentimento, que existem situações nas quais o consentimento poderá ser utilizado no contexto das relações trabalhistas (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2018).

De acordo com o WP 29, o consentimento só poderá ser utilizado em situações excepcionais, nas quais o empregador consiga comprovar que o consentimento foi verdadeiramente fornecido de maneira livre, e em um contexto no qual não existia nenhuma consequência negativa a ser sofrida caso o empregado se recusasse a fornecer o seu consentimento. Para melhor compreensão de qual seria um cenário possível, o WP 29 fornece o seguinte exemplo:

Uma equipe de filmagem irá realizar uma gravação em uma determinada parte de um escritório. O empregador pede a todos os funcionários que estão sentados naquela área o seu consentimento para serem filmados, já que eles podem aparecer no fundo do vídeo. Aqueles que não querem ser filmados não são penalizados de forma alguma, mas recebem mesas de trabalho equivalentes em outro lugar do prédio durante a duração das filmagens² (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2018, p. 7, tradução nossa).

Ressalta-se, no entanto, que o consentimento, conforme já explicado anteriormente, apenas será válido se todos os seus demais requisitos forem supridos, devendo ser, além de comprovadamente livre, inequívoco e informado, e, quando obtido de forma escrita, deverá estar destacado de outras cláusulas ou condições que venham a existir.

Além disso, o empregador que escolher utilizar-se da base legal do consentimento deve se atentar que, a qualquer tempo, o titular dos dados – empregado - poderá revogar, mediante

² Do original: “A film crew is going to be filming in a certain part of an office. The employer asks all the employees who sit in that area for their consent to be filmed, as they may appear in the background of the video. Those who do not want to be filmed are not penalised in any way but instead are given equivalent desks elsewhere in the building for the duration of the filming” (ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2018, p. 7).

manifestação expressa, o seu consentimento, conforme disposto no §5º do art. 8º, da LGPD. Em caso de revogação, o empregador deverá cessar a atividade de tratamento imediatamente.

Outro debate relevante diz respeito ao caso dos empregados hipersuficientes, já tratados no Capítulo 2, incluídos na CLT pela reforma trabalhista de 2017, nos artigos 444 e 507-A da lei. O que difere o empregado hipersuficiente dos demais é, na teoria, a sua maior capacidade negocial para com o seu empregador, já que a desigualdade existente na relação entre ambos é menor, sendo o empregado hipersuficiente, assim, menos vulnerável em relação ao seu empregador (MARTINEZ, 2018).

Nesse cenário, poderia-se pressupor que, sendo menos vulnerável ao empregador, o empregado teria uma maior possibilidade de fornecer um consentimento verdadeiramente livre, já que não estaria sujeito de forma tão intensa quanto os demais funcionários a sofrer punições advindas do empregador em razão de uma negativa de fornecer o seu consentimento.

A ideia do empregado hipersuficiente, entretanto, ainda que regulado pela CLT, sofre duras críticas, por não haver uma correlação entre o recebimento de uma maior remuneração e o nível de autonomia que o empregado possui. Para Martinez (2018), inclusive, o recebimento de uma maior remuneração poderá ser motivo para o empregado tornar-se ainda mais vulnerável ao seu empregador. Desse modo, percebe-se que inexistente, nesse contexto, uma correlação entre a remuneração recebida pelo empregado e a sua autonomia de expressar livremente a sua vontade para o seu empregador, visto que ele permanece em uma situação de subordinação, vulnerável em relação ao seu superior, ainda que em menor grau.

Por fim, não existem, atualmente, pronunciamentos específicos da Autoridade Nacional de Proteção de Dados pessoais sobre o assunto do consentimento no contexto das relações trabalhistas. Porém, tomando como base as orientações fornecidas por órgãos de proteção de dados internacionais e pela doutrina brasileira na área, é possível concluir que o consentimento, em regra, ainda que seja uma base legal adequada, será sempre acometido de vício quando fornecido no contexto das relações de trabalho, em razão da impossibilidade de o empregado fornecê-lo de maneira verdadeiramente livre.

Não sendo fornecido de forma livre, desse modo, uma das características necessárias para a obtenção de um consentimento válido não será cumprida, não sendo possível, assim, utilizá-lo como base legal. Existem, ainda, cenários nos quais será possível a utilização do consentimento, mas apenas em situações excepcionais, nas quais seja possível a comprovação

de que o consentimento foi fornecido de maneira livre, sem a existência de quaisquer prejuízos ao empregado.

O caso de empregados hipersuficientes, ainda que a lei permita que ele realize negociações individuais com o empregador, não é uma exceção à regra. Isso porque o recebimento de uma maior remuneração não é suficiente para garantir que a sua vontade será expressa livremente quando solicitado a fornecer o seu consentimento pelo seu empregador. Independentemente da remuneração recebida, a situação de subordinação é inerente às relações trabalhistas, e o empregado sempre estará em uma posição de vulnerabilidade em relação ao seu empregador, seja ela em maior ou menor grau. Em razão disso, o consentimento do empregado considerado hipersuficiente pela CLT também será acometido de vício, nos mesmos termos do que ocorre em relação aos demais empregados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Geral de Dados Pessoais trouxe para o Brasil a regulamentação de um tema já discutido no contexto europeu desde os anos 1980, tema esse que possui grande importância para o contexto da sociedade atual, em que os dados pessoais são, a cada dia mais, considerados uma mercadoria. A LGPD trouxe diversos princípios e regras que devem ser cumpridas pelos agentes de tratamento, incluindo a necessidade de embasar todas as atividades de tratamento realizadas em uma das opções de bases legais trazidas pela lei, dentre as quais está o consentimento.

O consentimento é uma base legal hierarquicamente equivalente a todas as outras, mas possui um maior protagonismo nas discussões sobre a matéria, por gerar maiores dúvidas quanto à sua utilização em determinados contextos. Um dos cenários mais questionados é o das relações trabalhistas.

O direito do trabalho tem como principal premissa a proteção do trabalhador, em razão da desigualdade existente entre ele e o seu empregador, que naturalmente o coloca em uma situação de maior vulnerabilidade. Como a subsistência do trabalhador depende do salário que recebe do seu empregador, o receio de perder o emprego ou sofrer algum tipo de punição já possui força suficiente para que seja considerada a existência de uma coação inerente a qualquer decisão tomada pelo trabalhador em favor do seu empregador.

A necessidade de proteger os indivíduos contra o uso indevido dos seus dados pessoais surgiu na época da formação do Estado Moderno, quando os dados dos cidadãos passaram a ser utilizados para aprimorar as medidas a serem tomadas pelo Estado. A partir daí, a matéria passou a ser discutida em diversos âmbitos, seja na esfera pública, privada, no aspecto tecnológico ou analógico, e foi sendo aprimorada para alcançar maiores níveis de segurança para o titular.

Em determinado momento, o titular passou a ser o protagonista, responsável pelas decisões a serem tomadas em relação ao tratamento dos seus dados pessoais por terceiros. Surgiu, desse contexto, a base legal do consentimento, que objetivava possibilitar ao titular um controle direto dos seus dados pessoais, já que ele poderia decidir se forneceria ou não a autorização para que seus dados fossem tratados pelos agentes de tratamento.

Com o passar do tempo, entretanto, ficou claro que a utilização da base legal do consentimento trazia alguns problemas, dentre eles estava o seu uso abusivo por parte do controlador, por meio da utilização de um consentimento que na prática não expressava a real vontade do titular de dados. Em razão disso, alguns requisitos foram estabelecidos com o avanço da regulamentação da matéria, na Europa e no Brasil, e tais requisitos trouxeram questionamentos quanto à possibilidade de utilização da base legal do consentimento em alguns contextos específicos, incluindo o cenário das relações trabalhistas.

No contexto brasileiro, a LGPD define que o consentimento, para ser válido, deverá ser inequívoco, informado e livre, e esta última exigência não está presente na maioria das situações em que o empregado fornece o seu consentimento. Isso ocorre porque a manifestação de vontade do trabalhador será diretamente influenciada pelo poder que o empregador possui de lhe impor sanções, direta ou indiretamente, a depender da sua decisão.

O consentimento fornecido pelo empregado, desse modo, é em regra viciado, mas existem situações excepcionais nas quais o consentimento poderá ser utilizado. Nesses casos, o controlador – empregador – deve comprovar que o consentimento foi válido, que todos os requisitos foram cumpridos corretamente e que o empregado não estava sob ameaça de nenhum tipo de prejuízo caso negasse fornecer o consentimento.

Além disso, o empregador deverá tomar os devidos cuidados para garantir que o empregado possa exercer seu direito de revogar o consentimento dado, e paralisar a atividade de tratamento de maneira imediata caso o titular solicite a revogação.

Importante ressaltar, por fim, que a disposição da CLT que traz a figura de uma “hipersuficiência” associada à remuneração recebida pelo funcionário não deve ter repercussões no cenário tratado neste trabalho. Isso porque a subordinação é inerente às relações entre empregado e empregador, independentemente da remuneração acordada, estando o empregado sempre em uma posição de vulnerabilidade, seja ela em maior ou menor grau. Desse modo, o consentimento fornecido pelo empregado em regra será acometido de vício, e essa situação não será modificada em razão do valor da sua remuneração.

REFERÊNCIAS

- ANPD.** *Guia orientativo*: aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) por agentes de tratamento no contexto eleitoral [recurso eletrônico]. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-como-protoger-seus-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 15 out. 2022.
- ANPD.** Guia Orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado [recurso eletrônico]. v. 02. Brasília, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia_agentes_de_tratamento_e_encarregado__defeso_eleitoral.pdf. Acesso em 15 out. 2022.
- APOSTÓLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 289-290/292-293.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on consent under Regulation 2016/679**. Revisado e publicado em 10 de abril de 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051>. Acesso em: 07/03/2023.
- BAXAULI, Núria. Execução de contrato ou procedimentos preliminares. In: MAIA, Fernanda (coord.). **LGPD: aplicação prática das bases legais**. LGPD Acadêmico, 2020. E-book (43 p.) Disponível em: https://www.lgpdacademicooficial.com.br/_files/ugd/c4fd4b_b951a1ece58744c3b1644908bbe7d6da.pdf. Acesso em: 14 out. 2022. p. 18-20.
- BIONI, Bruno R.; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. **O Legítimo Interesse na LGPD: quadro geral e exemplos de aplicação**. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021.
- BIONI, B. R. Legítimo Interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (coord). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 163-176.
- BIONI, Bruno R. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

CAPARELLI, M. S. C. Exercício regular de direitos. In: MAIA, Fernanda (coord.). **LGPD: aplicação prática das bases legais.** LGPD Acadêmico, 2020. E-book (43 p.) Disponível em: https://www.lgpdacademicooficial.com.br/_files/ugd/c4fd4b_b951a1ece58744c3b1644908bbe7d6da.pdf. Acesso em: 14 out. 2022. p. 20-21.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada.** 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 263 p.

GARCIA, Filipe B. G. **Manual de Direito do Trabalho.** 11 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

GIUNTINI, Adriana. et al. **LGPD nas relações de trabalho.** 1. ed. Salvador, BA: Motres, 2021. E-book. Disponível em: https://oabdf.org.br/wp-content/uploads/2021/08/eBook_LGPD-nas-Relacoes-de-Trabalho-1-1.pdf. Acesso em: 07. fev. 2022

GONZAGA, R. R. Proteção ao crédito. In: MAIA, Fernanda (coord.). **LGPD: aplicação prática das bases legais.** LGPD Acadêmico, 2020. E-book (43 p.) Disponível em: https://www.lgpdacademicooficial.com.br/_files/ugd/c4fd4b_b951a1ece58744c3b1644908bbe7d6da.pdf. Acesso em: 14 out. 2022. p. 29-31.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º. **Parecer 2/2017 sobre o tratamento de dados no local de trabalho.** Adotado em 8 de junho de 2017.

MAIA, Fernanda. Cumprimento de obrigação legal ou regulatória. In: MAIA, Fernanda (coord.). **LGPD: aplicação prática das bases legais.** LGPD Acadêmico, 2020. E-book (43 p.) Disponível em: https://www.lgpdacademicooficial.com.br/_files/ugd/c4fd4b_b951a1ece58744c3b1644908bbe7d6da.pdf. Acesso em: 14 out. 2022. p. 8-9.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** 9 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Cíntia M.; DORNELES, Leandro do A. D. **Direito do Trabalho: individual e coletivo.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

PALHARES, Felipe; PRADO, L. F.; VIDIGAL, Paulo. **Compliance digital e LGPD.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. V. 399 p.

PALHARES, Felipe. (coord.). **Temas atuais de proteção de dados.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 549 p.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. **A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho.** In: MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca e PESSOA, André

(coord.). Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020. p. 48-72.

SANKIEVICS, Alexandre; PINHEIRO, Guilherme P. Aspectos da Proteção de Dados nas Relações de Trabalho. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (coord). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 507-522.

VIOLA, Mario; TEFFÉ, C. S. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11º. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (coord). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 117-148

WAGATSUMA, A. T. Consentimento. In: MAIA, Fernanda (coord.). **LGPD: aplicação prática das bases legais**. LGPD Acadêmico, 2020. E-book (43 p.) Disponível em: https://www.lgpdacademicooficial.com.br/_files/ugd/c4fd4b_b951a1ece58744c3b1644908bbe7d6da.pdf. Acesso em: 14 out. 2022. p. 20-21.