

**REVISTA
TRABALHISTA
Direito e Processo**

**REVISTA
TRABALHISTA**
Direito e Processo


ANAMATRA

LTR[®]

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

Semestral.

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

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

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

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

ISSN 1677-2784

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

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

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

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

Capa: Forma e Conteúdo Editora Criativa

Finalização: Danilo Rebello

Impressão: Edições Loyola

© Todos os direitos reservados

LTr[®]

EDITORA LTDA.

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

LTr 6421.6

Julho, 2023

PRESIDENTE ANAMATRA

LUIZ ANTONIO COLUSSI

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

CAROLINA HOSTYN GRALHA

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

CHRISTIANA DARC DAMASCENO OLIVEIRA ANDRADE SANDIM

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

DANIELA LUSTOZA MARQUES DE SOUZA CHAVES

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

EDUARDO ROCKENBACH PIRES

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

PROF. AVV. FÁBIO PETRUCCI

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

FIRMINO ALVES LIMA

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

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

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

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

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

JOÃO HUMBERTO CESÁRIO

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

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

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

JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR

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

MARCUS MENEZES BARBERINO MENDES

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

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e Dogmática Jurídica. Professor de Cursos de Pós-Graduação. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC). Gestor Regional do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

SAULO TARCÍSIO DE CARVALHO FONTES

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

Sumário

Abreviaturas e siglas usadas.....	11
Editorial.....	13
Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças.....	15
Doutrina	
Proteção de Dados Sensíveis na Contratação do Empregado — <i>Aurélio Miguel Bowens da Silva, Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima e Luiz Eduardo Gunther</i>	17
A Relativização da Proteção do Trabalhador Ante a Imunidade de Jurisdição de Organismos Internacionais no Brasil: Um Estudo de Caso — <i>Carlos Humberto Rios Mendes Júnior</i>	34
Perícia de Geolocalização: A Prova Produzida pela Tecnologia — <i>Emília Sako, Ernesto Mitsuo Hasegawa e Alexandre Higashi</i>	43
Provas Digitais e sua Repercussão no Direito Processual do Trabalho — <i>Erika Cristina Ferreira Gomes</i>	56
O Direito ao Esquecimento Aplicado ao Direito do Trabalho como Garantia Constitucional — <i>Eduarda de Souza Carvalho e Guilherme Sabalhos Ritzel</i>	69
O Uso da Estatística nos Escritórios de Advocacia e a Importância da Jurimetria Pré-Processual Trabalhista — <i>Isabel de Lemos Pereira Belinha Sardas</i>	82
A Prova Digital: Um Breve Estudo sobre seu Conceito, Natureza Jurídica, Requisitos e Regras de Ônus da Prova Correlatas — <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i>	92
Provas Digitais no Processo do Trabalho: Obtenção e Utilização pelo Magistrado — <i>Keli Alves de Souza</i>	112
O Acesso à Justiça e o Processo Constitucional Democrático em Uma Sociedade Digital — <i>Kleber de Souza Waki</i>	123
A Inteligência Artificial no Processo do Trabalho: Uma Análise da Aplicabilidade do PL n. 21/2020 — <i>Marcela Casanova Viana Arena</i>	134
Os Motoristas, a Uber e o TST — O Capitalismo da Empresa Vazia e o Papel do Algoritmo na Organização do Trabalho — <i>Raimundo Dias de Oliveira Neto</i>	146

Como Compatibilizar o Acesso à Informação para a Produção de Provas Digitais e o Respeito aos Direitos Fundamentais e Personalíssimos? — <i>Elisângela Bressani Schadt</i>	160
Responsabilidade Civil na LGPD — <i>Lara Isabel Marcon Santos</i>	168
Processo, Provas Digitais, Latour e o “Efeito Translação” — S. Tavares Pereira	175
O Uso do Documento Eletrônico como Prova, o Tratamento de Banco de Dados na Jurimetria, a Inclusão no Mundo Digital e o Respeito às Garantias Constitucionais e Processuais e à Dignidade da Pessoa Humana — <i>Rosâne Marly Silveira Assmann</i>	184
Técnicas de Captura de Geolocalização para Produção de Prova Judicial — <i>João Pedro Albino e Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima</i>	202
Jurisprudência	
Sentença	
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....	219
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....	254
<i>Índice Geral</i>	263

Abreviaturas e Siglas Usadas

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

Editorial

Estimadas e estimados leitores,

Com esta nova edição digital da Revista Trabalhista, a ANAMATRA conclui um movimento de aproximação crítica com a nova base tecnológica do capitalismo e os desafios impostos às sociedades humanas, esgarçadas em seus pactos de convivência. Se as sociedades desenvolvidas, integrantes do núcleo central do capitalismo, enfrentam desafios aos seus sistemas de representação política e ao exercício dos direitos sociais, sociedades periféricas e de tardio ingresso nos pactos políticos da democracia representativa passaram a conviver com o retrocesso social e institucional, parcialmente detido pelas instituições de controle, como o Poder Judiciário, no caso do Brasil.

Mas os desafios no campo do direito social foram exponenciados, já que além da vaga contestadora dos direitos sociais, a digitalização da vida social trouxe novos dilemas para o acesso à justiça em seu sentido mais amplo, como o letramento digital, a produção de provas e a ampliação da assimetria entre os litigantes, mormente quando envolvidos os grandes litigantes institucionais e econômicos. O acesso a dados passou a ser um elemento fundamental para a construção de casos, a produção de provas e obtenção de justa, célere e efetiva prestação jurisdicional. Ao mesmo tempo, a construção da tecnologia digital de mineração de dados confronta-se e, muitas vezes, hostiliza os direitos de personalidade, erigidos como direitos fundamentais ou garantias constitucionais, histórica e culturalmente construídas como marcos civilizatórios para os direitos de liberdade e de igualdade entre os seres humanos.

Neste volume, magistradas, magistrados e demais atores jurídicos, com ou sem inserção no mundo acadêmico, debruçaram-se sobre a estrutura das relações de trabalho em ambientes de plataforma digital, acesso à justiça, proteção da intimidade e da personalidade dos seres humanos e suas vidas digitalizadas, a produção de provas, a jurimetria, inteligência artificial. Sem pretender esgotar este admirável e assustador mundo novo digitalizado, a Anamatra espera ter contribuído para que todos os que atuam na seara jurídica do mundo do trabalho tenham ferramentas culturais e críticas para participar dos debates e atuar na defesa incessante do estado democrático do direito e sua faceta mais estrutural e civilizatória: o direito ao trabalho digno e livre. Boa leitura a todas as pessoas!

Boa leitura.

Julho de 2023.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. DA FINALIDADE

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

2. DA COMISSÃO EDITORIAL

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

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

3. DO ENCAMINHAMENTO

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

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

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

4. DAS SENTENÇAS E DOS ACÓRDÃOS — REQUISITOS

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

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

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

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

5. DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS — REQUISITOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. DA NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS

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

7. DISPOSIÇÕES GERAIS

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

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

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

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

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

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

Proteção de Dados Sensíveis na Contratação do Empregado

Aurélio Miguel Bowens da Silva^(*), Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima^(**) e Luiz Eduardo Gunther^(***)

Resumo:

- ▶ Analisando o fenômeno poder, suas principais facetas e o poder no âmbito das relações de emprego, o presente artigo científico busca estabelecer quais os limites para o empregador nas exigências durante o processo seletivo e contratação, perpassando pela compreensão da sociedade informacional e seus problemas, a autodeterminação informativa e os dados pessoais sensíveis, avaliando ainda os principais textos legislativos relacionados no Brasil e na Europa, restando estabelecidas algumas premissas a serem observadas neste confronto entre o poder do empregador e a autodeterminação informativa. A pesquisa avança para análise de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional de Portugal, para procurar entender a interpretação sobre os dados pessoais sensíveis nas cortes constitucionais. Compreendendo ao final, com todo este arsenal de informações, em que medida é necessária a proteção dos dados pessoais sensíveis do empregado no momento de sua contratação.

Palavras-chave:

- ▶ Poder nas relações de trabalho — Sociedade informacional — LGPD — Autodeterminação informativa — Dados sensíveis — Proteção — Contratação do empregado.

Abstract:

- ▶ Analyzing the phenomenon of power, its main facets and power in the context of employment relations, this scientific article seeks to establish the limits for the employer in

(*) Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. cursou Especialização - MBA em Direito da Economia e da Empresa na FGV/Rio. Atuou como Professor de Direito do Trabalho em Graduação e Pós-Graduação entre 2006 e 2018. No período de 2013 a 2015, foi Assessor Jurídico do Município de Blumenau – SC. Nos anos de 2016 a 2018, foi Conselheiro Estadual da OAB/SC. Desde 2003 é advogado autônomo e desde 2007 é sócio do escritório Aurélio Miguel & Novais Advogados Associados.

(**) Doutoranda pelo Programa de Direito Empresarial e Cidadania. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. Especialista em Educação a Distância pelo Centro Universitário UniOpet. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogada e Professora Universitária.

(***) Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1997). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. Integrante dos Conselhos Editoriais da Editora Juruá, do Instituto Memória e da Editora Clássica.

the demands during the selection and hiring process, passing through the understanding of the information society and its problems, the informative self-determination and sensitive personal data, evaluating the main related legislative texts in Brazil and Europe, leaving some premises to be observed in this confrontation between the employer's power and informative self-determination. The research advances to the analysis of the decisions of the Federal Supreme Court and the Constitutional Court of Portugal, to try to understand the interpretation of sensitive personal data in constitutional courts. Understanding at the end, with all this arsenal of information, to what extent it is necessary to protect the employee's sensitive personal data at the time of hiring.

Key-words:

- ▶ Power in labor relations — Information society — LGPD — Informational self-determination — Sensitive data — Employee hiring protection.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Poder nas relações de trabalho e da sociedade informacional
- ▶ 3. Autodeterminação informativa, dados pessoais sensíveis e dados pessoais nas relações de trabalho
- ▶ 4. Da proteção de dados sensíveis na contratação do empregado no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Constitucional de Portugal
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências

1. Introdução

A tecnologia da informação e a comunicação transformaram a sociedade atual, impactaram em todas as relações humanas, levando as informações pessoais para espaços inimagináveis, sem qualquer limite de utilização, inclusive os dados pessoais sensíveis, aquelas informações mais íntimas, tais como opção sexual, política, religiosa.

Assim também foram impactadas as relações de trabalho, em que as empresas passaram a pesquisar, capturar e armazenar dados pessoais e sensíveis para diversos fins, em especial para a seleção e contratação de empregados.

Neste contexto, surge a questão de saber se o empregado merece proteção dos dados pessoais sensíveis nas relações de trabalho e

em que medida, em especial no momento da seleção e contratação.

A questão é atual e cada vez mais habitual no dia a dia empresarial, sendo necessária sua avaliação para evitar a discriminação das pessoas no momento da contratação.

Com isso o objetivo geral do presente artigo científico é compreender em que medida é necessária a proteção dos dados pessoais sensíveis do empregado no momento de sua contratação, tendo como objetivos específicos perpassar pela análise da tarefa de tratar sobre os poderes do empregador; refletir sobre a autodeterminação informativa, os dados sensíveis e os limites da atuação da empresa no momento da contratação; e, ainda pesquisar julgados do Supremo Tribunal Federal e do

Tribunal Constitucional de Portugal sobre a presente temática.

O método utilizado é o teórico bibliográfico, pelo qual serão utilizados textos de livros, artigos e publicações em geral.

A partir da pesquisa de doutrinas e textos relacionados aos assuntos “Poder”, “Teorias do Poder”, “Limites do Poder do Empregador”, “Autodeterminação e Desenvolvimento da Personalidade”, “Autodeterminação Informativa”, “Dados Pessoais Sensíveis”, “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — LGPD” e “Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais — GDPR”, foram selecionadas algumas partes que formaram a estrutura do trabalho. Alguns textos pesquisados foram resultado de buscas em publicações no *site* Google, em especial no Google Acadêmico. Ao final foi contextualizado pesquisas no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Constitucional de Portugal com a expressão “Dados Pessoais” e “Dados Sensíveis”.

Com isso o método lógico de organização do trabalho é o teórico-dedutivo, partindo-se dos aspectos gerais para os particulares, utilizando-se de estudos jurídicos da doutrina, da legislação especial e de artigo científico sobre o tema.

Para tanto a fim de responder a problemática proposta consistente em que medida é necessária a proteção dos dados pessoais sensíveis do empregado no momento de sua contratação, assim como buscar alcançar o objetivo proposto no presente artigo, buscar-se-á através do método dedutivo estabelecer primeiramente quais os limites do empregador nas exigências durante o processo seletivo e contratação, perpassando pela compreensão da sociedade informacional e seus problemas, por segundo adentrar na questão da autodeterminação informativa, os dados pessoais sensíveis, pesquisando ao final decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional de Portugal, para buscar entender a interpretação sobre os dados pessoais sensíveis nas cortes constitucionais.

2. Do poder nas relações de trabalho e da sociedade informacional

A compreensão do poder passa por muitos aspectos, várias áreas do saber e inúmeros pensadores.

Etimologicamente a palavra poder deriva do latim *potere*, da raiz *poti*, que significa chefe de um grupo; gira em torno da ideia de posse, de força, de vontade e de influência, enquanto hierarquia pressupõe uma série contínua de graus entre pessoas unidas por um vínculo de autoridade.⁽¹⁾

A ideia de poder está relacionada a força, imposição da vontade sobre alguém ou posse de alguma coisa.

Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção).⁽²⁾

Nas relações sociais o poder é a habilidade de impor a vontade sobre outras pessoas, como exemplo o poder social, econômico, político, militar, entre outros.

Já em sentido especificamente jurídico, entende-se como uma expressão de domínio, ou seja, a capacidade de legitimamente submeter alguém a algo.

O sentido jurídico destaca a legitimidade do poder como fator importante na diferenciação do viés social.

Algumas reflexões importantes sobre poder foram feitas por Max Weber, Michel Foucault, Pierre Bouedieu e mais recentemente Niklas Luhmann.

(1) BARROS, Alice Monteiro. *Estudos de direito do trabalho e processo do trabalho, em homenagem a José Luiz Ferreira Prunes*. São Paulo: LTr, 1998. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em368.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(2) BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 933.

Max Weber conceitua o poder como: “toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”⁽³⁾.

Paralelamente, Weber conceitua potência como: “toda oportunidade de impor a sua própria vontade, no interior de uma relação social, até mesmo contra resistências, pouco importando em que repouse tal oportunidade”.⁽⁴⁾

Os conceitos de “poder” e “potência” apresentados por Weber parecem confundirem-se. Todavia, se distinguem, pois o poder exige especificidade em uma relação social, enquanto potência parte da ideia geral. Portanto, para Weber, o poder nada mais é do que a imposição da vontade do agente ou de uma instituição sobre outras pessoas.

Michel Foucault foi um filósofo e historiador francês, que centralizou o estudo do poder na política e seus instrumentos, criticando as formas de poder militar, nas escolas, sistemas de justiça, entre outros.

Foucault analisou profundamente a relação de poder com a disciplina e constante observação:

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor.

[...]

A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício.

[...]

O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção

normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.⁽⁵⁾

O Panóptico imaginado por Foucault, era uma prisão perfeita para a época (que não tinha câmeras e sistemas eletrônicos), onde o prisioneiro era observado sem saber se estava sendo visto, com controle por todo o tempo, disciplinando o mesmo a não tentar fugir. Atualmente, é possível pensar a *internet* como um gigantesco Panóptico mundial, em que não sabemos se estamos sendo vistos, disciplinando a nossa forma de agir.

Pierre Bourdieu analisou como o poder se expressa nas formas sutis, compreendendo que além do capital financeiro outros valores indicam poder, como conhecer muitas pessoas ou pessoas importantes.

É necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.⁽⁶⁾

Atualmente estes valores podem ser relacionados com um influenciador digital nas redes sociais, que movimentava várias pessoas em busca de um *like* ou comentário. O capital cultural, sua postura, jeito de falar e conhecimento em geral também faz o reconhecimento social e torna a pessoa poderosa.

O jurista e sociólogo alemão Niklas Luhmann escreve sobre o fenômeno do poder como um meio de comunicação que produz vinculação entre ações e decisões. Alguém comunica uma seleção de alternativas que lhe interessa, excluindo outras desinteressantes. A seleção de alternativas é compreendida por quem

(3) WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 33.

(4) *Ibidem*, p. 16.

(5) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 167.

(6) BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 7-8.

recebe a comunicação, não restando outras alternativas, senão aquela única pretendida por quem comunicou. O poder está em reduzir as possibilidades de ação, influenciando na escolha da única alternativa pretendida por quem comunicou e que passa a ser desejável por que foi comunicado.

O cumprimento da ordem comunicada não é verdadeiro, mas desejável, porque entre as alternativas é o menos desfavorável, o que evita outros desgostos ou desconfortos em relação as demais alternativas.

A causalidade do poder consiste na neutralização da vontade, embora não necessariamente na ruptura da vontade do subalterno. Ela o atinge também e justamente quando este quer agir no mesmo sentido e vem a saber que teria de agir assim de qualquer modo. A função do poder consiste na regulação da contingência. Como qualquer outro código de meios, o código do poder se refere também a uma discrepância possível — não necessariamente real — dos resultados seletivos de Alter e Ego, aos torna-los iguais.⁽⁷⁾

Com efeito, o fenômeno poder tem várias facetas nas relações humanas, inclusive nas relações de trabalho, onde suas manifestações são diversas.

No entanto, juridicamente o contrato de trabalho reconhece o poder como fenômeno decorrente da subordinação objetiva, ou seja, da obrigação de observar as determinações relacionadas a atividade contratada.

O poder diretivo patronal, como prerrogativa do empregador, surgiu após a organização do Estado e da institucionalização do poder. Segundo Martinez:

Não é demasiado lembrar que a capacidade de submeter residia, numa fase pré-estatal, na força ou no prestígio de

indivíduos singularmente considerados. A partir do instante em que o Estado se organizou, o “poder” se objetivou e passou a ser concebido como algo separado da pessoa que o exercita. O “poder” foi, então, institucionalizado e o seu exercício passou a ser limitado dentro de uma esfera civilizatória, impeditiva de abusos e de excessos. Criou-se assim, um institucionalismo moderado, a que se refere José Martins Catharino.

Nessa órbita passou a girar também o “poder diretivo patronal”, como prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos dos seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos.⁽⁸⁾

O poder diretivo está relacionado a organização das atividades na empresa, para que esta alcance seu objetivo maior, o tão perseguido lucro. Assim sendo, não se justifica a extrapolação do poder para outras questões que não estejam relacionadas ao trabalho desempenhado.

Ressalta-se que no contexto empresarial interno, existem interpretações distintas acerca da origem e fundamentação do poder.

Segundo Delgado:

A teoria justrabalhista tem eleito algumas principais interpretações acerca da origem (título) e fundamentação do poder no contexto empresarial interno. Trata-se das correntes privatísticas, que se remetem à ideia de propriedade privada; da corrente institucionalista, que se reporta à ideia de empresa como instituição; da corrente publicística, que se remete à ideia de poder empregatício como delegação do poder público; e,

(7) LUHMANN, Niklas. *Poder*. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 11.

(8) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179.

finalmente, das concepções contratualistas.⁽⁹⁾

Essa diferenciação decorre da mesma discussão acerca da natureza do contrato de trabalho, tendo predominado a teoria da natureza contratual, que remete a ideia de propriedade privada.

O poder decorre da subordinação contratual na relação de emprego e se identifica em três facetas: (I) o poder de organização, consubstanciado na possibilidade de dizer para o empregado o que fazer, como fazer e de que forma fazer; (II) o poder de fiscalização, por preposto encarregado e instrumentos de fiscalização, inclusive tecnológicos, e; (III) o poder disciplinar, a possibilidade de aplicar advertência, suspensão ou dispensar por justa causa, conforme a gravidade do ato faltoso cometido.

Quanto às concepções teóricas que envolvem os fundamentos do poder disciplinar, Mauricio Godinho Delgado destaca três concepções conhecidas como negativista, autonomista e a vertente intermediária. Neste sentido:

A) Posição Negativista — A posição negativista contesta a possibilidade de se encontrar fundamentação jurídica para o poder disciplinar. [...] Funda-se essa posição principalmente no argumento de que o poder de punir constituiria prerrogativa estatal, o que tornaria inconcebível o acatamento de tal prerrogativa no universo das relações privadas. [...]

B) Posição Autonomista — Em contraponto à vertente negativista, a posição autonomista enxerga nesse poder tamanha concentração de institutos e particularidades que seria hábil a dar origem até mesmo a um ramo próprio e distintivo do Direito.

[...]

(9) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 598.

A posição autonomista também não pode ser acatada. É que se sabe que a noção unilateral de poder disciplinar — que subjaz às construções autonomistas/institucionalistas — tem sido cada vez mais contestada nas sociedades democráticas.

[...]

C) Vertente Intermediária — Em meio às duas posições polarizantes, firmou-se a compreensão do poder disciplinar como segmento fático-jurídico reconhecido pelo Direito [...].

Prevalece, desse modo, uma linha intermediária entre a posição negativa do poder disciplinar e a posição ampliativa desse poder: esta linha equidistante não nega, assim, a válida existência desse poder, mas também não lhe defere tamanha amplitude de estruturação e prerrogativas.⁽¹⁰⁾

A delimitação do poder do empregador na relação de emprego, deve levar em consideração que a Constituição Federal trata o trabalho como fundamento da República, ou seja, no mesmo patamar de igualdade da livre iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).⁽¹¹⁾

Sobre a limitação do poder diretivo, leciona Martinez:

Basta observar, com base no histórico acórdão do STF (RE 201819/RJ), que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à

(10) *Idem*.

(11) BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

proteção dos particulares em face dos poderes privados.” Nesses moldes, “a autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”.⁽¹²⁾

Neste contexto, o poder da empresa na relação de emprego está limitado aos contornos da subordinação contratual objetiva (organizar as atividades, fiscalizar e disciplinar) e os direitos fundamentais do empregado, dentre estes a intimidade, a personalidade e a autodeterminação informativa.

A sociedade da informação revela um momento em que a sociedade foi transformada por conta dos grandes avanços tecnológicos, como por exemplo, o rápido desenvolvimento dos computadores e sistemas, a invenção da *internet* e multiplicação das redes sociais.

Esse momento histórico desenvolveu e acelerou todas as áreas da sociedade, como as relações econômicas, culturais e as sociais, em especial a comunicação e a liberdade de expressão.

O impacto foi tamanho, que a sociedade passou a tratar os meios de comunicação como poder propriamente dito, ou ao menos uma das facetas deste fenômeno, como aptidão de influenciar uma seleção de ações ou omissões.

A modificação talvez mais importante com relação a teorias do poder anteriores

(12) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 185.

reside em que a teoria dos meios de comunicação compreende o fenômeno do poder com base em uma diferença entre código e processo de comunicação, não estando, por conseguinte, em condições de atribuir poder como propriedade ou capacidade a um dos parceiros. Poder é uma comunicação orientada por um código. A atribuição do poder ao poderoso é regulada, neste código, com consequências de grande alcance, o que acarreta reforço dos motivos de observância, responsabilidade, institucionalidade, direcionamento de desejos de alteração etc.⁽¹³⁾

Os dados pessoais estabelecem perfis e a partir destes é possível criar seleções e códigos que vão influenciar a escolha da sociedade em qualquer área, surgindo daí inúmeras possibilidades.

Recentemente inclusive um dos ministros do Supremo Tribunal Federal tratou sobre o assunto no artigo Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro.

Mendes ressaltou que o uso da *internet* pode afetar a capacidade decisória de um povo e lembrou o caso da Cambridge Analytica, empresa de marketing político que obteve dados de testes psicológicos de usuários do Facebook e, com base nessas informações, atuou para influenciar a eleição presidencial que elegeu Donald Trump nos Estados Unidos e o plebiscito que decidiu a saída do Reino Unido da União Europeia (Brexit). “Se isso tem efeito em eleições nacionais, que dirá em eleições locais”, afirmou.⁽¹⁴⁾

(13) LUHMANN, Niklas. *Poder*. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 14.

(14) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Ministro Gilmar Mendes fala sobre constitucionalismo digital. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475571&tip=UN>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

“Privacidade Hackeada” é um filme da Netflix que trata do escândalo com o Facebook e a empresa *Cambridge Analytica*, que teriam utilizado dados de milhares de usuários para gerar um determinado impacto nas eleições presidenciais dos EUA e no Brexit (Saída do Reino Unido da União Europeia), ambos em 2016.

Assim como vários outros, a título de exemplo, “O Dilema das Redes” é outro filme que também pode ser assistido no Netflix, que passa a mensagem de que as redes sociais conectam as pessoas, mas também as controlam.

Assistindo esses documentários fica fácil notar que a sociedade atual tem nos meios de comunicação poder social, econômico e político, se utilizando dos dados pessoais como combustível para tanto.

A sociedade informacional como um novo contexto fático, exige um novo olhar do Direito, atento a esta nova realidade e a importância dos dados pessoais na atualidade, a ponto de ser chamado de “novo petróleo” pelos agentes da economia mundial.

Desta importância, dos dados pessoais, vale lembrar que cada pessoa tem direito sobre os seus dados pessoais, o que envolve a necessidade de saber mais sobre a autodeterminação informativa.

3. Autodeterminação informativa, dados pessoais sensíveis e dados pessoais nas relações de trabalho

No contexto de uma sociedade informacional, em que se utilizam os dados pessoais das pessoas para formar perfis e influenciar as decisões, nos meios de comunicação, passa a ser essencial a compreensão da personalidade e autodeterminação das pessoas.

A personalidade, a condição de ser uma pessoa, ou melhor, o conjunto de qualidades que define a individualidade de uma pessoa, é o próprio existir de cada ser humano.

Apesar das diferenças dos seres humanos, pesquisadores da *Northwestern University*, nos Estados Unidos, examinaram mais de 1,5 milhão de pessoas e definiram quatro grupos bem distintos de personalidade: (I) regular, pessoas com bastante neuroticismo (tendência a emoções negativas) e extroversão (aberto ao contato), com baixos níveis de abertura a novas experiências; (II) reservada, emocionalmente estável, com baixo neuroticismo e pouca abertura a experiências; (III) exemplar, baixo neuroticismo e alto nas demais características, confiáveis e abertas a novas ideias, e; (IV) egocêntrica, pontua muito em extroversão e abaixo da média em abertura, simpatia e consciência.⁽¹⁵⁾

A liberdade das pessoas como direito, abrange o direito de personalidade, de desenvolver o conjunto de suas qualidades como melhor entender durante a sua vida, assim como o direito de privacidade, de ver suas informações pessoais protegidas.

A Constituição Federal não especifica a privacidade entre os direitos fundamentais do cidadão, no rol do art. 5º, mas estabelece implicitamente no inciso X, quando dispõe sobre a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.⁽¹⁶⁾

Toda informação da pessoa é privada, um dado pessoal, como por exemplo o nome, um cadastro, uma fotografia, podendo em regra proteger essas informações do público em geral.

Como se vive em uma sociedade informacional é necessário o controle da privacidade, das informações pessoais, o que leva a ideia de autodeterminação informativa, que é a

(15) REVISTA GALILEU. *Existem quatro tipos de personalidades*, afirma estudo. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/09/existem-quatro-tipos-de-personalidades-afirma-estudo.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(16) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

livre escolha do próprio destino, ganhando os novos contornos da sociedade informacional, passando a ter como desdobramento, a livre escolha do destino da privacidade, dos dados pessoais.

Com efeito, a autodeterminação informativa importa na consciência do cidadão em saber, quais dos seus dados são coletados, qual a finalidade, por quem e por quanto tempo, para então decidir o fornecer ou não os dados pessoais.

Havia doutrinadores, como Allan Westin, que já afirmavam ser a privacidade o direito a controlar a maneira na qual os outros utilizariam as informações a nosso respeito. Entretanto, foi com uma célebre sentença do Tribunal Constitucional Alemão, em 1983, que ao julgar uma lei do censo aprovada no ano anterior, utilizou a expressão “autodeterminação informativa” para designar o direito dos indivíduos de decidirem por si sós, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados.⁽¹⁷⁾

O art. 2º da LGPD (Lei Geral de Proteção dos Dados)⁽¹⁸⁾ estabelece como fundamento de todo o sistema legal a ser protegido a autodeterminação informativa, ou seja, o direito de cada pessoa de fazer o que entender melhor com seus dados pessoais.

A mesma ideia também se aplica aos dados pessoais sensíveis, a possibilidade de fazer o que bem entender, mas neste caso com um rigorismo ainda mais na proteção dispensada à estas informações.

(17) KFOURI, Gustavo; MELO, Bricio Luis Anunciação; DA SILVA, Lucas Gonçalves. A lei geral de proteção de dados como instrumento de concretização da autonomia privada em um mundo cada vez mais tecnológico. *Revista Jurídica*. Curitiba, 2020. E-ISSN: 2316-2880. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3972>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(18) BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Os dados pessoais sensíveis, como o próprio nome revela, são dados mais sentidos pelas pessoas, envolvem informações mais íntimas que, uma vez reveladas ao público em geral, podem ensejar maiores constrangimentos.

São dados pessoais que podem gerar alguma forma de discriminação, como por exemplo, a raça, opção política ou religiosa, informações sobre a saúde, em especial doenças, opção sexual, etc.

São dados que estejam relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais como a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.⁽¹⁹⁾

Apesar do art. 5º, X da Constituição Federal garantir a todo cidadão brasileiro que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas⁽²⁰⁾, havia a necessidade de regulamentação acerca da proteção desta intimidade e os dados gerados, o que somente ocorreu com a publicação da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 — Lei Geral de Proteção de Dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD menciona no art. 5º, II, o conceito de dado pessoal sensível, como sendo dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico

(19) GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehлке. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*. Curitiba, v. 03, n. 53, p. 354/377, Jul-Set. 2019. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3581/371371972>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(20) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.⁽²¹⁾

Considerando que no rol dos dados pessoais, os dados sensíveis demandam um maior cuidado e proteção, o art. 11 da LGPD implementa um maior rigor em seu tratamento, estabelecendo as hipóteses taxativas para seu tratamento, quais sejam: (I) consentimento específico e destacado da pessoa; (II) pelo bem próprio da pessoa ou da coletividade, desde que os dados sensíveis sejam indispensáveis para tanto.

O motivo dos dados sensíveis merecerem uma proteção mais intensa é justamente uma consideração probabilística de que tais dados são mais afeitos a apresentarem problemas mais graves quando de má utilização — daí exatamente o fato de denominá-los como “sensíveis” em relação aos demais, enfatizando sua peculiaridade neste sentido.⁽²²⁾

Com efeito, a aceitação específica e destacada da pessoa, é a questão central quando se fala em tratamento dos dados pessoais sensíveis, simplesmente porque evita a discussão acerca do enquadramento nas hipóteses de tratamento pelo bem próprio da pessoa ou da coletividade, desde que indispensáveis para tanto.

Desta forma, fica evidenciando a ciência expressa acerca da captura de determinado dado sensível, com o conhecimento destacado da pessoa, dá a segurança necessária para os envolvidos na relação, no que tange a tratamento devido dos dados.

(21) BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(22) GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehlke. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, Curitiba, v. 03, n. 53, p. 354/377, jul./set. 2019. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3581/371371972>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Possivelmente existiam bancos de dados pessoais utilizados pelos empregadores, mas não com o volume e a facilidade de implementação viabilizada pela rede mundial de computadores (internet), redes sociais e inteligência artificial.

As empresas passaram a adotar algumas práticas, como por exemplo: a) pesquisar nas redes sociais informações pessoais dos candidatos à vaga de emprego, negando a contratação em razão de determinados dados sensíveis encontrados; b) alimentar banco de dados de associações ou grupos de empresas com dados pessoais e sensíveis de empregados, restringindo a contratação de determinados perfis; c) a partir de um perfil estabelecido pela inteligência artificial, para análise de contratação ou evolução na carreira, afastar outros perfis com base em dados sensíveis.

O portal de notícias G1 fez publicação com o título “Empresas monitoram comportamento nas redes sociais para contratar ou demitir”, informando na matéria jornalística os cuidados a serem tomados.⁽²³⁾

Também foi notícia no site de tecnologia Meio Bit que “Ferramenta de recrutamento da Amazon com AI discriminava candidatas mulheres”.⁽²⁴⁾

A proteção de dados pessoais sensíveis importaria na proibição das práticas citadas, entre outras que tenham como base tais informações, evitando assim a discriminação das pessoas no momento da contratação.

Entende-se que a proteção é necessária, deve ser perquirida a medida desta proteção,

(23) CAVALLINI, Marta. *Empresas monitoram comportamento nas redes sociais para contratar ou demitir; veja cuidados*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/empresas-monitoram-comportamento-nas-redes-sociais-para-contratar-ou-demitir-veja-cuidados.ghtml>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(24) ELLIS, Nick. *Ferramenta de recrutamento da Amazon com AI discriminava candidatas mulheres. Meio Bit*. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/meiobit/391571/ferramenta-de-recrutamento-amazon-ai-discriminava-mulheres/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

eis que alguns dados pessoais sensíveis podem ser necessários em determinadas atividades, como por exemplo, saber do estado gestacional da empregada, para impedir o trabalho na proximidade do equipamento de raio x, que pode prejudicar a formação da criança.

Apesar do contexto das relações de trabalho, que tem como objeto um contrato em que as partes são nitidamente desiguais, a LGPD não faz nenhuma distinção em relação aos demais tipos contratos.

A possibilidade de coleta e tratamento dos dados pessoais decorrentes da relação de trabalho estaria abrangida na autorização do art. 7º, II e V da LGPD⁽²⁵⁾, quais sejam, para cumprimento de obrigação legal e para execução do contrato ou de procedimentos preliminares.

Por outro lado, a legislação europeia, consubstanciada no Regulamento Geral de Proteção de Dados — GDPR, fez referência a necessidade de um tratamento diferenciado dos dados pessoais nas relações de trabalho.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados — GDPR estabelece no art. 88 que as normas no contexto do contrato de trabalho deve ser mais específicas para garantir a transparência e proteção dos dados no recrutamento e demais fases da execução contratual, em especial para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, os interesses legítimos e os direitos fundamentais.

Dispõe o art. 88 do Regulamento Geral de Proteção de Dados — GDPR:

1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções

(25) BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

coletivas, de gestão, planejamento e organização de trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da reação de trabalho.

2. As normas referidas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular de dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade econômica conjunta e os sistemas de controle no local de trabalho.

3. Os Estados-Membros notificam a Comissão das disposições de direito interno que adotarem nos termos do n. 1, até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas.⁽²⁶⁾

Observa-se do recorte acima e na leitura do artigo que no processo de seleção e contratação, devem ser observadas normas que garantam a defesa da dignidade da pessoa humana, dos interesses legítimos e dos direitos fundamentais.

Mesmo não tendo aplicação no território brasileiro, a GDPR foi inspiração para a LGPD e como tal seus valores devem influenciar a interpretação e aplicação da legislação protetiva de dados no Brasil.

Não se pode esquecer que a relação de emprego é desigual por natureza, razão pela qual a legislação trabalhista estabelece um mínimo de direitos a serem garantidos aos empregados, em especial os direitos fundamentais expressos no art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁽²⁷⁾.

(26) UE. GDPR. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados — “Tratamento no contexto laboral”*. Disponível em: <<https://www.privacy-regulation.eu/pt/88.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(27) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Partindo da premissa que a relação é desigual, a proteção de dados também deve atentar à hipossuficiência do empregado, tendo como parâmetro a legislação inspiradora (GDPR), a defesa da dignidade da pessoa humana, dos interesses legítimos e respeito aos direitos fundamentais.

4. Da proteção de dados sensíveis na contratação do empregado no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Constitucional de Portugal

Considerando a novidade legislativa do termo “dados sensíveis”, em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu no dia 28 de agosto de 2021⁽²⁸⁾, buscando o termo apenas na ementa das decisões, restou como resultado 15 decisões relacionadas, a grande maioria tratando do direito de quebra do sigilo de dados pessoais e sensíveis na Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia — CPI — Covid-19.

Os resultados obtidos abrangem 2 julgados relatados ou decididos liminarmente pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Mandado de Segurança n. 38061 e MS n. 38043) e 6 julgados do Ministro Nunes Marques (MSs ns. 38.237, 38.176, 38.041, 37.968, 38.006 e 38.070)⁽²⁹⁾, sendo que os demais não tratavam do assunto “dados sensíveis” especificamente.

Resumidamente, tratam-se de Mandados de Segurança preventivos ou contra ato do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia, ajuizados por pessoas investigadas ou não na CPI, que pretendiam impedir a quebra do sigilo telefônico, fiscal, bancário e telemático, tendo como principal argumento a ilegalidade na exibição dos seus dados sensíveis.

(28) BRASIL. STF. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=fals&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(29) *Idem*.

As decisões em regra deferem as pretensões e impedem a exibição dos dados sensíveis na CPI, podendo ser destacadas duas das decisões que refletem o entendimento das demais ou que são repetidas nas demais decisões.

A primeira decisão do Ministro Ricardo Lewandowski:

Em razão da abrangência das informações cujo sigilo pretende-se quebrar no presente caso, é inevitável o acesso a dados pessoais e *dados sensíveis*, entendidos nos termos do art. 5º, I e II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — LGPD (Lei n. 13.709/2018). A LGPD define como “dados pessoais” toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Já os *dados sensíveis* são aqueles relativos a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. O tratamento de *dados pessoais sensíveis* deve ser precedido de cautelas maiores, uma vez que eventual publicização desses tipos de dados pode trazer consequências mais gravosas aos direitos e liberdades de seus titulares. Nesse contexto, o art. 11, II, “d”, dispõe que o tratamento de *dados pessoais sensíveis* poderá ocorrer nas hipóteses em que for indispensável para o exercício regular de direitos, inclusive em processo judicial, administrativo e arbitral.⁽³⁰⁾

A segunda do Ministro Marques Nunes Nunes:

Este último ponto precisa ser devidamente ressaltado porque, nos tempos que correm, o modo de vida das pessoas está cada vez mais ligado ao uso de tecnologias das comunicações. Os computadores pessoais e telefones inteligentes (“*smartphones*”) servem, na atualidade, para comunicações e registros os mais diversos, desde aspectos ligados aos chamados *dados sensíveis* (dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a

(30) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS n. 38.061. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico), que a princípio não apresentam nenhum interesse para investigação parlamentar, às questões ligadas ao trabalho e aos negócios essas, sim, de possível interesse para uma CPI. A grande convergência de informações para esses mecanismos implica o dever, por parte das autoridades investigativas, de minimizar o acesso aos dados pessoais do investigado, limitando-se ao estritamente necessário para a investigação, sob pena de ferimento irreparável do direito à intimidade e à privacidade. O direito fundamental à privacidade (art. 5, X, da Constituição Federal), como tal entendido “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular” (RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda, p. 15), está na ordem do dia das discussões constitucionais justamente pela circunstância de que as tecnologias da informação têm induzido a hiperdocumentação do dia a dia das pessoas, desde os menores atos domésticos até às suas movimentações físicas e às manifestações públicas em redes sociais; isso, associado à facilidade de manipulação e recuperação das informações a partir de *dados*, por meio de mecanismos apropriados, deixa vulneráveis aspectos *sensíveis* da vida íntima dos cidadãos. Nesse contexto, a quebra de sigilo das comunicações deve ser medida excepcionalíssima, e, ainda mais, deve recair sobre o mínimo possível para o desenvolvimento da investigação (seja ela judicial ou legislativa). A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), aliás, embora não se dirija especificamente à disciplina das medidas de investigação, deixou claro, no art. 4º, § 1º, que tais medidas devem sempre ser proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na própria LGPD.⁽³¹⁾

(31) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS n. 38.237*. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

A compreensão das decisões do STF é no sentido de que a utilização dos dados sensíveis deve ser proporcional e estritamente necessária ao atendimento do exercício regular do direito e do interesse público.

Proporcional, nem mais, nem mesmo, os dados sensíveis devem ser utilizados somente quando estritamente necessários.

Ainda em busca junto ao Tribunal Constitucional de Portugal, a pesquisa pronta pelo termo “dados pessoais” resultou em 2 julgados que tratam de utilização de “dados sensíveis” pelo empregador e da inconstitucionalidade ou não das respectivas normas.⁽³²⁾

O primeiro julgamento é o Acórdão n. 368/2002⁽³³⁾, que analisou a inconstitucionalidade do DecretoLei n. 26/1994 e da Lei n. 7/1995, que previam a realização de exames periódicos de saúde aos trabalhadores, “tendo em vista verificar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da sua profissão, bem como a repercussão do trabalho e das suas condições na saúde do trabalhador” e estabeleciam o dever de os trabalhadores comparecerem aos exames médicos e realizarem os testes “que visem garantir a segurança e saúde no trabalho”.

Entendeu a Corte Portuguesa pela obrigatoriedade de sujeição a exame médico em razão da necessidade de verificar que a prestação de trabalho decorra sem risco para o próprio trabalhador e para terceiros, mas somente o exame estritamente necessário, adequado e proporcionado à verificação de alterações na saúde do trabalhador.

O mesmo vale para questionários e testes relativos a aspectos incluídos na vida privada

(32) PORTUGAL. Publicado no site do *Tribunal Constitucional de Portugal*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(33) PORTUGAL. *Acórdão n. 368/02*. Publicado no site do *Tribunal Constitucional de Portugal*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

do trabalhador: a utilização destes meios — abrangendo os testes sobre a saúde do trabalhador — deve ser limitada aos casos em que seja necessária para proteção de interesses de segurança de terceiros (assim, por exemplo, testes de estabilidade emocional de um piloto de avião) ou do próprio trabalhador, ou de outro interesse público relevante, e apenas se se mostrarem realmente adequados aos objetivos prosseguidos.

O segundo julgamento encontrado é o Acórdão n. 306/03⁽³⁴⁾, que analisa a inconstitucionalidade do art. 17 do Código do Trabalho de Portugal, relativa à prestação a empresa de informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego.

Entendeu a Corte de Portugal que não seria possível a empresa exigir informações ou exames, que dariam conhecimento da doença do empregado ou gravidez, bastando a informação médica de aptidão ou não para o trabalho.

A compreensão do julgado é no sentido de que o direito de intimidade do empregado abrange o acesso e divulgação de dados relacionados a sua vida íntima, tais como é a saúde, ultrapassando o estritamente necessário para salvaguardar os direitos da empresa a exigência de informações ou exames médicos.

Considerou o julgado violado o princípio da proporcionalidade, porque para a finalidade que se tinha em vista seria suficiente a intervenção do médico, apenas comunicando ao empregador a aptidão ou inaptidão do trabalhador para o desempenho da atividade.

O empregador não tem necessidade de conhecer diretamente dados relativos à esfera íntima do candidato a emprego ou do trabalhador, bastandolhe obter a informação da eventual existência de inconvenientes à contratação ou à atribuição de determinadas atividades. A vinculação do médico ao segredo

profissional reduz ao mínimo a indevida e desnecessária divulgação de dados cobertos pela reserva da intimidade da vida privada.

5. Considerações finais

O poder do empregador está adstrito aos contornos da subordinação contratual objetiva, ou seja, apenas no âmbito das atividades contratadas, para organizar as tarefas, fiscalizar o cumprimento destas e com poder disciplinar para tanto.

O poder da empresa não recai sobre a pessoa do empregado, não podendo perquirir sobre sua intimidade, para saber sua opção sexual, religiosa, política ou outras informações sobre o empregado, que somente a ele competem.

Muito pelo contrário, o poder da empresa também é limitado pelos direitos fundamentais do empregado, que deve ter respeitada a sua intimidade, personalidade e autodeterminação informativa.

A sociedade atual, impactada pela tecnologia de informação e comunicação, abre um leque de possibilidades e acessos ao empregador, viabilizando o monitoramento nas redes sociais de diversas informações sobre o empregado.

Neste contexto, deve o empregado avaliar quais informações disponibiliza nas redes sociais, pois quanto mais expõe sua intimidade, mais acessível fica ao monitoramento empresarial e os possíveis constrangimentos e discriminações decorrentes.

O direito fundamental a autodeterminação informativa deve ser exercido pelas pessoas de forma ampla, desde o momento em que resolvem expor determinada informação nas redes sociais até o momento em que passam por um processo seletivo ou contratação.

Os dados pessoais sensíveis podem gerar problemas relacionados a discriminação entre outros, o que significa dizer que, em regra, somente devem ser informados com a aceitação

(34) PORTUGAL. *Acórdão n. 306/03*. Publicado no site do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.