ANA FRANCISCA MOREIRA DE SOUZA SANDEN

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO
NO DIREITO BRASILEIRO**

**Um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador
da informação relativa ao empregado**

TESE DE DOUTORADO APRESENTADA AO DEPARTAMENTO DE DIREITO
DO TRABALHO E DE SEGURIDADE SOCIAL

ORIENTADOR: PROF. DR. PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO**

2012

ANA FRANCISCA MOREIRA DE SOUZA SANDEN

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO
NO DIREITO BRASILEIRO**

**Um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador
da informação relativa ao empregado**

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de
Direito do Trabalho e de Seguridade Social da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade
Social.

Professor orientador: Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira
de Oliveira

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO**

2012

SANDEN, Ana Francisca M. de Souza

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO NO DIREITO
BRASILEIRO:** um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da
informação relativa ao empregado

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, como
exigência parcial para obtenção do título de Doutor
em Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Dedico este trabalho ao meu marido,
Andreas, à minha mãe, Helena,
e aos meus filhos, Antônia e Tobias,
sempre presentes.*

*Ao Professor Dr. Dietrich von Stebut
e ao meu pai, José Rubem,
sempre na memória.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, pelo firme apoio e por ter acreditado desde o início neste projeto.

A Andreas Sanden, pelo estímulo e companheirismo e pela escuta atenta e terna presença.

A Vera de Hesselle, Bruno Speck, Honorina de Almeida, Fernando Aurélio Zilveti, Jan Peter Schmidt, Ana Paula Gordilho Pessoa, Axel Weber, José Rubem M. de Souza Filho e Claudia Souza, pelas muitas e ricas oportunidades de diálogo.

A Fabiana Vieira e a Rodrigo Cipriano, pelo suporte prestado.

A Ivana Traversim, pela dedicada revisão do texto.

A todos os que, embora não expressamente aqui nomeados, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O estudo explora a questão de como o Direito do Trabalho brasileiro protege a informação pessoal do empregado perante o empregador e se essa proteção considera deliberadamente os riscos subjacentes ao uso da informação em ambiente de crescente processamento automático.

No Capítulo I, apresenta-se no contexto internacional o problema da obtenção e do uso pelo empregador da informação relativa ao empregado em um ambiente de crescente automatização e justifica-se a necessidade de sua abordagem no Direito brasileiro.

No Capítulo II é examinado o arcabouço da proteção de dados pessoais do empregado nas normas internacionais.

No Capítulo III, buscam-se os fundamentos do conceito de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente na órbita constitucional, sob a fórmula do direito à autodeterminação informativa.

O Capítulo IV traça um quadro geral da proteção da informação relativa ao empregado no Direito do Trabalho brasileiro, considerando os limites à obtenção e ao uso da informação pessoal, os deveres do empregador como responsável pelo acervo de informações pessoais que mantém e os direitos diretamente relacionados à autodeterminação informativa.

O Capítulo V investiga as potencialidades do quadro normativo brasileiro atual para oferecer uma proteção ao empregado que se aproxime das finalidades almejadas nas normas internacionais setoriais.

Palavras-chave: dados pessoais – autodeterminação informativa – privacidade do empregado – direitos da personalidade do empregado

ABSTRACT

The study is concerned with the question of how the Brazilian Labor Law protects the employee's personal information from collection and use by the employer and whether it considers the threats to the employee that arise from increasing automatic processing.

Chapter I presents, in the international context, the problem of the employer's collecting and using the employee's personal information in a world of increasing automation and justifies the need for its approach in the Brazilian Law.

Chapter II presents the employee's data protection framework proposed in international agreements.

Chapter III discusses the fundamentals of the concept of "personal data" and its formulation as informational self-determination in the Brazilian Law and in the Brazilian Constitution.

Chapter IV offers a general picture of the protection of the employee's information in the Brazilian Labor Law, considering the limits to its collection and use, the obligations of the employer as responsible for the retrieval of the stored data, and the employee's rights regarding informational self-determination.

Chapter V investigates the possibilities of the present Brazilian Legal framework in offering protection to the employee on the same basis as proposed in sectorial international agreements.

Keywords: personal data – informational self-determination – employee's privacy
– right to privacy

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- Apec** – Asia-Pacific Economic Cooperation.
- ArbRAktuell** – Arbeitsrecht Aktuell.
- Art./Arts.** – Artigo / Artigos.
- BNDES** – Banco Nacional do Desenvolvimento Social.
- CC** – Código Civil.
- CDC** – Código de Defesa do Consumidor.
- CF** – Constituição Federal de 1988.
- CLT** – Consolidação das Leis do Trabalho.
- CNPD** – Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal.
- Convenção 108** – Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Relação ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais do Conselho da Europa, também conhecida como Convenção n.º 108.
- CP** – Código Penal.
- CTPS** – Carteira de Trabalho e Previdência Social.
- GT29** – Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados.
- JTJ** – Jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- MTE** – Ministério do Trabalho e Emprego.
- NR** – Norma Regulamentadora.
- NVwZ** – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.
- NZA** – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
- OCDE** – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
- OIT** – Organização Internacional do Trabalho.
- ONU** – Organização das Nações Unidas.
- PL** – Projeto de Lei.
- PCMSO** – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional.

R(89)2 – Recomendação n.º R(89)2 do Comitê de Ministros dos Estados-Membros do Conselho da Europa.

Rais – Relação Anual de Informações Sociais.

RdA – Recht der Arbeit.

RF – Revista Forense.

RFID – *Radio-Frequency Identification*, que em português significa “Identificação por Radiofrequência”.

RMDECC – Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor.

RRP-OIT – Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores.

RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça.

RT – Revista dos Tribunais.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TRT – Tribunal Regional do Trabalho.

USP – Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
 CAPÍTULO I. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA: DESAFIOS JURÍDICOS DO PROCESSAMENTO AUTOMÁTICO PELO EMPREGADOR DA INFORMAÇÃO RELATIVA AO EMPREGADO.....	 19
1. Riscos para o empregado decorrentes do processamento automático de suas informações pessoais.....	21
2. Contexto da proteção de dados pessoais do empregado no âmbito internacional.....	26
2.1. Conselho da Europa.....	32
2.2. União Europeia.....	34
2.3. Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho.....	37
3. Situação da questão no quadro normativo brasileiro e a necessidade de uma abordagem jurídica.....	40
4. Delimitação do objeto de estudo.....	44
 CAPÍTULO II. O ARCABOUÇO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO NAS NORMAS INTERNACIONAIS.....	 46
1. Dados e informações.....	46
2. Conceitos de “dados pessoais”.....	48
2.1. “Qualquer informação”.....	49
2.2. “Relativa a”.....	51
2.3. “Indivíduo”.....	54
2.4. “Identificado” ou “identificável”.....	55
2.5. “Fins empregatícios” e “trabalhador”.....	57

3. Operações de processamento.....	59
4. Informação mantida manualmente e eletronicamente.....	60
5. Destinatários das normas de proteção.....	63
6. Princípios da proteção: uma visão geral.....	65
7. Princípio da licitude e da lealdade.....	70
7.1. O papel do consentimento.....	74
7.2. Dados sensíveis.....	77
8. Princípio da finalidade.....	78
9. Princípios da proporcionalidade e da necessidade.....	80
10. Participação da representação dos empregos.....	82
11. Direitos.....	84
12. Deveres do responsável pelo processamento.....	87
13. Em que consiste a proteção de dados pessoais do empregado?	90

CAPÍTULO III. QUADRO NORMATIVO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....95

1. Introdução.....	95
2. Sigilo das comunicações de dados.....	97
3. Habeas data, banco de dados e defesa do consumidor.....	101
4. Proteção em face da automação.....	104
5. Vida privada, intimidade, privacidade e direitos da personalidade.....	105
6. Direito à autodeterminação informativa.....	112
7. Dados pessoais do empregado na legislação trabalhista.....	116
8. Balanço.....	119

CAPÍTULO IV. PROTEÇÃO DA INFORMAÇÃO RELATIVA AO EMPREGADO NO DIREITO BRASILEIRO.....	121
1. Terminologia.....	122
2. Alicerces doutrinários: panorama geral.....	123
2.1. Poder de direção e subordinação: limites.....	128
2.2. Colisão de direitos fundamentais, ponderação de interesses e critérios.....	143
3. Proteção da informação nas tratativas pré-contratuais, no curso do contrato e no pós-contrato.....	149
3.1. Limites à obtenção e ao uso da informação relativa ao candidato ou ao empregado.....	152
3.1.1. <i>Quadro Normativo</i>	152
3.1.2. <i>Doutrina e precedentes</i>	157
3.2. Obrigações referentes ao acervo de informações em poder do empregador, direitos pleiteados e âmbito da proteção.....	170
4. Proteção da informação e proteção de dados pessoais do empregado: confluências e desencontros.....	180
 CAPÍTULO V. RUMO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO NO DIREITO BRASILEIRO.....	 185
1. Perspectivas e prospecções.....	185
2. O papel da informação pessoal do empregado nas relações empregatícias e os interesses em conflito na sua obtenção e uso.....	189
3. Sobre a necessidade de um marco regulatório.....	197
4. Efeito protetivo de <i>lege lata</i>: caminhos possíveis.....	201
4.1. Princípios da proteção e da construção de limites à obtenção e ao uso da informação pessoal do empregado: algumas sugestões.....	204

4.1.1. Limitação aos meios ou métodos para a obtenção e o uso da informação pessoal.....	209
4.1.2. Proteção de alguns tipos de informação (dados sensíveis).....	216
4.1.3. Limites ao direito de perguntar do empregador.....	218
4.1.4. Limites ao acesso a fontes externas.....	221
4.2. Princípios da proteção, gerência do acervo de informações e direitos relacionados à autodeterminação informativa.....	224
4.2.1. Possibilidades de autorregulamentação.....	227
CONCLUSÃO.....	230
ANEXO 1.....	235
ANEXO 2.....	241
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	248

INTRODUÇÃO

Desde o final da década de 1960 as preocupações com os riscos decorrentes do processamento automático de informações relativas à pessoa integram a agenda de debates internacionais. No campo político e jurídico, entra em cena um conceito novo – o de dados pessoais. E em torno dele surgem princípios, estabelecendo condições para a coleta e o processamento de informações pessoais alheias, deveres para quem as mantém sob sua responsabilidade e direitos para os titulares dos dados pessoais, como, por exemplo, o de ter acesso, corrigir, bloquear ou apagar as informações que estão em poder do responsável pelo processamento.

As relações empregatícias são um verdadeiro sorvedouro de informações pessoais do empregado, sendo o empregador seu principal depositário. Já na seleção do candidato pergunta-se sobre sua vida pregressa, formação, dados de identificação, e são feitos testes e entrevistas. No curso do contrato de trabalho e, em algumas situações, mesmo após seu término, o empregador, no cumprimento de obrigações legais ou no exercício de poderes de organização, controle e disciplina, também obtém e usa uma gama imensa de informações pessoais do empregado.

A informatização permite que a informação seja colhida por sistemas de supervisão incessante e por mecanismos cujo funcionamento não são acessíveis aos trabalhadores. Em algumas situações é o próprio empregado que alimenta o banco de informações sobre ele, uma vez que a interação e a participação ativa são estimuladas pelas tecnologias da comunicação. Esses aspectos já indicam que as atuais possibilidades de lidar com as informações pessoais do empregado pelo empregador representam inegável ameaça a seus direitos fundamentais.

De outro lado, as relações empregatícias estão imersas em um contexto no qual a empresa é levada a explorar ao máximo as tecnologias da informação e da comunicação (TICs) para aumentar sua competitividade.

Além das oportunidades associadas diretamente à celebração ou à execução do contrato de trabalho, o empregador obtém dados pessoais do empregado em razão da necessidade de cumprimento de políticas públicas. As relações empregatícias são um importante palco para a realização de objetivos diversos, como a inclusão de determinados grupos no mercado de trabalho, o cumprimento de padrões no atendimento ao consumidor, a gestão da saúde ocupacional dos empregados e o pagamento de benefícios previdenciários a empregados ou a seus familiares. Normalmente, o empregador funciona como estação de trânsito das informações necessárias para a realização desses misteres. E, em ambiente marcado pelo uso das tecnologias da informação e da comunicação, todas essas informações, mesmo que fragmentárias, formam uma base de dados multifuncional que, por meio das operações de processamento, propiciam a exploração de acordo com as expectativas e as políticas empresariais e trazem o risco de fragilizar a posição do empregado e de prejudicá-lo.

Na Constituição brasileira, não existe previsão expressa de proteção de dados pessoais, e a legislação infraconstitucional ainda não apresenta um modelo regulatório prévio para resolver esses problemas. Aliada a essa falta de clareza da legislação, as questões envolvendo a obtenção e o uso por parte do empregador de informações relativas ao empregado não receberam ainda a devida atenção na doutrina juslaboral brasileira. Elas são incluídas em estudos sobre temas mais genéricos, como o da preservação da intimidade e da vida privada do empregado ou das condutas discriminatórias; ou então em estudos nos quais o problema é tratado preferencialmente em relação a aspectos específicos do exercício do poder diretivo, como o controle de e-mails.

Justificam-se, assim, a atualidade do tema e o interesse em explorar a questão sobre como o Direito do Trabalho brasileiro protege a informação pessoal do empregado e se essa proteção considera deliberadamente os riscos subjacentes a seu uso em um ambiente de crescente processamento automático.

Considerando-se a pessoa do empregado e o fluxo de informações relativas a ela no contexto do contrato de trabalho, a proteção de dados pode ser estudada tanto na relação do empregado com o empregador quanto do ponto de vista de sua coleta e retenção realizada

pelo Poder Público no exercício de intervenções regulatórias ou fiscalizatórias. São situações distintas, governadas por pressupostos e dinâmicas diferentes, destacando-se as marcas da subordinação e da contratualidade em uma e da soberania e da legalidade na outra. O presente estudo abordará exclusivamente a primeira situação, isto é, o processamento da informação relativa ao empregado pelo empregador.

Embora integrem inegavelmente o campo abrangido pelo tema “proteção de dados pessoais do empregado”, não serão aqui tratadas de forma aprofundada as inúmeras questões envolvendo o processamento de dados pessoais do empregado em situações específicas, como dados médicos e dados relativos a testes sobre o uso de álcool e de drogas. Também não se adentrará a análise específica de grupos de casos determinados, nos quais tradicionalmente a informação pessoal recebe tratamento automático, como na fiscalização por meio de câmeras de vídeo, nas gravações de comunicações telefônicas, no controle do uso de telefones e de celulares, no monitoramento de e-mail, no controle de acesso à Internet, na transferência de dados do empregado para advogados e para a Justiça e na utilização da informação relativa ao empregado como meio de prova. Todas essas situações são revestidas de inúmeras peculiaridades, que devem ser consideradas para uma avaliação consistente de seus problemas específicos quanto aos riscos para os direitos fundamentais do empregado – o que desborda o objetivo desta pesquisa.

As implicações processuais do exercício dos direitos decorrentes da autodeterminação informativa, assim como a investigação de situações fronteiriças à relação de emprego que eventualmente justificariam a proteção da informação pessoal dos trabalhadores também não serão exploradas na estrutura concebida para tratar da questão neste estudo.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há uma proteção de dados pessoais estruturada, mas na experiência internacional existem iniciativas importantes que se ocuparam em propor mecanismos regulatórios talhados especificamente para o setor empregatício. Por essa razão, no Capítulo I, houve a necessidade de apresentar inicialmente no contexto internacional o problema da obtenção e do uso da informação

relativa ao empregado em um ambiente de crescente automatização, para depois situá-lo no quadro normativo brasileiro e justificar a necessidade de sua abordagem.

No Capítulo II são apresentadas as principais estruturas do arcabouço da proteção de dados pessoais do empregado nas normas internacionais. Os conceitos centrais de “dados pessoais” e os aspectos essenciais para a compreensão da arquitetura da proteção oferecida por essas normas são estudados. Pretende-se oferecer parâmetros para a posterior análise do tratamento que a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras dão à obtenção e ao uso pelo empregador de informações relativas ao empregado.

Com o objetivo de situar fundamentos que permitam a articulação de uma proteção de dados pessoais do empregado equivalente à proposta pelo arcabouço estudado no capítulo anterior, o Capítulo III busca os lineamentos do conceito de “dados pessoais” no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente na órbita constitucional, sob a fórmula do direito à autodeterminação informativa.

Observando os elementos apresentados, o Capítulo IV examina a expressão do direito à autodeterminação informativa na doutrina e nos precedentes trabalhistas nacionais. São apresentados os alicerces doutrinários sobre como é concebido o conflito entre os interesses do empregado (principalmente os protegidos pelos direitos da personalidade) e os interesses do empregador no exercício do poder diretivo. O capítulo traça um quadro geral da proteção da informação relativa ao empregado no Direito brasileiro, considerando o tripé objeto de regulação nas normas internacionais: os limites à obtenção e ao uso da informação pessoal; os deveres do empregador como responsável pelo acervo de informações pessoais que mantém; e os direitos diretamente relacionados à autodeterminação informativa. Ao final, avalia-se em que medida as soluções atualmente propostas têm pontos de confluência com o arcabouço da proteção de dados pessoais do empregado a que se faz referência no Capítulo II e se elas o instrumentalizam a exercer o controle sobre as informações a seu respeito em poder do empregador.

No Capítulo V, averiguam-se as potencialidades do quadro normativo brasileiro atual para oferecer uma proteção ao empregado que se aproxime das finalidades almejadas nas normas internacionais setoriais. Após uma reflexão sobre o que essencialmente está em

jogo na proteção de dados pessoais do empregado, os interesses envolvidos e o papel da informação nas modernas relações empregatícias, examina-se a necessidade de lei para alcançar os fins protetivos. O capítulo é concluído com algumas sugestões em direção à consolidação da construção de uma proteção da informação pessoal do empregado no Direito do Trabalho brasileiro mais próxima das finalidades da proteção de dados pessoais. As sugestões giram em torno dos três principais eixos objeto de regulação nas normas internacionais: os limites à obtenção e ao uso da informação pessoal; os deveres do empregador como responsável pelo acervo de informações pessoais que mantém; e os direitos diretamente relacionados à autodeterminação informativa.

CAPÍTULO I

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA: DESAFIOS JURÍDICOS DO PROCESSAMENTO AUTOMÁTICO PELO EMPREGADOR DA INFORMAÇÃO RELATIVA AO EMPREGADO

Nos anos 1960, o processamento automático da informação estava adstrito a instituições governamentais e a grandes empresas do setor privado. Os equipamentos tinham custo muito elevado e necessitavam de uma base física de grande porte.

Hoje, no entanto, mesmo empreendimentos de pequena envergadura, como uma banca de jornal, utilizam corriqueiramente recursos tecnológicos. Os imensos computadores e demais acessórios cederam lugar a equipamentos cada vez menores e leves e já existe inclusive desenvolvimento de tecnologia em dimensões nano.¹ Pode-se dizer que as barreiras econômicas e físicas foram superadas e as operações de tratamento automático da informação são feitas com grande naturalidade e vistas como uma facilidade da qual não se pode abrir mão.

Com a brutal queda nos custos de armazenagem, transmissão e processamento da informação, a minimização da coleta de dados pessoais não encontra estímulo econômico nem técnico. O aperfeiçoamento das tecnologias permite a extração precisa de informação em um imenso oceano não diferenciado de dados com o uso de recursos como o *data mining*,² a *ubiquitous observation*³ e os algoritmos,⁴ propiciando o aumento do uso de

¹ Um nanômetro corresponde a um milionésimo de milímetro. A nanotecnologia envolve a manipulação da matéria em escala atômica ou molecular, cf. verbete “nanotecnologia”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Nanotecnologia>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

² A expressão significa “mineração de dados” (tradução livre). Trata-se da busca de padrões com verificação cruzada de resultados em determinada base de dados. Técnica de coleta de dados pessoais, cf. SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. *Privacy law in a nutshell*. St. Paul: Thompson/West, 2008, p. 338-339. “Consiste na busca de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a partir de quantidades muito grandes de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos”, cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 176.

³ A expressão significa “observação ubíqua” (tradução livre). O termo foi cunhado para descrever programas de vigilância prolongada de indivíduos em áreas geográficas, cf. SOMA, op. cit., p. 338.

dados pessoais para propósitos para os quais eles não foram originariamente coletados. Nunca foi tão fácil identificar, compartilhar, duplicar, transferir e portar informações em escala mundial com tecnologias como Web 2.0,⁵ RFID⁶ e biometria.⁷

As informações sobre o indivíduo contidas nesse imenso acervo podem ser usadas para muitos fins, inclusive para seleção, vigilância, marketing e exercício de controle. Por exemplo, as organizações, com a facilidade proporcionada pelo uso do computador e das tecnologias da informação, podem se engajar numa triagem em que pessoas ou grupos de pessoas seriam separados de acordo com a presunção de um valor econômico, social ou político.⁸ Decisões que afetam significativamente os indivíduos podem ser tomadas com base apenas na interconexão e na análise de dados feitas por algoritmos⁹ criados dinamicamente e que são frequentemente incompreensíveis para quem os aplica.

Na atualidade, as relações produtivas e laborais se desenvolvem em ambiente no qual empresas e empregados são estimulados não só a utilizar os meios tecnológicos, mas também a extrair deles o máximo de vantagem, seja da interoperacionalidade dos diversos sistemas, suportes, aplicações e serviços, seja das telecomunicações fixa e móvel.¹⁰ Frequentemente, o próprio sistema ou o equipamento “convidam” a fazer algum tipo de

⁴ “Um algoritmo é um conjunto finito de regras que fornece uma sequência de operações para resolver um problema específico”, cf. CRUZ, Adriano Joaquim de Oliveira. *Algoritmos. Núcleo de Computação Eletrônica da Universidade Federal do Rio de Janeiro*. 1997. Disponível em: <<http://equipe.nce.ufrj.br/adriano/c/apostila/algoritmos.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

⁵ O termo designa a segunda geração de comunidades e serviços que tem a Internet como plataforma, mas associada a aplicativos e técnicas que permitem maior interação e participação dos usuários. Ver verbete “Web 2.0” na Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Web_2.0>. Acesso em: 21 mar. 2012.

⁶ RFID é a sigla de *Radio-Frequency Identification*, originária da língua inglesa, que em português significa *Identificação por Radiofrequência*. Trata-se de um método de identificação automática por sinais de rádio, recuperando e armazenando dados remotamente através de dispositivos denominados etiquetas RFID. (Grifos apostos.)

⁷ O termo refere-se aqui “à medida de características físicas ou comportamentais das pessoas como forma de identificá-las unicamente”, cf. verbete “biometria” na Wikipédia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Biometria>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

⁸ REGAN, Priscilla M. *The United States*. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 61.

⁹ Ver nota 4.

¹⁰ GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 10. Entretanto, os meios tecnológicos não são utilizados de maneira uniforme pelos vários arranjos produtivos, cf. DÄUBLER, Wolfgang. *Internet und Arbeitsrecht*. Frankfurt: Bund, 2009, p. 55.

tratamento ou coleta de dados, porque seu software foi assim construído ou programado.¹¹ Vivemos na chamada “sociedade da informação”, caracterizada pela centralidade da informação no papel de criar conhecimento, produzir riquezas e satisfazer as necessidades, ao mesmo tempo em que é produto independente e fator de produção decisivo.¹²

Em um mundo marcado pela utilização massiva do processamento automático de informações, parece inevitável que se levantem questões sobre as práticas que devem governar a coleta, o armazenamento e o uso da informação relativa ao empregado.

1. Riscos para o empregado decorrentes do processamento automático de suas informações pessoais

Desde que se começou a fazer anotações sobre os ocupantes de empregos, funções e cargos, tornou-se pertinente a pergunta sobre o trato das informações armazenadas nesses registros.¹³

Não é nova a prática do empregador de coletar informações sobre a experiência e os conhecimentos do empregado, suas características físicas e psicológicas, suas habilidades, adaptabilidade, capacidade de compromisso, desempenho e comportamento em geral. Ela está indissociavelmente ligada ao interesse empresarial de aperfeiçoar tanto a produção quanto o processo de seleção de mão de obra e é considerada uma condição elementar do planejamento racional e do monitoramento eficaz de pessoal.¹⁴

¹¹ GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 13.

¹² BÖRNER, Fritjof; et al. *Der Internet Rechtsberater*. Colônia: Bundesanzeiger Verlag, 1999, p. 25.

¹³ A prática de colher informações nasceu no serviço público no século XVIII (já em 1726 foi introduzido o “*Geheimen Conduitenlisten*” na Prússia de Friedrich Wilhelm I) e só no começo do século XX é utilizada pelos empregadores quando há a necessidade de mão de obra especializada, cf. GOLA, Peter; WRONKA, Georg. *Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz*. Frechen: Datakontext, 2008, p. 22.

¹⁴ PRIVACY PROTECTION STUDY COMMISSION. Appendix 3 to The Report of the Privacy Protection Study Commission, Employment Records. Jul. 1977, p. 4-6. Disponível em: <<http://epic.org/privacy/ppsc1977report/appendix3.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

O que mudou é o fato de que o processamento de quantidade virtualmente ilimitada de informação sobre os empregados passou a ser um componente absolutamente normal da vida de (ou no) trabalho.¹⁵

A verdadeira faina em coletar e reter informações relativas ao empregado não se assenta exclusivamente no interesse do empregador. As intervenções regulatórias do Poder Público objetivando a melhor proteção dos empregados e a distribuição de benefícios sociais também desempenham um importante papel, porque ampliam a gama de informações colhidas e processadas pelo empregador. Podem ser incluídos, exemplificativamente, a gerência da saúde ocupacional e as informações exigidas para fins previdenciários ou fiscais. Não menos importantes são as interfaces criadas com o Estado, que considera a relação de emprego uma boa fonte de informações, inclusive para fins de tributação. Todas essas ações resultam na ampliação da coleta e da retenção de informações relativas ao empregado.¹⁶

Do ponto de vista da gestão da informação, o uso de computadores e o desenvolvimento das tecnologias da informação resolveram vantajosamente problemas que pareciam inicialmente insolúveis: o espaço para armazenamento; a acessibilidade e a operacionalidade da informação; e a vinculação da informação. Com efeito, os limites físicos de armazenamento praticamente desapareceram. Os dados coletados durante anos permanecem presentes e usáveis e é possível sua adição e correção, tornando a informação confiável, constantemente disponível e inteiramente utilizável. Uma vez armazenados, os dados podem ser livremente combinados e usados para múltiplas finalidades.¹⁷

Como as tecnologias de processamento permitem que se quebre a relação com o propósito original da coleta, os dados que ingressam no sistema do empregador formam uma base de informação multifuncional. Isso significa que, independentemente do empregador ter discernimento dessa possibilidade, os dados estocados podem ser

¹⁵ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 357.

¹⁶ Id. Ibid., p. 357.

¹⁷ Id., Developments in the protection of workers' personal data. In: *Conditions of work digest. Workers' privacy*. Part I: Protection of personal data, v. 10, n.º 2, 1991. Genebra: International Labour Office, p. 9-10.

explorados em contextos variados e combinados livremente no sistema controlado e usado por ele e talhado para atender primordialmente a suas necessidades e seus propósitos. Assim, pouco importa para que finalidade a informação é coletada e armazenada: cumprimento de obrigação legal, exigência de norma coletiva ou execução do próprio contrato de trabalho. Se ela transitou no sistema de processamento do empregador, ficará nele disponível e poderá fazer parte de seu processo decisório. Essa circunstância acaba sendo extremamente vantajosa para o empregador e compensa em grande parte o ônus gerado pela obrigação de coletar dados que lhe é exigida pelo Poder Público. Dessa forma, as intervenções regulatórias acabam por fortalecer sua posição de “estação de trânsito” para uma quantidade cada vez maior de informação sobre o empregado, incrementando, portanto, sua base de dados e a oportunidade de adaptá-los a suas expectativas e políticas.¹⁸

Ilustrativo da possibilidade de uso múltiplo de dados pessoais dos empregados é o caso ocorrido nos anos 1990 com uma empresa na Baviera, Alemanha. Ela pretendia reduzir pessoal sem obter o necessário aval do Conselho da Empresa (*Betriebsrat*). Com base em dados coletados no sistema de administração do pessoal (endereço, idade, situação familiar etc.), a empresa extinguiu a conexão de ônibus que oferecia a seus empregados até uma remota área residencial. As informações retiradas do seu sistema lhe permitiram concluir que a linha atendia principalmente empregadas que eram jovens mães. A extinção da conexão teve por objetivo forçar essas jovens mães a pedir demissão. Calculou-se que as empregadas, sem a facilidade do ônibus, não teriam mais condição de combinar o emprego com as obrigações familiares. Como seriam as próprias empregadas que pediriam a rescisão do contrato, a empresa evitaria a intervenção do Conselho de Empresa (*Betriebsrat*), que seria esperada se a iniciativa de dispensa dela partisse. Nesse caso não foi proposta nenhuma ação judicial, mas a consciência pública do potencial mau uso das informações contidas nos sistemas de administração de pessoal aumentou na Alemanha.¹⁹

¹⁸ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 358.

¹⁹ O caso é relatado por Kilian, cf. KILIAN, Wolfgang. *Germany*. In: BYGRAVE, Lee A. International agreements to protect personal data. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 89.

Atualmente, as coletas e as trocas de informações expandiram-se, e eis que podem ser não só on-line, como através de plataformas nas quais é oferecida a possibilidade de interação. A Web 2.0 permite a participação atuante on-line, isto é, o indivíduo pode apresentar ativamente conteúdos, expressar-se e fazer com que outros participem de sua vida social.²⁰ Essa arquitetura tecnológica estimula o próprio empregado a alimentar o banco de informações relativas a ele por meio de sua participação ao interagir ativamente nas plataformas. Todos esses deslocamentos deixam informações sobre a pessoa: tanto o buscar informações quanto o participar interagindo ativamente nas plataformas.

Por outro lado, por força dos avanços tecnológicos, são cada vez maiores as possibilidades de buscar informação relativa à pessoa por meio das capacidades de conexões e buscas em sistemas separados – o que minimizou a necessidade de administração centralizada de arquivos e a preocupação com sua eficiência interna.²¹

Esse fluxo de informação se faz no contexto da relação jurídica de trabalho subordinado, que apresenta algumas características que propiciam um risco maior à lesão dos direitos da personalidade do empregado.

O trabalho humano, diferentemente do salário, não pode ser separado da pessoa do trabalhador – o trabalho e a pessoa do empregado constituem um todo indivisível. A inseparabilidade entre a pessoa do empregado e o trabalho que realiza faz com que qualquer informação produzida nesse circuito seja considerada dado pessoal, mesmo que concomitantemente se refira ao processo de produção.

²⁰ ERD, Rainer. *Datenschutzrechtliche Probleme sozialer Netzwerke*. NVwZ. Munique: 2011, p. 19. O autor trata de problemas atuais envolvendo as redes sociais e salienta as possibilidades descortinadas pela Web 2.0, que abre a participação ativa on-line. Para ele, o boom das redes sociais tem alto custo, já que os serviços são oferecidos de graça, mas o modelo de negócios é baseado na propaganda montada, em grande parte, com dados pessoais disponíveis na plataforma. Quanto mais detalhados os dados pessoais, maior a chance de as propagandas atingirem o público-alvo.

²¹ A coleta e a troca on-line de informações são algumas das tendências que se consolidam a partir do início dos anos 1990. Sobre os principais desafios para a proteção de dados pessoais em cada década nos Estados Unidos, ver REGAN, Priscilla M. The United States. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 50-79.

A existência de um trabalho juridicamente livre é pressuposto histórico-material e lógico da relação jurídica de trabalho subordinado.²² Isso significa que a sujeição pessoal do trabalhador não está compreendida no conceito de subordinação. O empregador, como responsável pelo tratamento de dados, não pode subverter essa premissa.

O trabalho subordinado proporciona muitas oportunidades de coleta de dados pessoais do empregado, quer pelo cumprimento de obrigações decorrentes do próprio contrato, quer por imposição legal, quer pelo uso das ferramentas de trabalho, quer pela possibilidade de combinar dados disponíveis no sistema do empregador. E, por ser de trato sucessivo e, portanto, protrair-se no tempo, propicia uma multiplicidade de situações para a ocorrência de violações aos direitos da personalidade do empregado.²³

Igualmente importante é o fato de que os métodos desenvolvidos pelo empregador para a coleta e a retenção de dados são construídos com base em uma percepção coletiva dos empregados e, por essa razão, destinam-se a ser aplicados a toda a coletividade considerada ou, pelo menos, a determinados grupos.²⁴

As novas tecnologias de processamento automático trouxeram inegáveis mudanças na capacidade de o empregador ter acesso a informações sobre o empregado, por aumentar sua capacidade de coleta, armazenamento, processamento e incorporação de dados de outras fontes ou de bancos de dados.

Para os empregados, esse incremento trouxe riscos reais e potenciais incalculáveis. Eles são confrontados com um sistema de informação que lhes impõe uma incessante supervisão. A carreira e a manutenção do emprego dependem de um mecanismo que lhes é inacessível e que está exclusivamente sob o controle do empregador. O simples fato de saber que existe um meio de reconstituir suas atividades pelo empregador influi definitivamente no comportamento do empregado, independentemente de que tenha

²² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 81. O autor apresenta um painel das necessidades sociais e econômicas às quais o contrato de trabalho clássico veio a atender.

²³ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. *Revista do Departamento do Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: v. 1, n.º 1, jan./jun. 2006, p. 163.

²⁴ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 369-370.

consciência exata do funcionamento e das potencialidades do sistema. É intuitivo que a informatização leva a uma pressão crescente sobre os empregados, que se veem compelidos a atender a expectativas reais ou presumidas do empregador.²⁵

Por outro lado, a informação sobre o empregado pode estar incorreta ou consolidada de forma equivocada, pode estar sendo coletada sem seu conhecimento, inclusive dados pessoais sensíveis, e pode estar sendo usada para fim diverso do previsto originariamente ao ser colhida. Além disso, existe a possibilidade de os dados pessoais serem transmitidos para terceiros sem o conhecimento do empregado ou sem autorização legal ou contratual.

Outro importante risco é o de que as decisões do empregador estejam sendo tomadas por processos totalmente automatizados.²⁶ Esses riscos justificam as preocupações quanto às operações de coleta, armazenamento e transmissão de informações relativas ao empregado realizadas pelo empregador, assim como a pergunta sobre que respostas o Direito brasileiro apresenta para a proteção do empregado.

2. Contexto da proteção de dados pessoais do empregado no âmbito internacional

As práticas sociais para a obtenção e o uso da informação relativa à pessoa são tão antigas quanto a própria humanidade, assim como a necessidade de se subtrair do olhar alheio.²⁷ Não se pode debitar exclusivamente às técnicas de processamento automático da informação o uso discriminatório ou persecutório da informação assim obtida sobre a

²⁵ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 358.

²⁶ Sobre o papel dos ficheiros relativos ao empregado no processo de tomada de decisão, ver PRIVACY PROTECTION STUDY COMMISSION. Appendix 3 to The Report of the Privacy Protection Study Commission, Employment Records, 1977, p. 15. Disponível em: <<http://epic.org/privacy/ppsc1977report/appendix3.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

²⁷ No épico sumério *Gilgamesh*, composto há mais de 4 mil anos, o personagem Utnapishtim vive como eremita e não revela sua identidade ao visitante Gilgamesh antes de ouvir as razões de sua vinda. Há outros exemplos extraídos da mitologia e da história. Ver a esse propósito SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. *Privacy law in a nutshell*. St. Paul: Thompson/West, 2008, p. 8-10.

pessoa.²⁸ É inegável, entretanto, que o desenvolvimento tecnológico ocorrido nesse campo mudou significativamente o *status quo* informacional das relações existentes, inclusive entre empregados e empregadores.²⁹ Por razões diversas, situações percebidas socialmente como triviais e não problemáticas podem passar a ter natureza controvertida, ser qualificadas como “questão” e, assim, ingressar no debate público.³⁰ Aspectos da problematização das práticas de processamento automático da informação no cenário internacional serão aqui brevemente apresentados.³¹

Na década de 1960, projetos propostos nos Estados Unidos e em alguns países europeus, envolvendo processamento centralizado de dados pessoais por meio de técnicas computacionais, chamaram a atenção não só da opinião pública, mas também dos juristas. As mais influentes democracias do mundo se viram às voltas com preocupações relacionadas ao destino dos dados pessoais mantidos pelo governo e por instituições privadas e, no plano internacional, foram formuladas as principais questões relacionadas às práticas de utilização da informação sobre a pessoa nos termos em que conhecemos hoje.³²

Em 1970, no Conselho da Europa,³³ por exemplo, a discussão é deflagrada³⁴ tendo como pano de fundo os meios de comunicação em massa e a visualização da existência de

²⁸ A coleta maciça de dados pessoais por agentes do Estado em arquivos manuais e em papel já foi utilizada para fins discriminatórios e persecutórios, levando a dispensas, destruição de carreiras e até à morte de pessoas. O nazismo é um exemplo conhecido no século XX.

²⁹ PHARE PROGRAMME TWINNING PROJECT N.º LT02/IB-JH-02/0-3. Data protection in the workplace, p. 4. Disponível em: <<http://www.ada.lt/images/cms/File/Script%20EN%20-%20Data%20Protection%20in%20the%20Workplace.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012. O Phare Programme é um dos três instrumentos de pré-acesso financiados pelas Comunidades Europeias para assistir os países candidatos a ingresso.

³⁰ Sobre a proteção de dados pessoais como questão levada a debate público, ver RULE, James B. Introduction. In: ____; GREENLEAF, Graham. *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 1.

³¹ Para visualizar as principais normas e os documentos internacionais produzidos sobre a proteção de dados pessoais, ver Anexo 1.

³² DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011, p. 1143; e RULE, James B. Introduction. In: ____; GREENLEAF, Graham. *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 1.

³³ Não se confunde o Conselho da Europa (organização internacional com sede em Estrasburgo) com o Conselho Europeu (órgão da União Europeia composto pelos chefes de Estado ou de governo dos países-membros). São objetivos do Conselho da Europa: proteger os direitos humanos, o pluralismo democrático e a observância do Estado de direito (*rule of law*); promover a consciência e encorajar o desenvolvimento da identidade e a diversidade cultural da Europa; encontrar soluções comuns envolvendo os desafios relativos à sociedade europeia; consolidar a estabilidade democrática na Europa mediante a construção de

conflito entre o direito de privacidade e o direito de liberdade de informação, ambos amparados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.³⁵

Os documentos normativos internacionais existentes até então e que tratavam de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁶ (1948), a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais³⁷ (1950) e o Pacto Internacional dos Direitos Políticos³⁸ (1966), reconhecem o direito do indivíduo à proteção da vida privada e familiar. Apesar do reconhecimento desses direitos, subsistiam as ansiedades sobre a suficiência da proteção em face do processamento computadorizado, isto é, automático, de dados pessoais, principalmente no setor privado. A dicção dos textos normativos existentes parecia inapta para bem descrever o problema, indicar as medidas regulatórias para os países signatários e resolver o paradoxo entre, de um lado, a necessidade de intensificar a proteção de dados e, consequentemente, o respeito à vida privada e à pessoa e, de outro, a garantia do livre fluxo de dados pelas fronteiras nacionais e a salvaguarda do direito à liberdade de expressão, direitos igualmente previstos.³⁹

reformas políticas e legislativas. A organização internacional Conselho da Europa é atualmente composta por 47 países, sendo que todos os Estados-Membros da União Europeia a integram.

³⁴ Resolução n.º 428 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 1970. Ver também observações constantes no Anexo 1.

³⁵ Arts. 8.º e 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ver Anexo 1.

³⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art. 12 – Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

³⁷ Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “Art. 8.º – Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito se não quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”. Ver Anexo 1.

³⁸ Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos: “Art. 17 – 1. Ninguém será objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação; 2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques”. Ver Anexo 1.

³⁹ Direitos previstos no art. 8.º e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Cf Anexo 1.

No início dos anos 1980 e na trilha desses questionamentos, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico⁴⁰ deflagrou iniciativa⁴¹ para discutir problemas de fluxo de dados transnacionais. Uma das ideias era harmonizar as legislações nacionais quanto à privacidade dos dados pessoais. O resultado foi a elaboração das Diretrizes sobre a Proteção da Privacidade e o Fluxo de Dados Pessoais Transfronteiriços (*Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*), adotadas em 1980 por meio de recomendação do Conselho dessa instituição. Esse documento formulou os princípios⁴² considerados ainda hoje a pedra de toque da proteção da privacidade na esfera internacional.⁴³ Apesar da adesão aos princípios ser voluntária, muitas legislações nacionais neles se inspiraram de alguma forma.

Praticamente na mesma época, mas em fórum diverso, teve curso no Conselho da Europa outra importante iniciativa de regulação que resultou no primeiro tratado internacional versando sobre proteção de dados pessoais: a Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Relação ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais do Conselho da Europa, também conhecida como Convenção 108.

Esses dois documentos representam marcos fundamentais, pois são berço de muitos dos princípios e normas ainda hoje considerados válidos. Eles tiveram forte influência no desenvolvimento de sistemas regulatórios nacionais. Papel igualmente importante nesse processo é reservado às cortes e aos comitês internacionais que frequentemente extraíram exigências de proteção de textos relativamente lacônicos quanto a direitos humanos.⁴⁴

⁴⁰ A OCDE é uma organização internacional que nasceu em 1960 e tem por objetivo principal promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social. Cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Convenção que institui a OCDE. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/7/0,3746,en_2649_201185_1915847_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 22 mar. 2012.

⁴¹ Em 1977, a OCDE convocou uma conferência internacional para discutir esses problemas.

⁴² Os princípios são os seguintes: coleta limitada; qualidade ou exatidão dos dados; especificação da finalidade; uso limitado; salvaguardas de segurança; transparência; participação individual; responsabilidade.

⁴³ SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. *Privacy law in a nutshell*. St. Paul: Thompson/West, 2008, p. 49.

⁴⁴ BYGRAVE, Lee A. International agreements to protect personal data. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 17.

A proteção de dados pessoais estruturada nesses documentos está assentada na ideia de minimizar os riscos do processamento automático, geralmente implicando uma inversão no modo de tratar a informação coletada, desautorizando qualquer coleta que não tenha justificativa.

As expressões “proteção de dados pessoais” e “*privacy*” começam a ser referenciadas em vários importantes documentos internacionais.

Entre “*privacy*” e “proteção de dados pessoais” as diferenças parecem ser não apenas semânticas, mas também estruturais.⁴⁵ Essas expressões estariam associadas a diferentes tradições jurídicas, cada uma delas com concepções e avaliações próprias do problema. De modo genérico, o enfoque europeu tende a ver na “proteção de dados pessoais” uma questão relacionada intimamente com a proteção da dignidade da pessoa, um valor não só individual, mas também social, principalmente por ser pressuposto da civilidade, do pluralismo e da democracia, um direito fundamental que necessitaria de salvaguardas legislativas amplas e rigorosas. Diferentemente, a tradição americana da “*privacy*” tende a enxergar, em primeiro plano, a necessidade de assegurar a liberdade da pessoa em tensão com as necessidades mais amplas da sociedade, mormente frente à intrusão do Estado. O sentido principal da proteção também é diferente em cada uma das tradições: na europeia, enfatiza-se a restrição às atividades de vigilância de organizações privadas ou do próprio Estado; na estadunidense, a preocupação se dirige aos efeitos da vigilância sobre a privacidade individual, e não sobre a sociedade em geral. Essas diferentes concepções e as tensões entre elas moldam os principais tratados e declarações internacionais sobre o tema. Em nível internacional, o protocolo “Safe Harbor”⁴⁶ é o

⁴⁵ Sobre as expressões “proteção de dados pessoais” e “*privacy*” e a tensão das tradições europeia e americana no contexto da elaboração de importantes documentos internacionais, cf. BYGRAVE, Lee A. International agreements to protect personal data. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 16-19. Veja-se igualmente REGAN, Priscilla M. *The United States*. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 74; e SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. *Privacy law in a nutshell*. St. Paul: Thompson/West, 2008, p. 50.

⁴⁶ O *Safe Harbor* é um programa de certificação do Departamento de Comércio dos Estados Unidos em conjunto com a Comissão Europeia, cujo objetivo é harmonizar as políticas e práticas de proteção de dados pessoais/privacy no comércio entre os Estados Unidos e a União Europeia. Disponível em: <http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018365.asp>. Acesso em: 22 mar. 2012.

exemplo mais notável de conciliação das concepções europeia e americana sobre as questões envolvendo o fluxo de dados pessoais.⁴⁷

Nos últimos 40 anos, houve expressivo crescimento da densidade regulatória internacional, com reflexos nos Estados, que tiveram diminuída sua aptidão de, individualmente, adotar um regime de proteção de dados pessoais exclusivos e descontextualizados.⁴⁸ O peso das normas internacionais é, portanto, considerável e elas frequentemente abrangem áreas que antes eram do campo exclusivo de regulação das políticas nacionais.

Há quem veja mudanças no cenário ideológico e horizontes encapelados para as políticas regulatórias nesse campo. Os principais documentos internacionais de proteção de dados pessoais foram produzidos em torno de doutrinas de direitos humanos e Estado de Direito, sendo que as questões econômicas e de comércio tinham importância marginal. Hoje, a discussão não pode ser separada de questões comerciais nem de outras questões transversais, como as relacionadas a terrorismo, segurança nacional e de cumprimento da lei (efetividade da lei). É possível uma mudança de tom com a entrada em cena da China e a concretização das práticas desenvolvidas pela *Apec Privacy Framework*.^{49 50}

A primeira geração de normas internacionais de proteção de dados pessoais foi marcada pela utilização de normas de múltipla abrangência. As regras assim talhadas foram pensadas para incluir elementos essenciais das leis existentes nos Estados-Membros ou para alcançar um compromisso que garantisse a aceitação mais ampla possível.⁵¹ Seu

⁴⁷ SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. *Privacy law in a nutshell*. St. Paul: Thompson/West, 2008, p. 51.

⁴⁸ Nesse sentido, ver BYGRAVE, Lee A. International agreements to protect personal data. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 17.

⁴⁹ Apec é a sigla para Asia-Pacific Economic Cooperation e é também o primeiro fórum econômico da região. Em 2005 foi criado o *Privacy Framework* para tratar das questões relacionadas ao compartilhamento de informações entre governos, transferências de informações entre as economias dos países membros e o estabelecimento de um conjunto de princípios sobre proteção de dados pessoais/privacidade. ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION. Privacy framework. Disponível em: <<http://www.apec.org/About-Us/About-APEC/Fact-Sheets/APEC-Privacy-Framework.aspx>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

⁵⁰ Esse cenário prospectivo das tendências no âmbito internacional está na parte final do art. de BYGRAVE, op. cit., p. 47-49.

⁵¹ Essa observação consta de vários estudos. Ver BYGRAVE, Lee A. International agreements to protect

manifesto traço desvantajoso está na extrema amplitude da regulamentação, na deliberada abstenção em tratar dos usos particulares ou setoriais dos dados pessoais e na opção de usar poucas normas genéricas, aplicáveis, em princípio, para qualquer coleta, retenção ou transmissão de dados pessoais.

Algumas instâncias internacionais criaram normas setoriais específicas de proteção de dados pessoais para o contexto da relação de trabalho subordinado, como Conselho da Europa e Organização das Nações Unidas, através da Organização Internacional do Trabalho.⁵² Outras estudam a possibilidade de fazê-lo, como União Europeia.⁵³

A despeito das normas internacionais só adquirirem validade no Direito brasileiro se observadas as regras internas relativas à sua ratificação, seus princípios podem ser considerados da perspectiva do desejo de integração e de uniformização numa economia globalizada.⁵⁴

2.1. Conselho da Europa

No Conselho da Europa, a proteção de dados pessoais é tratada em três âmbitos diferentes. Ela está presente em convenções, na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e em recomendações e resoluções. Note-se que a proteção de dados pessoais do empregado é objeto de recomendação específica, a Recomendação n.º R(89)2 do Comitê de Ministros dos Estados-Membros do Conselho da Europa (1989).

personal data. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 15-26; e SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 351.

⁵² Recomendação n.º R(89)2 e, posteriormente, o RRP-OIT. Cf. Anexo 1.

⁵³ Na União Europeia, a questão da proteção de dados pessoais no setor do emprego surge primeiramente em uma Comunicação de 1997, na qual a Comissão se compromete em adotar uma comunicação sobre a proteção de dados pessoais nesse setor, cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Communication on the social and labour market dimensions of the information society: people first – the next steps*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0390:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 22 mar. 2012. Até o momento não há regulamentação setorial no âmbito da União Europeia.

⁵⁴ Nesse sentido, ver SILVA, Otavio Pinto e. Fontes do direito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 96. São Paulo: 2001, p. 214.

Quanto ao primeiro âmbito, foi com a já mencionada que essa organização internacional reconheceu expressamente o direito autônomo de proteção de dados pessoais. Ela foi ratificada por todos os Estados-Membros integrantes da União Europeia e é aplicável tanto no setor público quanto no privado em relação ao processamento de arquivos de dados pessoais automatizados ou ao processamento automático de dados. Os princípios nela formulados serão posteriormente adotados e aperfeiçoados por outros documentos normativos. Ela não é aplicável diretamente porque está apoiada em formulações bastante genéricas, o que demanda que os Estados convenientes adotem medidas para sua implementação. Ademais, a Convenção 108 contém uma ampla gama de exceções, inclusive a possibilidade de derrogação da proteção se houver previsão na lei nacional e constitua medida necessária numa sociedade democrática. Essas características dificultam a invocação direta pelos indivíduos perante as cortes.

Quanto ao segundo âmbito, isto é, o campo jurisprudencial, extensa casuística⁵⁵ da Corte Europeia dos Direitos Humanos⁵⁶ entende que, embora não expressamente mencionado, o direito à proteção de dados pessoais já estaria contido no próprio art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos,⁵⁷ de 1950, o mais proeminente instrumento do Conselho da Europa, ratificado por todos os Estados-Membros da União Europeia. Com efeito, a Corte Europeia de Direitos Humanos teve oportunidade de se pronunciar, em várias ocasiões, sobre a proteção da privacidade e da vida privada envolvendo a proteção de dados. Ela entendeu⁵⁸ que o art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos não contém apenas obrigações negativas para os convenientes: os Estados-Membros devem não

⁵⁵ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. *Data protection in the European Union: the role of national data protection authorities. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II*. 2010, p. 12. Disponível em: <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection_en.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2012.

⁵⁶ A Corte Europeia de Direitos Humanos foi criada na Convenção Europeia de Direitos Humanos com o objetivo de zelar pelo cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-Membros que a ratificaram.

⁵⁷ Essa convenção é de 1950, e esse simples fato talvez justifique a ausência desse reconhecimento expresso, já que o debate sobre proteção de dados ganhou corpo apenas nos anos 1970, com os avanços tecnológicos.

⁵⁸ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. *Data protection in the European Union: the role of national data protection authorities. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II*. 2010, p. 13. Disponível em: <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection_en.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2012.

só não interferir no direito à privacidade, como também adotar medidas para assegurar o respeito à vida privada, mesmo na esfera dos próprios indivíduos.

Quanto ao terceiro âmbito, ainda nos anos 1970 e praticamente concomitantemente às primeiras normas internacionais de múltipla abrangência, consolidaram-se os debates no Conselho da Europa em torno dos problemas verificados no uso setorial dos dados pessoais. Foram adotadas inúmeras resoluções na mesma década e, na seguinte, várias recomendações abordando problemas setoriais específicos da proteção de dados pessoais.⁵⁹

Expressão dessa visão é a Recomendação n.º R(89)2,⁶⁰ que trata propriamente da proteção de dados pessoais para fins de emprego. Como registra seu Memorando Explicatório, é largamente aceita a necessidade de adaptar-se aos amplos princípios introduzidos pela Convenção 108 para as necessidades peculiares de determinados setores. Fiel a esse entendimento, o Comitê de Ministros já havia adotado cinco outras recomendações,⁶¹ cada uma delas tratando de diferentes aspectos setoriais.

2.2. União Europeia

No âmbito da União Europeia não há regra específica para fins de proteção de dados pessoais dos empregados, sendo aplicáveis integralmente as diretivas que tratam da proteção de dados da pessoa natural.

A Diretiva 95/46/CE é um dos últimos exemplos de utilização da técnica regulatória de múltipla abrangência, que caracterizou as normas da primeira geração sobre proteção de dados pessoais. Resultou de uma escolha estratégica, num contexto de incertezas. Embora naquele momento o legislador pudesse intuir que as implicações do

⁵⁹ Ver Anexo 1. Nele há um rol das principais resoluções e recomendações editadas pelo Conselho da Europa.

⁶⁰ R(89)2, cf. Anexo 1.

⁶¹ Recomendação R(81)1, regulando bancos de dados médicos automatizados; R(83)10, sobre proteção de dados pessoais usados para pesquisa científica e estatística; R(85)20, sobre a proteção de dados pessoais usados para mala direta; R(86)1, sobre a proteção de dados pessoais usados para fins de seguro social; R(87)15, que regula o uso de dados pessoais no setor policial.

processamento automático de dados eram suficientemente importantes para justificar uma regulação, ele não tinha ainda a necessária clareza das radicais transformações que sua utilização traria para as atividades governamentais e privadas.⁶²

Desde 1997,⁶³ discute-se se haveria a necessidade de pormenorizar a aplicação dos princípios no contexto da relação empregatícia. As bases da discussão se fundam nos seguintes pressupostos: natureza genérica da Diretiva 95/46/CE; reconhecimento de que existem circunstâncias nas quais os dados pessoais são processados no contexto da relação empregatícia que apresentam problemas específicos para os trabalhadores, que não são adequadamente contemplados na Diretiva; existência de previsão específica e vinculante nas legislações nacionais de vários Estados-Membros contemplando a proteção de dados no contexto da relação de emprego; existência de padrões internacionais que estabeleceram procedimentos vinculantes para o processamento de dados do empregado; necessidade de ação da União (princípio da subsidiariedade)⁶⁴ ditada por essas circunstâncias.

Na avaliação da Comissão,⁶⁵ essas razões indicariam a necessidade de uma proteção mais consistente dos dados pessoais dos trabalhadores no âmbito da União Europeia, devendo ser dirigida principalmente para os seguintes aspectos: consentimento; dados médicos; testes genéticos e de drogas; monitoramento e vigilância.

A despeito de não terem sido editadas regras setoriais específicas, a proteção de dados pessoais do empregado foi tema de vários documentos na União Europeia, com destaque para os produzidos pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para Proteção de

⁶² SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 355.

⁶³ COMISSÃO EUROPEIA, *Communication on the social and labour market dimensions of the information society: people first – the next steps*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0390:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

⁶⁴ De acordo com o art. 5.º do Tratado CE, a União só age se e na medida em que os objetivos da ação proposta não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros e, por razões de escala ou de efeitos da ação proposta, possam ser mais bem alcançados pela União.

⁶⁵ DIREÇÃO-GERAL DO EMPREGO, ASSUNTOS SOCIAIS E IGUALDADE DE OPORTUNIDADES DA COMISSÃO EUROPEIA. *Communication from the Commission: first stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data*, 2001, p. 3. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2504&langId=en>>. Acesso em: 9 jun. 2012.

Dados.⁶⁶ Entre os mais importantes estão o Parecer 8/2001, sobre o processamento de dados pessoais no contexto do emprego (2001);⁶⁷ a Recomendação 1/2001, relativa aos dados de avaliação dos trabalhadores (2001);⁶⁸ e o Documento de Trabalho, sobre a vigilância das comunicações eletrônicas no local de trabalho (2002).⁶⁹ Os documentos têm por objetivo contribuir para a aplicação uniforme da legislação nacional no domínio tratado no documento.

Na atualidade, o assunto está incluído no âmbito da ampla reforma que está em curso na legislação comunitária referente à proteção de dados pessoais.⁷⁰ Há previsão de mudanças importantes. Uma delas se refere ao próprio instrumento de regulamentação, já que a Diretiva 95/46/CE (proteção de dados pessoais) seria substituída por um regulamento⁷¹ e a Decisão Quadro 2008/977/JAI (regras relativas à proteção de dados para fins de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais e atividades judiciais conexas) seria substituída por uma diretiva.⁷²

⁶⁶ O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para Proteção de Dados é um órgão independente e consultivo da União Europeia. Ele é composto por representantes das autoridades de proteção de dados de cada um dos Estados-Membros, de um representante das autoridades estabelecidas nas instituições e corpos comunitários e de um representante da Comissão Europeia (sem direito a voto), assegurando a esta última também o secretariado do grupo.

⁶⁷ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adotada em 13 de setembro de 2001, 5062/01/EN/Final, WP48. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 24 mar 2012.

⁶⁸ Id., Recomendação 1/2001 relativa aos dados de avaliação dos trabalhadores, adotada em 22 de março de 2001, 5008/01/EN/final, WP42. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp42pt.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

⁶⁹ Id., Documento de Trabalho sobre a vigilância das comunicações eletrônicas no local de trabalho, adotado em 29 de maio de 2002, 5401/01/PT/Final, WP55. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_pt.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2012.

⁷⁰ A Comissão Europeia propõe mudanças importantes. Uma delas se refere ao próprio instrumento de regulamentação, já que a Diretiva 95/46/CE (proteção de dados pessoais) seria substituída por um regulamento e a Decisão Quadro 2008/977/JAI (regras relativas à proteção de dados para fins de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais e atividades judiciais conexas) seria substituída por uma diretiva. A proposta de regulamento está disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0009:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 9 jun. 2012.

⁷¹ A proposta de regulamento está disponível em: COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados* (regulamento geral sobre a proteção de dados). COM(2012) 11 final, de 25 jan. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/document/review2012/com_2012_11_pt.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2012.

⁷² A proposta de diretiva está disponível em: COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de*

A reforma pretende adaptar as regras europeias relativas à proteção de dados pessoais ao novo contexto digital, oferecendo um “quadro legislativo sólido e coerente, transversal a todas as políticas da União”⁷³ e que, ao mesmo tempo, reforce os direitos das pessoas singulares, consolide a dimensão de mercado único da proteção e reduza a burocracia.

2.3. Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho

Em muitos instrumentos adotados pelas Nações Unidas é reconhecido o direito fundamental à proteção de dados pessoais, normalmente como extensão do direito à privacidade.

Do ponto de vista do direito genérico à proteção de dados pessoais, merecem especial referência dois documentos: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁷⁴ e as Diretrizes para a Regulamentação dos Arquivos de Dados Pessoais Computadorizados,⁷⁵ estas últimas adotadas pela Assembleia Geral em 14 de dezembro de 1990 (Resolução n.º 45/95).

Quanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foi ratificado por quatro quintos dos países do globo, há previsão no seu art. 17 do direito à proteção da privacidade e da família, e à inviolabilidade de domicílio e correspondência. Embora o texto do dispositivo não refira expressamente o direito à proteção de dados, o Comitê de

dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados. COM (2012) 10 final, de 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

⁷³ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: proteção da privacidade num mundo interligado. Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI.* COM(2012) 9 final, de 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0009:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

⁷⁴ Ver Anexo 1.

⁷⁵ Ver Anexo 1.

Direitos Humanos⁷⁶ não só tem entendido que está nele contido, como também sustenta que os Estados convenientes devem tomar medidas efetivas para assegurar que as informações referentes à vida privada da pessoa não cheguem às mãos de pessoas não autorizadas pela lei para recebê-las, não permitindo seu uso para propósitos incompatíveis com aqueles que são objeto do convênio.

Nas Diretrizes para a Regulamentação dos Arquivos de Dados Pessoais Computadorizados, a proteção é pensada em primeira linha para a pessoa natural e para os dados públicos ou privados que ela mantém nos meios eletrônicos. O instrumento prevê alguns princípios, como o do tratamento leal e lícito para a coleta e o processamento de dados pessoais, o da necessidade de especificação de finalidade, o da exatidão, o do acesso à pessoa interessada, o da não discriminação e o da segurança dos arquivos de dados. Exceções a esses princípios podem ser autorizadas se os dados forem necessários para segurança nacional, ordem pública, saúde pública ou moralidade. As exceções devem ser expressamente determinadas em lei ou em norma equivalente, estabelecendo limites e oferecendo salvaguardas apropriadas. Há previsão de ampliação do campo de aplicação da norma para as pessoas jurídicas e para os dados mantidos em arquivos manuais.⁷⁷

Especificamente quanto à proteção de dados pessoais no contexto das relações de trabalho, as Nações Unidas, por meio da Organização Internacional do Trabalho, que é uma de suas agências, adotou em 1997 o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores.⁷⁸ Embora não tenha força vinculante, o documento faz importantes recomendações sobre o que deve ser observado como boa prática no campo das relações de trabalho. Na elaboração do documento, foram considerados os lineamentos traçados pela Convenção 108, apresentada pelo Conselho da

⁷⁶ O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas pronunciou-se nesse sentido tanto no Comentário Geral n.º 16 (Sessão n.º 22 de 1988) como na sua casuística. Cf. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. *Data protection in the European Union: the role of national data protection authorities. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II*. 2010, p. 11. Disponível em: <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection_en.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2012.

⁷⁷ ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n.º 45/95. Guidelines for the regulation of computerized personal data files*. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instrree/q2grcpd.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

⁷⁸ Ver Anexo 1.

Europa em 1981, e pela Recomendação n.º R(89)2, adotada em 1989. Também foram consideradas as Diretrizes sobre Proteção da Privacidade e Fluxo de Dados Pessoais entre Fronteiras, elaboradas pela OCDE em 1980, e a Diretiva n.º 95/46/CE, da União Europeia.

O objetivo do RRP-OIT não é substituir a legislação nacional e as normas internacionais aceitas, mas servir de guia na esfera particular das relações de trabalho para o desenvolvimento da legislação e de acordos e convenções coletivas e mesmo de políticas e de práticas empresariais. O documento sublinha a necessidade de complementar as regras gerais sobre a proteção de dados pessoais com princípios internacionalmente aceitos no campo do emprego para salvaguardar a dignidade do trabalhador, proteger sua privacidade e garantir seu direito fundamental de determinar quem pode usar quais dados pessoais, para que finalidades e sob que condições.

A escolha por um repertório de recomendações foi resultado de uma opção estratégica que visou principalmente influenciar as atividades de vários legisladores nacionais e da União Europeia em particular. A OIT queria interferir o mais rapidamente possível no crescente debate internacional. E, considerando o incremento e o refinamento do processamento de dados dos empregados, pretendeu apresentar um esquema regulatório que fosse além do simples rol geral de normas que não representassem verdadeiro comprometimento. Apostou, portanto, num instrumento fraco, mas que articulasse normas verdadeiramente substanciais.⁷⁹

Como na Recomendação n.º R(89)2, o RRP-OIT salienta a necessidade de regras limitando claramente o processamento de dados do empregado. E, exatamente como na Recomendação, as condições para o processamento de dados são determinadas pelo estrito limite de informação requerida para um posto específico.

Mas, diferentemente da Recomendação, o Repertório trata dos problemas de coleta e processamento de uma forma muito mais detalhada e precisa. Por exemplo, associa o princípio de que os dados pessoais devem ser obtidos do próprio empregado à previsão de

⁷⁹ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 363.

limites ao direito de perguntar do empregador,⁸⁰ posiciona-se expressamente sobre os testes que o empregador pode solicitar,⁸¹ admite o monitoramento se houver prévia informação de seus propósitos e sua extensão aos empregados, sendo vedado o monitoramento secreto, salvo em casos excepcionais e se houver autorização expressa na lei – por exemplo, para investigações de atividades criminosas,⁸² –, e proíbe a transmissão de dados pessoais do empregado para terceiros para fins comerciais ou de marketing.⁸³

3. Situação da questão no quadro normativo brasileiro e a necessidade de sua abordagem jurídica

No Brasil, não existe uma previsão constitucional direta⁸⁴ de proteção de dados pessoais ou por ameaças decorrentes da utilização das novas tecnologias. O *habeas data* é talhado apenas para banco de dados governamentais ou de caráter público, conforme dicção do inciso LXXII, art. 5.º da Constituição Federal. Há dispositivos garantindo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5.º, inciso X, da CF). Da mesma forma, há a garantia da inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5.º, inciso XII, da CF), o direito fundamental à liberdade (art. 5.º, *caput* da CF) e a garantia de que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível para a segurança do Estado e da sociedade (art. 5.º, inciso XXXIII, da CF).

⁸⁰ RRP-OIT, itens 5.1., 5.10., 6.5., 6.6., 6.7. e 6.8., cf. Anexo 1.

⁸¹ RRP-OIT, itens 6.10., 6.11., 6.12. e 6.13., cf. Anexo 1.

⁸² RRP-OIT, itens 6.14., cf. Anexo 1.

⁸³ RRP-OIT, itens 10.2., cf. Anexo 1.

⁸⁴ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 273. A autora afirma que a previsão de proteção de dados pessoais no ordenamento nacional está posta de forma indireta.

Igualmente, não há legislação específica que regule a proteção de dados pessoais em geral ou do empregado em particular, embora estejam em curso vários projetos de lei⁸⁵ que tratam de diversos assuntos relacionados.

Na esfera infraconstitucional, há dispositivos esparsos que preveem algum tipo de proteção ou indicam limites que poderiam ser relacionados às práticas que devem governar a coleta, o armazenamento e o uso de informação relativa ao empregado.

Na CLT, por exemplo, o art. 373-A veda condutas descritas como lesivas aos direitos fundamentais do empregado, sendo que no rol não se encontra a descrição de nenhuma que se refira especificamente ao tratamento automático de dados pessoais.

Aspectos pontuais de proteção da imagem e da palavra são também encontrados na legislação penal, a exemplo dos crimes contra a inviolabilidade da correspondência e dos segredos (arts. 151 a 153 do CP).

Embora o Código de Defesa do Consumidor estabeleça regras para o tratamento de informações referentes a dados pessoais e de consumo – veja-se, por exemplo, o art. 43 –, elas são aplicáveis em princípio apenas às relações de consumo.

O Código Civil trata dos direitos da personalidade nos arts. 11 a 20, com previsão de limites à utilização da imagem e da palavra da pessoa (art. 20 do CC) e com a possibilidade de exigir a cessação da ameaça ou da lesão aos direitos da personalidade e ainda reclamar perdas e danos (art. 12 do CC), mas também aí não se encontram regras específicas para as situações envolvendo o tratamento automático de dados pessoais. No Código Civil, há igualmente regras sobre a responsabilidade por atos ilícitos (extracontratual), responsabilidade indireta e abuso de direito,⁸⁶ como a previsão de reparação de danos (arts. 186, 187 e 927 do CC).

⁸⁵ Eis alguns exemplos: PL-02126/2011, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil; PL-02634/2007, que dispõe sobre a implantação do Sistema Nacional de Cadastro da Saúde a ser utilizado no armazenamento e no gerenciamento on-line dos registros clínicos dos pacientes; PL 3494/2000, que dispõe sobre a estruturação e o uso de bancos de dados sobre a pessoa e disciplina o rito processual do *habeas data*.

⁸⁶ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 63 e p. 116-129. O autor faz um detalhado estudo da aplicação dos institutos da responsabilidade no campo trabalhista.

A Lei de Interceptação Telefônica (Lei n.º 9.296/96), a lei que trata da quebra de sigilo bancário (Lei Complementar n.º 105/01) e a lei que regulamenta o *habeas data* (Lei n.º 9.507/97) igualmente oferecem proteções a aspectos pontuais relacionados à garantia de sigilo e ao acesso de dados em bancos de dados governamentais ou de caráter público.

Por outro lado, existem disposições legais que estabelecem a necessidade ou a possibilidade de lidar com as informações do empregado, tais como: as anotações na CTPS⁸⁷ (art. 29 da CLT), os livros de registro de empregados (art. 41 da CLT), os exames médicos (art. 168 da CLT), a obrigatoriedade de notificação de doenças profissionais (art. 169 da CLT), e a obrigatoriedade de entrega do Documento de Informações Sociais (art. 360 da CLT). Recente alteração do art. 6.º da CLT reconhece o uso de meios telemáticos e informatizados para o exercício do poder diretivo do empregador (Lei n.º 12.551, de 15 de dezembro de 2011), mas não estabelece as condições de seu exercício, nem seus limites.

Como a proteção de dados pessoais do empregado implica escolhas que são feitas envolvendo necessariamente direitos fundamentais do empregado, a ausência de regras claras torna o terreno ainda mais escorregadio. A falta pode levar até a um “apagão” na percepção dos problemas que envolvem o processamento automático da informação do empregado ou a grandes diferenças nos elementos nela considerados, com prejuízo na identificação e na solução das questões, além de incertezas.

Na doutrina pátria, são praticamente inexistentes estudos específicos sobre as questões atinentes à coleta, à manutenção e ao processamento de informações pessoais do empregado sob a ótica da proteção de dados pessoais, isto é, considerando os riscos decorrentes do processamento automático e o conjunto de questões formuladas sobre se e em que condições o tratamento pode ocorrer. A doutrina tem preferido dar a essas questões uma abordagem dirigida a determinados aspectos, como o controle de e-mails e as listas negras, ou então as inclui nos temas mais genéricos, como o das condutas discriminatórias ou o da preservação da intimidade e da vida privada do empregado.

⁸⁷ O rol das anotações previstas é extenso: salário e sua composição; data da admissão; condições especiais, se houver; férias; períodos em que o contrato tenha permanecido suspenso ou interrompido; acidentes do trabalho; alterações no estado civil e dependentes (inclusive concubina se satisfeitos os requisitos legais); banco depositário do FGTS; dados relativos ao PIS; número da Comunicação de Dispensa para Seguro Desemprego, na hipótese de rescisão sem justa causa; anotação judicial.

Pode-se invocar ainda o interesse da abordagem da proteção de dados pessoais do empregado em razão do expressivo número de pessoas, instituições e empresas que direta ou indiretamente coletam, armazenam e processam informações de forma automática e face à importância da economia brasileira no contexto global. Em relação ao primeiro aspecto e considerando-se apenas a conexão Internet, o Brasil contabilizou 73,9 milhões de usuários no final de 2010.⁸⁸ O tema envolve, portanto, o interesse de uma parcela substancial da população brasileira. Em relação ao segundo, é de contar não só com o incremento das relações comerciais com outros países, mas também com o aumento do interesse em saber em que condições a informação pessoal do empregado pode ser processada e o cumprimento de quais deveres é exigido ou esperado do empregador.

Essas circunstâncias dão suporte à investigação sobre se o que temos a respeito do assunto é suficiente para apresentar um quadro claro dos problemas e oferecer perspectivas de solução para as questões.

⁸⁸ Cf. Internet chega a 73,9 milhões de pessoas no Brasil, diz Ibope. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 18 mar. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/890677-internet-chega-a-739-milhoes-de-pessoas-no-brasil-diz-ibope.shtml>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

4. Delimitação do objeto de estudo

O recorte teórico e as questões aqui apresentadas se enraízam no Direito do Trabalho, sendo que as necessárias e indispensáveis incursões em outros ramos do Direito terão por objetivo lançar luzes sobre aspectos específicos de problemas trabalhistas.

Considerando-se a pessoa do empregado e o fluxo de informações relativas a ela no contexto do contrato de trabalho, a proteção de dados pode ser estudada tanto na relação do empregado com o empregador quanto do ponto de vista de sua coleta e retenção realizada pelo Poder Público no exercício de intervenções regulatórias ou fiscalizatórias. São situações distintas, governadas por pressupostos e dinâmicas diferentes, destacando-se as marcas da subordinação e da contratualidade em uma e da soberania e da legalidade na outra. O presente estudo abordará exclusivamente a primeira situação, isto é, o processamento da informação relativa ao empregado pelo empregador.

Como o tema enfrentado na tese não é campo consolidado de estudos no Brasil, revela-se particularmente necessária a alusão a paradigmas ou experiências já existentes sobre o assunto. Embora vários países possuam normas específicas para a proteção de dados pessoais do empregado, como Portugal, optamos por utilizar como principais referências normas internacionais. Essa escolha tem suporte nos seguintes argumentos. Primeiro, há pelo menos duas normas internacionais específicas para a proteção de dados no contexto do emprego, uma da década de 1980 – Recomendação R89(2) do Conselho da Europa – e outra da década de 1990 – Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, adotado pela reunião de peritos da OIT. Essas regras são resultado de amplos debates, representam o estado de percepção dos problemas e de avaliação dos riscos e das ações pertinentes para disciplinar situações na época em que foram propostas e indicam a cristalização de importantes experiências acumuladas. Segundo, por estarem desgarradas das singularidades dos contextos dos ordenamentos jurídicos nacionais, as normas internacionais podem apresentar a vantagem de se debruçarem mais diretamente sobre o problema, a despeito das diferenças existentes

nos ordenamentos domésticos. A escolha pretendeu, assim, escapar das mazelas criadas pelas diferenças decorrentes dos desenvolvimentos históricos específicos de cada país, que poderiam apresentar dificuldades na apreensão e no discernimento das questões centrais e das razões fundamentais. Isso não significa contudo que, eventualmente, não sejam utilizadas referências a países específicos.

Embora integrem inegavelmente o campo abrangido pelo tema proteção de dados pessoais do empregado, não serão aqui tratadas de forma aprofundada as inúmeras questões envolvendo o processamento de dados pessoais do empregado em situações específicas, como dados médicos e dados relativos a testes sobre o uso de álcool e de drogas. Também não se adentrará a análise de grupos de casos específicos, nos quais tradicionalmente a informação pessoal recebe tratamento automático, como na fiscalização por meio de câmeras de vídeo, nas gravações de comunicações telefônicas, no controle do uso de telefones e de celulares, no monitoramento de e-mail, no controle de acesso à Internet, na transferência de dados do empregado para advogados e para as cortes e na utilização da informação relativa ao empregado como meio de prova. Todas essas situações são revestidas de inúmeras peculiaridades, que merecem tratamento específico – o que desborda o objetivo desta pesquisa.

Nos países em que o tema proteção de dados pessoais do empregado está sendo discutido há mais tempo,⁸⁹ verifica-se a existência de preocupações com riscos decorrentes do uso de tecnologias específicas, como RFID,⁹⁰ ou de dados biométricos,⁹¹ ao lado das questões estruturais fundamentais. Embora não se desconheça a existência desses debates, optou-se por não abordá-los.

As implicações processuais do exercício dos direitos decorrentes da autodeterminação informativa, assim como a investigação de situações fronteiriças à relação de emprego que eventualmente justificariam a proteção da informação pessoal dos trabalhadores, também não serão exploradas na estrutura concebida para tratar da questão neste estudo.

⁸⁹ Referimo-nos principalmente a Alemanha e Portugal.

⁹⁰ Ver nota 6.

⁹¹ Ver nota 7.

CAPÍTULO II

O ARCABOUÇO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO NAS NORMAS INTERNACIONAIS

O presente capítulo abordará inicialmente a noção de “dados” e de “informação”. Igualmente, apresentará dois conceitos que são centrais nas principais normas internacionais atinentes à proteção de dados pessoais dos empregados: o de “dados pessoais” e o de “operações de processamento”.

Os demais tópicos do capítulo foram desenhados para destacar aspectos considerados importantes na articulação e no funcionamento geral do arcabouço da proteção de dados pessoais do empregado tal como concebido nos documentos internacionais. Ao final do capítulo, apresentam-se conclusões sobre aspectos essenciais da proteção e de sua arquitetura.

1. Dados e informação

No uso cotidiano, as palavras “dados” e “informação” parecem sinônimas e são frequentemente empregadas como tal. Usualmente, a palavra “dados” indica tudo aquilo que é ou pode ser processado automaticamente.⁹² No sentido comum, a palavra “informação” é associada à ideia de conhecimento ou juízo sobre pessoa, coisa ou situação.⁹³

⁹² Esse é um dos sentidos da palavra, cf. HOUAISS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Verbete “dado”, p. 903.

⁹³ Esse é um dos sentidos da palavra, cf. Id. Ibid., verbete “informação”, p. 1.615.

Manoel Pereira dos Santos faz distinção entre “dados” e “informação”,⁹⁴ sustentando que o primeiro seria a matéria-prima, enquanto o segundo seria constituído pelo primeiro acrescido da atribuição de um significado após seu processamento. Dizendo de outro modo, os “dados” seriam o estado bruto e indiferenciado, do que, após a lapidação, se tornaria a “informação”.

Tradicionalmente, a informação vinha conectada a um suporte material, mas isso mudou radicalmente com as tecnologias digitais. Por exemplo, nos anos 1970, a informação contida em um bilhete escrito de próprio punho em um pedacinho de papel estava inarredavelmente ligada ao suporte material que a continha; no caso, o papel. Referimo-nos aqui tanto à informação que diretamente se pretendia transmitir como àquela que se agrega involuntariamente, como o nervoso do autor ou se é portador de parkinson, que se externou na letra trêmula produzida, e até as características de sua personalidade reveladas pelo modo como escreveu. Hoje, o bilhete poderia ser escaneado, os dados incorporados em vários suportes, por exemplo, num *pendrive*, no disco rígido de determinado computador ou na nuvem.⁹⁵

Esse fenômeno é designado de desmaterialização da informação e consiste na possibilidade de a informação ser desconectada de seu suporte material, ficando o conteúdo independente do veículo, inclusive para fins de circulação e transformação.⁹⁶ Outro aspecto é a possibilidade de produção de informação com base em fragmentos aparentemente despidos de significado.

É possível afirmar que toda informação é um dado, mas o inverso não é necessariamente verdadeiro. O termo “dados” está, sem dúvida, associado à palavra “informação”, mas seu conceito é mais largo, pois também contempla a simples

⁹⁴ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um regime de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 357.

⁹⁵ “*Utilização do computador com base na Internet, em que o software, os recursos partilhados e as informações se encontram em servidores remotos (‘na nuvem’)*”, cf. COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: uma abordagem global da proteção de dados pessoais na União Europeia*. COM(2010) 609 final, 4 nov. 2010, p. 5-6. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/data_collection/docs/com_2010_0609_pt.pdf>. p. 5-6. Acesso em: 4 abr. 2012.

⁹⁶ SANTOS, op. cit., p. 356.

possibilidade de, com o uso de ferramentas tecnológicas apropriadas, revelar informação ainda indiferenciada e indeterminada e, portanto, só existente em potência.

A mudança na relação entre a informação e seu suporte, o incremento das possibilidades combinatórias e as preocupações com os riscos para a pessoa decorrentes do processamento automático levaram ao desenvolvimento do conceito de “dados pessoais” tal como apresentado nas principais normas internacionais.

2. Conceito de “dados pessoais”

A Recomendação n.º R(89)2, norma setorial pioneira na proteção de dados pessoais usados para fins de emprego, define “dados pessoais” como sendo qualquer informação relacionada a um indivíduo identificado ou identificável.⁹⁷ Ela não considera “dato pessoal” a informação que, para ser identificada ao indivíduo, demanda esforços, tempo e custo não razoáveis. A nota distintiva setorial está na expressão “fins empregatícios”,⁹⁸ e não na definição de “dados pessoais” que apresenta. A par do recorte setorial, os núcleos da definição – “qualquer informação”, “relativa a”, “indivíduo identificado ou identificável” – são comuns às definições de “dados pessoais” encontradas em outras normas internacionais de proteção de dados.⁹⁹

O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores prefere já introduzir a nota setorial distintiva na própria definição de “dados pessoais”,¹⁰⁰ que tem como um de seus núcleos “trabalhador identificado ou identificável”,

⁹⁷ A definição de dados pessoais encontra-se no item 1.3. da R(89)2: “*The expression ‘personal data’ covers any information relating to an identified or identifiable individual. An individual shall not be regarded as ‘identifiable’ if identification requires an unreasonable amount of time, cost and manpower*”.

⁹⁸ A definição de fins empregatícios encontra-se no item 1.3., segunda parte, da R(89)2: “*The expression ‘employment purposes’ concerns the relations between employers and employees which relate to recruitment of employees, fulfillment of the contract of employment, management, including discharge of obligations laid down by law or laid down in collective agreements, as well as planning and organization of work*”.

⁹⁹ Por exemplo, art. 2.º, letra “a”, da Convenção 108 (1981), do Conselho da Europa.

¹⁰⁰ A definição de dados pessoais encontra-se no item 3.1. do RRP-OIT: “*The term ‘personal data’ means any information related to an identified or identifiable worker*”.

em vez de “indivíduo identificado ou identificável”. No mais, o conceito que formula tem os mesmos núcleos.

Como é com base no conceito de “dados pessoais” que inicialmente se estabelece o que estaria incluído ou excluído do âmbito da proteção jurídica, é necessário que nos aproximemos mais de cada um de seus núcleos.

No âmbito da União Europeia, o conceito de “dados pessoais” foi objeto de Parecer do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados.¹⁰¹ No essencial, suas conclusões podem ser transpostas para as normas setoriais.

Primeiro serão analisados os núcleos “qualquer informação”, “relativa a”, “indivíduo” e “identificado ou identificável”. Na sequência, serão examinados conjuntamente os núcleos “trabalhador” e “fins empregatícios”, os quais dão a nota setorial do conceito.

2.1. “Qualquer informação”

A escolha do termo “qualquer” assinala que o conceito deve abarcar com largueza todas as situações e aspectos. Destarte o termo “qualquer” se refere tanto à natureza das declarações quanto ao conteúdo ou ao formato da informação.¹⁰²

Quanto à natureza da informação, a expressão “qualquer informação” não faz nenhuma distinção entre os tipos de declaração. Assim, a declaração pode ser verdadeira, comprovada, falsa ou incompleta e em todos os casos estaria incluída no conceito.¹⁰³

¹⁰¹ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012. O trabalho considerou a definição de dados pessoais que está na Diretiva n.º 95/46/CE. No essencial, contudo, suas conclusões podem ser transpostas para as normas setoriais, já que os núcleos da definição são os mesmos.

¹⁰² Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, adaptado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 6-9. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

O mesmo raciocínio vale para as informações ditas “objetivas” e “subjetivas”. Exemplo da primeira seria o resultado de um exame indicando a presença de determinada substância no sangue de um empregado. Exemplo da segunda seria a afirmação de um supervisor sobre o desempenho de determinado empregado em uma função. Destaque-se que as informações “subjetivas” são de grande importância no setor empregatício, considerando que, da atividade de vigilância e controle exercida pelo empregador, resultam avaliações e opiniões sobre o empregado com impacto tanto na esfera individual quanto na coletiva.¹⁰⁴

Quanto ao conteúdo da informação,¹⁰⁵ o conceito abrange qualquer tipo de informação sobre a pessoa, tanto dados sensíveis quanto informações de qualquer outro conteúdo ou atividade relacionada à pessoa. Isso é evidente quando se trata de dados sensíveis, isto é, de informações que apresentam “*elevado potencial lesivo aos seus titulares*”,¹⁰⁶ como as que revelam origem racial ou étnica, convicções ou opiniões políticas ou religiosas, filiação sindical, saúde e vida sexual.¹⁰⁷ Menos óbvio, contudo, é o fato de que “qualquer informação” inclui também a relativa a todo tipo de atividade desenvolvida por alguém, suas práticas e seus hábitos, informação sobre seu tempo livre, ainda que fora do contexto do lar e da família, abrangendo, por exemplo, o comportamento profissional ou comercial ou qualquer outra informação sobre a pessoa, mesmo que não relacionada a algum papel social (consumidor, empregado, comerciante etc.).¹⁰⁸

Quanto ao formato, o conceito não faz distinção em relação ao modo de apresentação da informação. Nele se inclui, por exemplo, a informação apresentada em formato numérico, gráfico, fotográfico, acústico etc. ou em qualquer suporte, como papel, película de filme, *pendrive* e memória de computador. A amplitude do conceito quanto ao

¹⁰³ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 6-7. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹⁰⁴ Id. Ibid., p. 6-7.

¹⁰⁵ Id. Ibid., p. 7-8.

¹⁰⁶ Expressão utilizada por Doneda, ao se referir aos chamados “dados sensíveis”. Cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161.

¹⁰⁷ Os dados sensíveis recebem tratamento normativo e doutrinário mais restrito em relação à sua coleta, ao seu processamento e à sua circulação. Quanto a esse ponto, ver item 7.2. do Capítulo II.

¹⁰⁸ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. op. cit.

formato é uma consequência lógica da inclusão do tratamento automatizado de dados pessoais no seu âmbito de abrangência.¹⁰⁹

2.2. “Relativa a”

Esse elemento da definição é muito importante, porque permite a determinação do âmbito material do conceito. É por meio dele que são identificadas as relações que devem ser consideradas entre a pessoa singular e a informação para fins de inclusão no campo inscrito pela órbita conceitual.

Quando se pensa nas novas tecnologias,¹¹⁰ a identificação dessas relações é um problema particularmente importante, porque a ligação entre a informação e a pessoa pode se fazer por múltiplos caminhos. Em que circunstâncias, então, a informação pode ser considerada como “relativa a” uma pessoa?

O caminho mais óbvio é o que considera a informação “relativa a” uma pessoa a que versa sobre essa pessoa. Embora essa assertiva seja correta, ela não é suficiente para servir como referência única, porque existem informações ou fragmentos de informação que, embora não digam diretamente da pessoa, podem facilmente a ela ser relacionadas.

Eis alguns exemplos para ilustrar as múltiplas possibilidades de associação entre a informação e determinada pessoa. Tomemos a informação colhida sobre o funcionamento de certa máquina, para cuja operação seja necessária a intervenção humana. A informação é, em princípio, sobre a máquina, mas ela pode, em algumas circunstâncias, constituir-se também em dados pessoais do operador, se for possível relacioná-la a ele. Outros exemplos são o registro de quilometragem, as datas de revisão, os problemas técnicos e o estado do material realizado por uma oficina de carros. Essas informações aparentemente não versam

¹⁰⁹ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 6-7. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹¹⁰ Id. Ibid., p. 27.

sobre uma pessoa, mas, sim, sobre um objeto, no caso o veículo. Contudo, se essas informações puderem ser associadas à matrícula ou ao número do motor de determinado carro, que, por sua vez, possa ser associado a seu proprietário (por exemplo, para fins de faturamento), elas serão consideradas dados pessoais do proprietário do carro. Ainda nesse exemplo, se as mesmas informações puderem ser associadas ao mecânico que trabalhou no carro, elas serão dados pessoais dele. Então, quando a oficina faz a ligação entre o carro e seu proprietário para fins de faturamento, a informação será relativa ao proprietário. Quando a informação é associada ao mecânico, por exemplo, para aferir sua produtividade, ela será relativa ao mecânico.¹¹¹

Já foi assinalado que as ligações entre a pessoa e a informação podem ser feitas por três elementos: conteúdo, finalidade ou resultado, bastando estar presente apenas um deles para que o elemento do conceito “relativa a” esteja presente.¹¹²

O elemento conteúdo existe nos casos em que a informação é sobre a pessoa. Exemplos: anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social, dados da remuneração do empregado na folha de pagamentos. Nessas situações, a informação é visivelmente sobre a pessoa.

O elemento finalidade existe quando os dados são utilizados com o fim “de avaliar, tratar de determinada forma ou influenciar o estatuto ou o comportamento de determinada pessoa”.¹¹³ Exemplo: registro de chamadas de um telefone em uma empresa. O registro oferece informações sobre chamadas feitas ou recebidas por um telefone ligado a uma linha. Determinado empregado é quem faz uso do telefone, mas ele também pode ser usado por outros na sua ausência, como o pessoal da limpeza. Essas informações constantes do registro podem ser ligadas a vários sujeitos. Primeiro, há ligação entre a empresa e a companhia telefônica que disponibilizou a linha, cuja fatura a empresa deve pagar pelo serviço. Segundo, as informações podem ser associadas ao empregado, lembrando que

¹¹¹ Os exemplos foram retirados de GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 10. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹¹² Id. Ibid., p. 11.

¹¹³ Id. Ibid., p. 11.

abrangem as chamadas recebidas e as efetuadas, assim como para quais números discou. Terceiro, as informações podem ser ligadas ao pessoal da limpeza, se, por exemplo, eles usarem o telefone para informar a hora em que saíram e trancaram as instalações.¹¹⁴

O elemento resultado existe quando, a despeito da ausência dos outros dois elementos, é “provável que seu uso tenha um impacto nos direitos e interesses dessa determinada pessoa, tendo em consideração todas as circunstâncias do caso específico”¹¹⁵. É suficiente a simples possibilidade de tratamento diferenciado da pessoa em relação a outras e o resultado potencial não precisa ser de grande impacto. Exemplo: uma frota de táxi tem sistema de localização por satélite para otimizar o serviço, cujo objetivo é poder determinar em tempo real o posicionamento dos veículos e poder disponibilizar o carro mais próximo do local da chamada, poupando tempo, combustível e melhorando o preço e o serviço oferecidos. Os dados disponíveis são, em princípio, atinentes aos carros, contudo, eles permitem, embora não seja a finalidade do sistema, controlar o desempenho dos motoristas (é possível verificar os limites de velocidade, os itinerários, os tempos de descanso etc.). Assim, esses dados, em razão do impacto para pessoas singulares, no caso os motoristas dos táxis, são considerados dados pessoais.¹¹⁶

É de destacar alguns aspectos na relação entre os elementos acima referidos. Primeiro, os três elementos são condições alternativas e, assim, não cumulativas. Disso decorre que a mesma informação pode ser relativa a várias pessoas, já que a ligação pode se fazer de forma independente por quaisquer desses elementos (conteúdo, finalidade e resultado). Segundo, os dados não precisam se concentrar exclusivamente em alguém para que sejam considerados relativos a essa pessoa. Assim, a questão de determinar se um dado

¹¹⁴ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 11. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹¹⁵ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 11. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹¹⁶ Exemplo extraído de GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 12. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

está vinculado a certa pessoa não pode ser feita aprioristicamente, sendo necessário um exame individual para cada dado em questão. Terceiro, o fato de a informação poder estar vinculada a diversas pessoas deverá ser considerado na aplicação de disposições materiais, como no âmbito do direito de acesso.¹¹⁷

2.3. “Indivíduo”

Indivíduo é a pessoa singular, o ser humano em sentido universal, aquele que é reconhecido como sujeito perante a lei, portanto, não se restringe aos nacionais e residentes. O objetivo da proteção é o respeito às liberdades e aos direitos fundamentais do homem (art. 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Como os mortos não são mais pessoas singulares, seus dados, em regra, não estariam abrangidos pela proteção.¹¹⁸ Pela mesma razão, a proteção de informação relativa a pessoas coletivas não está abrangida.¹¹⁹ Na hipótese de ser possível associar a informação

¹¹⁷ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 12. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹¹⁸ No âmbito da União europeia, há casos, contudo, em que incide proteção indireta sobre esses dados; quer porque não é possível para o responsável pelo tratamento distinguir entre quem está vivo ou morto; quer porque os dados sobre uma pessoa morta podem também ser relativos a uma pessoa viva; quer porque a informação sobre pessoas mortas (“*personalitas praeterita*”) pode estar protegida por outro grupo de regras de proteção que não o da proteção de dados pessoais (por exemplo: a confidencialidade da informação médica permanece, a despeito da morte do paciente; a legislação nacional pode atribuir proteção à memória dos mortos no campo do direito à honra e à imagem); quer porque se reconheça algum interesse legítimo que justifique a proteção desses dados. Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 23-24. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹¹⁹ Na União Europeia, há situações em que se admite a aplicação dessas regras indiretamente a informações relativas a pessoas coletivas: no âmbito das comunicações eletrônicas, caso a pessoa coletiva seja assinante e disposições sobre lista de assinantes e comunicações não solicitadas (Diretiva 2002/58/CE, art. 1.º, item 2., e arts. 12.º e 13.º); se a informação for relativa a uma pessoa singular (nome da pessoa coletiva deriva do de uma pessoa singular); correio eletrônico das empresas, já que o uso de determinado endereço está associado a determinado empregado; ou informação sobre pequenas empresas, já que pode descrever o comportamento de seu proprietário. Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de

relativa à pessoa coletiva a uma pessoa singular, quer pelo conteúdo, quer pela finalidade, quer pelo resultado, então se aplicam as regras de proteção de dados pessoais.¹²⁰

Assim, em princípio, os dados pessoais são os relativos a pessoas vivas identificadas ou identificáveis.

2.4. “Identificado” ou “identificável”

Considera-se identificada a pessoa que é distinguida dos demais do grupo. É identificável aquela que, embora não tenha sido identificada, a identificação seja possível.

A identificação é obtida através de um ou mais “identificadores”. Estes são informações que têm “*uma relação especialmente privilegiada e próxima em relação à pessoa em causa*”.¹²¹ Podem fazer as vezes de identificadores informações sobre aparência, profissão, nome, número de identificação, elementos da identidade física, psíquica, fisiológica, económica, social, cultural e até mesmo, em certas situações, informações acessórias. Num grupo de trabalhadores, o adorno que uma pessoa porta pode fazer o papel de identificador se ela for indicada pela referência ao adorno (por exemplo, a moça do brinco de pérola). A suficiência de um “identificador” dependerá das circunstâncias e do contexto da situação. O apelido “Zezinho” não será suficiente para identificar alguém no contexto de uma cidade, mas poderá sê-lo no contexto de uma pequena empresa.

Quanto à identificação direta, no Brasil o identificador mais comum é o nome, usualmente combinado com algum outro, como o número do Cadastro de Pessoa Física ou o número do Registro Geral do documento de identidade.

2007, 01248/07/PT, WP 136, p. 24-25. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹²⁰ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 25. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹²¹ Id. Ibid., p. 13.

Quanto à identificação ou à possibilidade de identificação indireta de pessoas, considera-se como meios para identificação “*o conjunto dos meios susceptíveis de serem razoavelmente utilizados, seja pelo responsável pelo tratamento, seja por qualquer outra pessoa, para identificar a referida pessoa*”.¹²² Esse critério leva em consideração todos os fatores em questão, como o custo de proceder à identificação; o objetivo ou a finalidade pretendida com o tratamento (por exemplo, há casos em que o tratamento da informação só fará sentido se for possível a identificação das pessoas específicas, como na videovigilância) e a forma como o tratamento está estruturado, assim como as medidas técnicas para impedir a identificação; a vantagem esperada pelo responsável pelo tratamento; os interesses em causa por parte das pessoas envolvidas; o risco de disfunções organizacionais e falhas técnicas; o estado de desenvolvimento da tecnologia no momento do tratamento, assim como as perspectivas de desenvolvimento durante o período no qual os dados serão tratados. Mera possibilidade hipotética ou negligenciável de distinguir o indivíduo não é suficiente para considerá-lo identificável.¹²³

A criação de pseudônimos¹²⁴ é uma forma de camuflar identidades, assim como os dados codificados com chave¹²⁵ e a anonimização¹²⁶. A eficácia desses processos depende

¹²² Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 15. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹²³ Id. Ibid., p. 16.

¹²⁴ Dados sobre pessoas mantidas sob pseudônimo que possam ser reidentificadas são considerados como informações sobre pessoas que são indiretamente identificáveis.

¹²⁵ Neles a “*informação é relativa a pessoas que são individualizadas com um código, enquanto a chave que estabelece a correspondência entre o código e os identificadores comuns das pessoas (nome, data de nascimento, endereço) é mantida em separado*”, cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP 136, p. 16. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹²⁶ Na acepção da Diretiva 95/46/CE, dados anônimos são “*toda a informação relativa a uma pessoa singular quando a pessoa não pode ser identificada, seja pelo responsável pelo tratamento seja por qualquer outra pessoa, considerando o conjunto dos meios susceptíveis de serem razoavelmente utilizados, seja pelo responsável pelo tratamento, seja por qualquer pessoa para identificar aquela pessoa*”, cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136, p. 22. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

de vários fatores: fase em que é utilizado; grau de segurança contra a possibilidade de reidentificação; capacidade de ligar transações ou registros individuais à pessoa.

2.5. “Fins empregatícios” e “trabalhador”

Ao definir seu alcance de aplicação, a Recomendação n.º R(89)2 do Conselho da Europa estabelece que o conjunto de princípios nela articulados são aplicáveis na coleta e no uso de dados pessoais para “fins empregatícios” tanto na esfera pública quanto na vida privada. A expressão é definida no mesmo documento como concernente às relações entre empregadores e empregados, inclusive as relacionadas ao recrutamento de empregados, à execução do contrato de trabalho, à gerência, à desincumbência de obrigações decorrentes da lei ou de normas coletivas e ao planejamento e à organização do trabalho¹²⁷. As atividades das agências de emprego estão incluídas no campo de aplicação da norma, independentemente de integrarem o setor público ou privado, salvo a existência de disposição legal nacional em contrário.¹²⁸

A definição utiliza-se do princípio da finalidade para determinar e limitar as atividades do empregador relativas ao processamento de dados pessoais do empregado, sendo que o conjunto de seus elementos foi tido como representativo das necessidades de informação do empregador e refletem, para o setor, uma aplicação válida do princípio da licitude e da lealdade, previsto no art. 5.b da Convenção 108.¹²⁹ Esses elementos também correspondem aos fundamentos que legitimam o processamento.¹³⁰

Entre os elementos da definição, estão a gerência, o planejamento e a organização do trabalho. A referência expressa a esses aspectos indica a preocupação com o impacto das atividades de processamento de dados realizadas pelos empregadores, tanto para o empregado individualmente quanto para a força de trabalho como um todo.

¹²⁷ Item 1.3. da R(89)2, cf. Anexo 1.

¹²⁸ Item 1.4. da R(89)2, cf. Anexo 1.

¹²⁹ Item 19. da Recomendação n.º R(89)2, cf. Anexo 1.

¹³⁰ Ver itens 7. e 8. deste capítulo, que se ocupa dos fundamentos que legitimam o processamento.

O impacto coletivo é visto como uma das características próprias do setor.¹³¹ Do ponto de vista da utilização das técnicas de processamento de dados pela empresa na organização e no planejamento, os empregados podem ser considerados uma espécie de “população cativa”,¹³² o que justifica a inclusão dos interesses coletivos no campo de aplicação da proteção. Considerando que no setor empregatício as informações “relativas ao” trabalhador têm inevitavelmente uma vertente coletiva, as normas setoriais devem buscar contemplar esse aspecto, sob pena de não serem efetivas. O próprio Memorando Explanatório da R(89)2 salienta que a recomendação aceita a possibilidade de representantes dos empregados não só defenderem os interesses de proteção de dados do indivíduo, mas igualmente da própria força de trabalho.

No Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, a expressão “dados pessoais” é definida como “qualquer informação relativa a trabalhador identificado ou identificável”.¹³³ O documento faz a opção de delimitar seu campo de alcance por caminho distinto do da Recomendação n.º R(89)2. Seu campo de aplicação é estabelecido pelo significado da expressão “trabalhador”, e não pela finalidade para a qual o processamento é realizado. O próprio documento esclarece que o termo “trabalhador” inclui todo trabalhador atual, ex-trabalhador ou candidato a emprego.¹³⁴ Entretanto, o exato alcance da palavra “trabalhador” é questão cuja definição é remetida às leis e às práticas nacionais.¹³⁵

¹³¹ Cf. item 11, CONSELHO DA EUROPA. *Explanatory memorandum – Recommendation N° R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em 7 jun. 2012.

¹³² Cf. item 11, CONSELHO DA EUROPA. *Explanatory memorandum – Recommendation N° R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em 7 jun. 2012.

¹³³ RRP-OIT, item 3.1., cf. Anexo 1.

¹³⁴ A definição de empregado encontra-se no item 3.4. do RRP-OIT: “*The term ‘worker’ includes any current or former worker or applicant for employment*”, cf. Anexo 1. De acordo com o Black’s Law Dictionary, “worker” é: “*One who labors; an employee; one employed to do work for another*”, cf. BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing CO., 1990, p. 1.605.

¹³⁵ Comentário ao RRP-OIT, item 3.4. Cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers’ personal data: an ILO code of practice, 1997. Commentary on the Code of Practice*. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf>. Acesso em 7 jun. 2012.

3. Operações de processamento

Tanto as normas internacionais gerais quanto as setoriais aqui utilizadas como referência consideram os riscos decorrentes do processamento automático de dados pessoais para a propositura de um conjunto de princípios e de direitos a serem observados, sendo que os termos “processamento” e “tratamento”¹³⁶ são usados como sinônimos.

Na Recomendação n.º R(89)2, não encontramos uma definição expressa do que se deva entender por “processamento” de dados pessoais.¹³⁷ No corpo da norma encontram-se referências à “coleta” e ao “uso”.¹³⁸ Contudo, do Memorando Explanatório¹³⁹ dessa Recomendação consta que a expressão “uso” abrange uma ampla gama de atividades de processamento, tais como o armazenamento, a comunicação e a conservação de dados pessoais. A ideia veiculada é de que a noção de “tratamento de dados” é bastante ampla, sendo que as operações expressamente nominadas representariam apenas exemplos. Nessa linha de raciocínio, até simples medidas organizatórias envolvendo dados pessoais, mesmo que dentro do próprio sistema do empregador – por exemplo, a organização de uma lista com base no endereço de residência dos empregados, distribuindo-os por bairros –, seriam qualificadas como operações de tratamento de dados pessoais.¹⁴⁰

¹³⁶ O uso equivalente das expressões é feito na própria legislação brasileira, inclusive para fins de determinação das operações por elas abrangidas. Cf. art. 6.º, itens 60. e 159. do Anexo do Decreto n.º 97.057/88, que as usa na expressão “*tratamento ou processamento da informação*”.

¹³⁷ Segundo a Convenção 108, art. 2.º, alínea “b”, da qual decorre a Recomendação n.º R(89)2, o processamento automático de dados compreende as seguintes operações, se feitas parcial ou totalmente por meios automatizados: armazenamento, realização de operações lógicas ou aritméticas com esses dados, alteração, eliminação, retenção ou disseminação de dados, cf. Anexo 1.

¹³⁸ As expressões “coleta” e “uso” são encontradas no item 1.1. da R(89)2, cuja redação é a seguinte: “*The principles set out in the recommendation apply to the collection and use of personal data for employment purposes in both the public and private sectors*”. (Grifos apostos). Ver Anexo 1.

¹³⁹ Nota n.º 15 do Memorando Explanatório da R(89)2., cf. CONSELHO DA EUROPA. *Explanatory memorandum – Recommendation N° R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

¹⁴⁰ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 105. A autora também pensa nesse sentido, quando examina a legislação portuguesa – art. 3.º, alínea “b”, da Lei n.º 67/98.

O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores¹⁴¹ contém definição expressa do termo “processamento”, segundo a qual nele estariam incluídos a coleta, o armazenamento, a combinação, a comunicação ou qualquer outro uso de dados pessoais.¹⁴² Aqui também vale o que foi dito anteriormente em relação ao caráter meramente exemplificativo das operações de tratamento indicadas na norma. Isso porque a enumeração vem acompanhada da expressão “qualquer outro uso” – o que abre amplamente o leque das possibilidades.

Na legislação portuguesa, art. 3.º, n.º 1, alínea b, da Lei de Proteção de Dados Portuguesa, por exemplo, o tratamento de dados inclui as seguintes operações: coleta, registro, organização, conservação, adaptação, alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou por qualquer outra forma de disponibilizar por comparação ou interconexão, bloqueio, apagamento ou destruição.¹⁴³

4. Informação mantida manualmente e eletronicamente

Questão debatida é sobre a necessidade de incluir a informação mantida manualmente no chamado regime de proteção de dados pessoais. Esse ponto é de grande importância prática, por duas razões principais. A primeira estaria ligada à eficácia da proteção: considerando o estado atual da tecnologia, as previsões de seu desenvolvimento e as práticas do setor, seria eficaz a proteção de dados pessoais que não incluísse a informação colhida manualmente? A segunda está ligada às consequências que advêm da implementação de um regime de proteção de dados pessoais que impõe deveres, limites e custos para o responsável pelas operações de tratamento.

¹⁴¹ RRP-OIT, item 3.1.: “*The term ‘personal data’ means any information related to an identified or identifiable worker*”. Ver Anexo 1.

¹⁴² Item 3.2. do RRP-OIT, cujo texto original transcrevemos: “*The term ‘processing’ includes the collection, storage, combination, communication or any other use of personal data*”. Ver Anexo 1.

¹⁴³ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p.78.

O processamento automático da informação sempre ocupou posição central nos mecanismos de proteção de dados pessoais previstos nas principais normas internacionais que trataram da matéria. Os princípios que estabelecem diretrizes sobre o “estado ideal de coisas”, os deveres do responsável pelo tratamento e os direitos da pessoa foram desenhados para atender à lógica e problemas dele decorrentes. Essa centralidade se justifica exatamente pelo fato de que os riscos para o indivíduo promanam diretamente das possibilidades descortinadas por esse tipo de operação.

A despeito de as operações de processamento automático formarem o centro das preocupações, as principais normas internacionais que tratam dessa matéria sempre incluíram no seu âmbito de aplicação total ou parcial os arquivos ou as informações coletados manualmente.¹⁴⁴

Catarina Sarmento e Castro (refere-se à “criação e manutenção de um conjunto estruturado de dados pessoais” (sem fazer distinções entre a informação colhida eletronicamente e a obtida manualmente) como sendo a atividade que implica perigo para os titulares dos dados pessoais e, conseqüentemente, justifica a sujeição dos responsáveis a certas obrigações).¹⁴⁵

A coleta e a retenção de dados do empregado não é marcada pelo desaparecimento dos métodos manuais de anotação nem se distingue pela absoluta predominância de meios automatizados. Sua nota característica é o desenvolvimento de sistemas de informação interligando esses dois modos de processar dados. Assim, qualquer tentativa de estabelecer regras que considerem apenas determinado método ou técnica de coleta e processamento não estará se baseando nas condições reais em que os dados são efetivamente processados no setor e, conseqüentemente, falhará em proteger os empregados.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Cf., exemplificativamente, a Convenção 108, art. 2.º, letra “c”; a R(89)2, item 1., subitem 1.1.; e o RRP-OIT, item 4., letra “b”. Ver Anexo 1.

¹⁴⁵ CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 65.

¹⁴⁶ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 365.

A despeito da percepção da imbricação entre os métodos manuais e eletrônicos, que é cada vez mais reforçada pelas possibilidades de interconexão descortinadas pelo constante avanço das tecnologias, não há respostas uniformes.

A Recomendação n.º R(89)2 é dirigida primordialmente aos dados pessoais do empregado que são submetidos ao tratamento automático.¹⁴⁷ Isso significa que os dados processados manualmente são incluídos limitadamente no seu campo de aplicação sempre que tiverem significado para a compreensão e a avaliação do processamento automático. Entretanto, essa limitação não deve ser interpretada para que se utilize do processamento manual como uma via de escape para se resguardar da incidência dos princípios protetivos previstos na norma.¹⁴⁸

O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores posicionou-se claramente pela inclusão do processamento manual ou automático, sem nenhuma distinção.¹⁴⁹ A justificativa apresentada para a opção foi a impossibilidade prática de vislumbrar a fronteira entre o processamento automático e o manual. Apontou-se que os métodos tradicionais de arquivamento e manutenção da informação são cada vez mais integrados a sistemas automáticos, sendo que parte da informação é mantida parcialmente em um, mas referenciada ao outro. Além do que, o resultado do monitoramento eletrônico é frequentemente mantido e avaliado no ficheiro (arquivo) do trabalhador. Essas circunstâncias reforçam a necessidade de abrangência

¹⁴⁷ Isso é o que se depreende do que consta na segunda e na terceira parte do item 1.1. da R(89)2, cujo texto transcreve-se: “1.1. (...) *These principles apply to automatically processed data as well as to other data on employees which are held by employers, in so far as such information is necessary to make automatically processed data intelligible. Manual processing of data should not be used by employers in order to avoid the principles contained in this recommendation*”. Tradução livre: esses princípios são aplicáveis aos dados processados automaticamente, assim como a outros dados do empregado mantidos pelo empregador, desde que essa informação seja necessária para tornar os dados processados automaticamente inteligíveis. Cf. Anexo 1.

¹⁴⁸ Itens 16. e 17. do Memorando Explanatório, cf. CONSELHO DA EUROPA. *Explanatory Memorandum – Recommendation n.º R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standard_setting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standard_setting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

¹⁴⁹ RRP-OIT, subitem 4.1. (b), cujo texto é: “4.1. *This code applies to: (a)... (b) the manual and automatic processing of all workers’ personal data*”. Tradução livre: 4.1 Esse código aplica-se a: (a)...(b) o processamento manual e automático dos dados pessoais de todos os trabalhadores. Cf. Anexo 1.

indistinta das regras de proteção de dados pessoais do empregado, para o bem de sua eficácia.¹⁵⁰

No tocante ao campo de aplicação da Diretiva 95/46/EC, o GT29 esclarece que nem todos os arquivos manuais recaem necessariamente no campo de aplicação da diretiva. Eles só são incluídos se fizerem parte de um “sistema de arquivamento de dados pessoais” (*personal data filing system*), definido como qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessíveis de acordo com critérios específicos, independentemente de estarem centralizados, descentralizados ou dispersos em bases funcionais ou geográficas. A quase totalidade dos registros e anotações empregatícias estaria provavelmente abrangida por essa definição. Em alguns países, contudo, as medidas de implementação da diretiva poderiam excluir as anotações manuais mantidas fora de qualquer tipo de sistema de arquivamento.¹⁵¹

5. Destinatários das normas de proteção

Nas normas internacionais de proteção de dados talhadas para o setor do emprego, há preocupação quanto a seus destinatários, porque nas práticas setoriais existem envolvidos que formalmente não integram a relação entre empregado e empregador. Esse é o caso das agências de recrutamento de mão de obra.

Com efeito, do ponto de vista estritamente formal, essas agências não são parte da relação contratual que se estabelece com o empregado. Contudo, elas agem diretamente em nome de determinado empregador ou indiretamente no interesse do empregador na coleta e retenção de informações que permitem a contratação de empregados onde é preciso. Se as

¹⁵⁰ Comentário ao RRP-OIT, item 4.2. p. 12, cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers' personal data: an ILO code of practice*, 1997. Commentary on the Code of Practice. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2012.

¹⁵¹ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 sept. 2001, 5062/01/EN/Final, WP 48, p. 13. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48_en.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2012.

normas de proteção de dados pessoais dos empregados não albergassem esses atores sociais, provavelmente muitas obrigações seriam ineficazes, a exemplo da proibição do uso de polígrafo e do *screening* genético, porque as agências de recrutamento teriam meios de fazer valer indiretamente aquilo que o empregador estaria diretamente proibido de fazer. Além disso, a experiência demonstra que muitas das novas e das mais invasivas técnicas de entrevista e avaliação foram primeiramente desenvolvidas e aplicadas por agências de emprego.¹⁵²

Tendo em consideração esses aspectos, a Recomendação n.º R(89)2 incluiu, em princípio,¹⁵³ as agências de recrutamento de mão de obra entre os destinatários das normas de proteção. A inclusão das atividades dessas agências é realizada por aplicação do princípio da finalidade.¹⁵⁴

No Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, a atividade das agências de recrutamento está contemplada pela via do conceito de “trabalhador”,¹⁵⁵ assim como em disposição própria.¹⁵⁶ Ao contrário do previsto na Recomendação n.º R(89)2, a redação escolhida não deixa claro se as medidas de proteção seriam exigíveis diretamente dessas agências. Assentado está, contudo, que, caso utilize as agências, o empregador é o responsável pelo asseguramento da implementação da proteção.

¹⁵² SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 365.

¹⁵³ O item 1.4. da R(89)2 admite, contudo, previsão em contrário pela legislação doméstica. Cf. Anexo 1.

¹⁵⁴ Ver item 8 deste capítulo.

¹⁵⁵ RRP-OIT, item 3.4.: “3.4. The term ‘worker’ includes any current or former worker or applicant for employment”. A tradução livre do trecho é a seguinte: o termo “trabalhador” inclui qualquer atual ou ex-trabalhador ou candidato a emprego. Cf. Anexo 1.

¹⁵⁶ RRP-OIT, item 13.1., cujo texto é: “13.1. If the employer uses employment agencies to recruit workers, the employer should request the employment agency to process personal data consistently with the provisions of this code”. Cf. Anexo 1.

6. Princípios da proteção: uma visão geral

Se atentarmos para as normas internacionais mais importantes que versam sobre essa matéria, veremos que cada uma traz “seu” rol de princípios básicos de proteção de dados. Não obstante esse fato, é inegável a existência de questões centrais comuns a todos os documentos. Elas giram em torno das condições de legitimidade e dos limites para coleta, processamento e armazenamento de dados pessoais, das medidas esperadas do “controlador dos arquivos”,¹⁵⁷ do “controlador dos dados”¹⁵⁸ ou do “responsável pelo tratamento de dados”,¹⁵⁹ assim como dos direitos daquele a quem os dados se referem.

Pelo pioneirismo no trato da questão e pela centralidade dos princípios nela enunciados, far-se-á resumidamente menção aos princípios contemplados nas Diretrizes para a Proteção da Privacidade e Fluxo de Dados Pessoais Transfronteiriços, adotadas pela OCDE, assim como aos da Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Relação ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, proposta pelo Conselho da Europa.

A OCDE¹⁶⁰ adotou, em 1980, as Diretrizes para a Proteção da Privacidade e Fluxo de Dados Pessoais Transfronteiriços.¹⁶¹ Os princípios articulados nesse documento são considerados ainda hoje a pedra de toque da proteção de dados no contexto internacional.¹⁶² São oito os princípios formulados:

1) Princípio da limitação da coleta ou da abstenção (*Collection Limitation Principle*), pelo qual se reconhece haver limite para a coleta de dados pessoais, sendo que os dados devem ser coletados por meios lícitos e leais, com o consentimento ou o conhecimento daquele a quem os dados se referem;

¹⁵⁷ A expressão é utilizada na Convenção 108, cf. art. 2.º, letra “d”. Ver Anexo 1.

¹⁵⁸ Expressão utilizada pelas Diretrizes da OCDE, cf. art. 1.º, letra “a”. Ver Anexo 1.

¹⁵⁹ Expressão utilizada pela Diretiva 95/46, cf. art. 2.º, letra “d”. Ver Anexo 1.

¹⁶⁰ Até o momento, o Brasil não é membro da OCDE, mas participa como observador e membro pleno de vários comitês, tendo ratificado algumas convenções.

¹⁶¹ Através da Recomendação do Conselho de 23 de setembro de 1980, foi estabelecido um anexo com as Diretrizes da OCDE, nas quais estão consignados os princípios que deveriam ser observados pelos Estados-Membros na sua legislação interna para proteção da privacidade e das liberdades individuais. Cf. Anexo 1.

¹⁶² SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. *Privacy law in a nutshell*. St. Paul: Thompson/West., 2008, p. 49.

2) Princípio da qualidade dos dados (*Data Quality Principle*), pelo qual se exige que eles sejam relevantes e necessários para a finalidade que se pretende, sendo que os dados devem ser acurados, completos e atualizados;

3) Princípio da especificação da finalidade ou da limitação para fins de tratamento (*Purpose Specification Principle*), pelo qual a finalidade deve ser especificada, no máximo, até o momento da coleta e os tratamentos estão circunscritos a ela, sendo admitido, contudo, o tratamento para outras finalidades, desde que não incompatíveis com a inicialmente especificada e desde que elas sejam especificamente informadas em cada ocasião de mudança de propósito;

4) Princípio da limitação do uso (*Use Limitation Principle*), pelo qual os dados pessoais não podem ser revelados, disponibilizados ou usados para finalidade diversa da especificada, salvo se houver consentimento daquele a quem os dados se referem ou por determinação legal;

5) Princípio da salvaguarda de segurança ou da segurança física e lógica ou da confidencialidade e da segurança¹⁶³ (*Security Safeguards Principle*), pelo qual medidas razoáveis de segurança devem proteger os dados pessoais contra riscos, tais como perda, acesso não autorizado, destruição, uso, modificação ou revelação de dados;

6) Princípio da transparência ou publicidade (*Openness Principle*), pelo qual as práticas, os desenvolvimentos e as políticas relacionadas a dados pessoais devem ser regidos pela transparência, devendo, sem empecilhos, ser disponibilizados meios de estabelecer a existência e a natureza dos dados pessoais e a principal finalidade de seu uso, assim como a identidade e o domicílio do controlador dos dados;

7) Princípio da participação individual (*Individual Participation Principle*), pelo qual são estabelecidos direitos do indivíduo em relação ao controlador dos dados, tais como direito de obter junto ao segundo informação sobre a existência e o teor de dados pessoais

¹⁶³ A primeira expressão resulta de tradução mais próxima da literalidade do texto original. As outras duas expressões são utilizadas, respectivamente, por Doneda e por Santos. Cf. DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011, p. 1145; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um regime de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 362.

relacionados ao primeiro e as condições de tempo, custo e modo pelas quais a informação lhe deve ser comunicada, assim como o direito de ser informado das razões de recusa de atendimento de requerimento a esse respeito e lhe ser possível a elas se opor, assim como aos próprios dados relacionadas a ele e, em caso de sucesso da demanda, o direito de ver os dados apagados, retificados, completados ou emendados;

8) O princípio da responsabilidade¹⁶⁴ (*Accountability Principle*), pelo qual o controlador dos dados deve ser responsável pelo cumprimento das medidas em relação aos princípios articulados no documento.

A Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Relação ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981)¹⁶⁵ enuncia também oito princípios para dados submetidos a processamento automático, sendo que cinco deles no art. 5.º, letras “a” a “e”, um no art. 6.º, um no art. 7.º e um no art. 8.º Eles são resumidamente os seguintes:

1) Princípio da licitude e da lealdade, pelo qual os dados devem ser obtidos e processados leal e legitimamente;

2) Princípio da finalidade, pelo qual os dados devem ser armazenados para fins legítimos e específicos e não devem ser utilizados de modo incompatível com essa finalidade;

3) Princípio da proporcionalidade ou pertinência, segundo o qual os dados devem ser adequados, relevantes e não excessivos em relação à finalidade para a qual foram armazenados;

4) Princípio da exatidão dos dados, pelo qual os dados devem ser exatos e atualizados, caso necessário;

¹⁶⁴ A expressão corrente no mundo anglo-saxônico – *accountability* – não equivale exatamente à expressão “responsabilidade”. A *accountability* dá ênfase à forma como a responsabilidade é assumida e tornada verificável, isto é, em relação à forma de prestar contas da obrigação em questão. Note-se que esse princípio está sendo rediscutido no âmbito da reforma das normas comunitárias de proteção de dados. A ideia é torná-lo um princípio que permita a passagem da teoria à prática, visando à efetividade das medidas de proteção. A esse propósito veja-se GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS, 00062/10/PT, WP173 – Parecer 3/2010 sobre o princípio da responsabilidade, adotado em 13 de jul. de 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp173_pt.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2011.

¹⁶⁵ Ver Anexo I.

5) Princípio da temporalidade do uso, pelo qual os dados pessoais devem ser preservados apenas pelo tempo necessário para a finalidade para a qual foram coletados e armazenados;

6) Princípio da vedação de processamento automático para dados sensíveis, que estabelece como regra geral a vedação do processamento automático de dados que revelem raça, origem, opinião política ou credo religioso, assim como os relacionados à saúde e à vida sexual dos indivíduos, admitindo, contudo exceções, se as leis nacionais oferecerem salvaguardas apropriadas;

7) Princípio da confidencialidade e da segurança, que prevê que os dados armazenados devem ser apropriadamente protegidos contra acessos não autorizados e destruição ou perda acidental ou não autorizada;

8) Princípio da informação ou do livre acesso, segundo o qual o indivíduo tem direito de informação sobre se há e quais são, quem mantém e com que propósito são mantidos seus dados pessoais, assim como tem direito à retificação e à exclusão de dados.

A despeito de recortes e enfoques diferenciados, é possível perceber que essas normas internacionais articulam respostas substancialmente semelhantes para as questões centrais anteriormente referidas, isto é, as atinentes às condições de legitimidade e aos limites para o tratamento dos dados pessoais; às medidas esperadas pelo responsável pelo tratamento e aos direitos do indivíduo a quem os dados se referem.

Com efeito, como resposta ao primeiro bloco de questões, qual seja o que envolve as condições de legitimidade e os limites para o tratamento, as Diretrizes da OCDE formulam os princípios da limitação da coleta ou da abstenção, o da qualidade dos dados e o da especificação da finalidade ou da limitação para fins de tratamento como pilares cardiais. Já a Convenção 108 constrói sua resposta principalmente em torno dos princípios da licitude e da lealdade, da proporcionalidade ou pertinência e da vedação de processamento automático para dados sensíveis. Aos dois documentos é comum a ideia de que o processamento de dados pessoais é uma atividade intrusiva na esfera da vida privada do indivíduo e, por isso, necessita ser legitimada ou autorizada por algum meio (por exemplo, lei, contrato, consentimento) e ser exercida dentro de claros limites.

Quanto ao segundo bloco de questões, isto é, às medidas esperadas, vejamos, por exemplo, o que ocorre em relação a aspectos relacionados à transparência. Aqui também não há simetria exata entre os princípios que abrangem esse ponto. Nas Diretrizes para a Proteção da Privacidade e Fluxo de Dados Pessoais Transfronteiriços,¹⁶⁶ da OCDE, a questão é abordada em dois princípios – o da transparência ou publicidade e o da participação individual. Já a Convenção 108¹⁶⁷ contempla esses dois aspectos da transparência no princípio da informação ou do livre acesso. É de notar, contudo, que ambos os documentos partem do pressuposto de que o poder da informação proporcionado pelas possibilidades descortinadas pelo tratamento automático traz consigo a correspondente responsabilidade de quem faz uso desse recurso, o que significa responsabilidade pela guarda e pela gerência da informação, inclusive a proteção do *hardware* e *software* de ataques, manutenção da boa qualidade da informação que está a seus cuidados e evitar o armazenamento de informação desnecessária para a finalidade do tratamento.¹⁶⁸

Quanto ao terceiro bloco de questões, ambos os documentos reconhecem que o indivíduo deve poder exercer algum tipo de controle sobre a informação relativa a ele que é coletada e tratada por outros.¹⁶⁹ Nas Diretrizes da OCDE, essa ideia é expressa primordialmente por meio do princípio da transparência ou publicidade (*Openness Principle*) e pelo princípio da participação individual (*Individual Participation Principle*). Na Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Relação ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, ela se manifesta no princípio da informação ou do livre acesso,

¹⁶⁶ Ver. Anexo 1.

¹⁶⁷ Ver Anexo 1.

¹⁶⁸ Cf. memorando explanatório da Convenção 108, item 2. CONSELHO DA EUROPA. *Explanatory memorandum – Recommendation n.º R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

¹⁶⁹ Cf. memorando explanatório da Convenção 108, item 3. CONSELHO DA EUROPA. *Explanatory memorandum – Recommendation n.º R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

Na doutrina, os princípios de proteção são desdobrados ou condensados¹⁷⁰ na pena dos estudiosos, assim como nas relações estabelecidas entre eles.

Em função do objetivo desse trabalho, serão tratados de forma mais destacada o princípio da licitude e da lealdade, o princípio da finalidade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da necessidade. A importância do primeiro está no fato de que ele indica não só o pressuposto geral no qual se funda a proteção de dados pessoais, mais também quais as portas de entrada autorizadas para o tratamento. Os dois outros são particularmente relevantes porque determinam a dimensão de economia que deve sempre nortear o tratamento da informação na perspectiva da proteção de dados pessoais.

7. Princípio da licitude e da lealdade

O princípio da licitude e da lealdade¹⁷¹ estabelece que os dados pessoais devem ser obtidos e processados legítima e lealmente. Grosso modo, processamento lícito pode ser entendido como aquele que não implica a violação de uma lei de proteção de dados ou de outro requisito de ordem jurídica. Com o mesmo grau de generalidade, pode-se dizer que será leal o tratamento que não implicar deslealdade para com o titular dos dados.¹⁷²

¹⁷⁰ Simitis, por exemplo, condensa o cerne da proteção em sete princípios básicos: abstenção, finalidade, minimização, exatidão, transparência, informação e controle. A opinião do autor está expressa em SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p.351.

¹⁷¹ O princípio da licitude e lealdade está inscrito no art. 5.º, letra “a” da Convenção 108 e corresponde ao princípio da limitação da coleta nas Diretrizes da OCDE, item 7. Ver Anexo 1.

¹⁷² Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 Sept. 2001, 5062/01/EN/Final, WP 48, p. 18. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2012. Para Queiroz, o princípio se traduz na proibição da coleta e do tratamento automático de dados pessoais por meios fraudulentos, não leais ou não lícitos, cf. QUEIROZ, Cristina. A proteção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 296. Já Santos informa que a doutrina associa a licitude ao efeito do cumprimento das regras legais a que o responsável estaria sujeito e a lealdade, ela estaria associada à transparência, isto é, ao conhecimento da existência do processamento, da obtenção de informação

A observância da lealdade é entendida no processamento de dados do empregado como um teste adicional da proporcionalidade a ser realizado, já que o processamento, mesmo legítimo, pode ser considerado desleal. Por exemplo, mesmo que o monitoramento de empregados, a despeito de observar todos os outros requerimentos – isto é, tenha causa legítima –, seja feito com finalidade específica e seja proporcional, pode ainda assim ser desleal.¹⁷³

A Recomendação n.º R(89)2 não especifica expressamente os fundamentos de legitimação do tratamento. E o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores se utiliza da fórmula genérica de que os dados pessoais devem ser processados legítima e lealmente e apenas por razões diretamente relevantes para o emprego do trabalhador.¹⁷⁴

A especificação sobre o que deve ser considerado lícito e leal não consta, em regra, nas normas internacionais aqui mencionadas,¹⁷⁵ porque elas não foram desenhadas para serem autoexecutáveis. A falta é explicada pelo fato de que essas questões são deixadas para decisão no campo de discricionariedade dos Estados-Membros signatários.¹⁷⁶ Assim, os fundamentos que legitimam o processamento devem ser extraídos usualmente de um quadro normativo específico, normalmente referido a um determinado país.

precisa e integral das circunstâncias da coleta e à possibilidade de oposição, cf. SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um regime de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 364-365.

¹⁷³ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 Sep. 2001, p. 18, disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

¹⁷⁴ RRP-OIT, item 5.1., cf. Anexo 1.

¹⁷⁵ Referimo-nos aqui às seguintes normas: Diretrizes sobre Proteção da Privacidade e Fluxo de Dados Pessoais entre Fronteiras, elaboradas pela OCDE; Convenção 108; R(89)2 do Conselho da Europa; e RRP-OIT. Ver Anexo 1.

¹⁷⁶ O item 5 do memorando explanatório da convenção 108. Ele explica que os meios pelos quais os princípios enunciados na Convenção são tornados efetivos ficam a critério dos Estados-Membros. Cf. CONSELHO DA EUROPA. *Explanatory memorandum – Recommendation n.º R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em 7 jun. 2012.

No contexto da União Europeia, contudo, a Diretiva 95/46/CE estabelece as condições gerais de licitude do tratamento de dados pessoais, admitindo como fundamento lícito as seguintes hipóteses:

- 1) o consentimento de forma inequívoca da pessoa em causa;
- 2) quando o processamento for necessário para diligências prévias à formação de um contrato ou para a execução de um contrato, se a pessoa em causa for parte;
- 3) quando o processamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação legal à qual esteja sujeito o responsável pelo tratamento;
- 4) quando o processamento for necessário para a proteção de um interesse vital da pessoa em causa;
- 5) quando existir interesse público;
- 6) quando existirem legítimos interesses do responsável pelo tratamento ou de terceiros.¹⁷⁷

Ainda merece referência o fato de que o art. 8.º da diretiva proíbe o processamento de alguns dados – os chamados dados sensíveis –, mas admite um rol de exceções. Elas podem, por sua vez, constituir-se em fundamento de legitimidade para o processamento.¹⁷⁸

Na arquitetura normativa escolhida pela Diretiva 95/46/CE, é muito importante notar que o fato de os dados pessoais estarem disponíveis ou acessíveis ao público não autoriza por si só seu processamento por terceiros.¹⁷⁹

Estabelecer o fundamento de legitimidade para o processamento de dados pessoais é sempre necessário, sendo que no setor empregatício são de particular interesse os seguintes fundamentos: necessidade para diligências prévias à formação e para a execução do contrato de trabalho; necessidade para cumprimento de obrigação legal; existência de

¹⁷⁷ Art. 7.º, letras “a” a “f”, da Diretiva 95/46/CE, cf. Anexo 1.

¹⁷⁸ Ver item 7.2. deste capítulo.

¹⁷⁹ Nesse sentido, ver SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um regime de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 355-375 e p. 360.

legítimos interesses do responsável pelo tratamento; proteção de interesses vitais do titular dos dados e consentimento.¹⁸⁰

Tanto as tratativas contratuais quanto a execução do contrato de trabalho dão azo ao processamento de dados pessoais do candidato ao emprego ou do empregado. Uma e outra configuram, na dicção da diretiva, fundamento de legitimidade para o tratamento, na exata medida em que ele for necessário para essas finalidades e a pessoa em causa fizer parte ou tiver consentido as diligências.¹⁸¹ Saliente-se, porém, que o tratamento com base nesses fundamentos está ainda sujeito a outras condições.¹⁸²

Quanto ao cumprimento de uma obrigação legal, a lei pode impor ao empregador deveres que demandem obrigatoriamente o processamento de dados pessoais do empregado. Por exemplo, no Brasil, o empregador é obrigado a apresentar periodicamente a Rais,¹⁸³ que fornece dados para a gestão governamental do setor do trabalho. Para cumprir a exigência, ele terá necessariamente de praticar operações de tratamento de dados do empregado. O tratamento de dados pessoais do empregado que for realizado com esse fundamento será então lícito. Observe-se que, em princípio, a concretização dessa hipótese não requer que sejam sopesados os interesses do empregado e do empregador.

Quanto aos legítimos interesses do controlador, esse fundamento poderia justificar o processamento de dados, por exemplo, com a finalidade de proteger o sistema de armazenamento. Esse fundamento requer obrigatoriamente que sejam sopesados os interesses do empregador e do empregado. Mesmo que o interesse do empregador prevaleça, o empregado permanece com o direito de opor objeção ao processamento, com base em razões legítimas que possam obstá-lo.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Nesse sentido, ver GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context. Adopted on 13 Sep. 2001, 5062/01/EN/Final WP48, p. 15. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

¹⁸¹ Art. 7.º, item “b”, da Diretiva 95/46/CE, cf. Anexo 1.

¹⁸² O tratamento com base nesses fundamentos deve observar os demais princípios de proteção, principalmente o da finalidade (e necessidade) e o da proporcionalidade, abordados nos itens seguintes do presente estudo.

¹⁸³ A Rais, Relação Anual de Informações Sociais, foi instituída pelo Dec. n.º 76.900, dxe 23 dez. 1975.

¹⁸⁴ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 Sep. 2001, 5062/01/EN/Final,

Quanto à proteção de um interesse vital da pessoa em causa, isso pode justificar o processamento de dados com o objetivo de proteger a saúde e a segurança do trabalhador, por exemplo.

7.1. O papel do consentimento

O consentimento é considerado um conceito central na proteção de dados pessoais, mas não é o único fundamento de licitude do processamento. Sendo um dos meios reconhecidos à pessoa para o exercício do controle sobre seus dados pessoais, ele está diretamente relacionado ao princípio da autodeterminação informativa.

O consentimento deve ser utilizado no contexto correto, inclusive considerando os demais fundamentos de legitimidade. Isso significa, em primeiro lugar, verificar se estão presentes as circunstâncias que autorizam o consentimento como fundamento de legitimidade do tratamento de dados pessoais, isto é, se a manifestação de vontade é efetivamente livre, específica, informada e inequívoca e, nos casos dos dados sensíveis, explícita. Em segundo lugar, o intérprete deve igualmente verificar se a situação não comporta outro fundamento de legitimidade, que subsistiria, independentemente do consentimento.¹⁸⁵

A validade do consentimento depende, primeiramente, em aferir se resultou de uma livre manifestação, e isso só ocorrerá se a recusa em consentir não trazer consequências negativas importantes. Ele deve ainda ser específico, isto é, os dados objeto do tratamento e os fins aos quais se destinam esses dados devem estar claramente identificados.¹⁸⁶

WP 48, p. 15. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

¹⁸⁵ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 15/2011, sobre a definição de consentimento adotado em 13 jul. 2011, 01197/11/PT, p. 11 e p. 38-40. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_pt.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2012.

¹⁸⁶ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 15/2011, sobre a definição de consentimento adotado em 13 jul. 2011, 01197/11/PT, p. 19. Disponível em:

Igualmente deve ser informado à pessoa, que deve ter informações exatas e completas sobre as questões pertinentes ao tratamento, como, por exemplo, os tipos de dados que serão tratados, para que fins, quem será o destinatário das informações e que direitos ela tem.¹⁸⁷

Todavia, ressalte-se que, mesmo válido, o consentimento não “*exonera o responsável pelo tratamento de suas obrigações, nem tão-pouco legitima um tratamento que, de outra forma, seria considerado desleal*”.¹⁸⁸

Na situação de emprego, há fundadas razões para duvidar se o consentimento pode ser invocado como fundamento de licitude para o processamento. Primeiro porque o empregado ou o candidato ao emprego está frequentemente numa posição ou situação em que não lhe é possível dar livremente seu consentimento. Por estar em situação de subordinação na relação empregatícia, ele pode se ver em dificuldade ou mesmo impossibilitado de recusar, retirar ou modificar seu consentimento pelo medo de perder uma eventual promoção, de ser de algum modo prejudicado ou até de perder o emprego. Ainda, embora a subordinação desempenhe papel central na avaliação da liberdade do consentimento no contexto do emprego, outros elementos podem também exercer influência na decisão do empregado, como os de ordem financeira, emocional ou prática.¹⁸⁹ Segundo porque pode ser enganosa a tentativa de legitimar o processamento por essa via nas situações em que o empregador precisa processar dados pessoais do empregado como consequência necessária e inevitável da relação de emprego.¹⁹⁰

A despeito de se reconhecer a fragilidade do consentimento no contexto empregatício, os principais regramentos internacionais que tratam especificamente da

<http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_pt.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2012.

¹⁸⁷ GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 15/2011, sobre a definição de consentimento adotado em 13 jul. 2011, 01197/11/PT, p. 21-22. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_pt.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2012.

¹⁸⁸ Id. Ibid., p. 10.

¹⁸⁹ Id. Ibid., p. 16.

¹⁹⁰ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 Sep. 2001, 5062/01/EN/Final, WP 48, p. 3. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

proteção de dados pessoais do empregado não excluem totalmente o consentimento do empregado como fundamento de legitimidade para o tratamento de dados pessoais.

A Recomendação n.º R(89)2, nas hipóteses em que admite o consentimento, determina que este seja informado e expresso.¹⁹¹ O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores não define condições de validade gerais de consentimento do empregado, mas refere-se a “consentimento explícito” para autorizar o empregador a coletar informações sobre o empregado junto a terceiros.¹⁹²

O consentimento nas relações empregatícias é admitido, assim, residualmente e se exerce dentro de determinados limites que são formulados por regras complementares.

Um dos meios de construir esses limites são as regras que não autorizam o processamento, independentemente de consentimento do empregado. Por exemplo, o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores estabelece que, ainda que o empregado forneça ele mesmo as informações, o empregador não estará autorizado a utilizá-las se elas forem irrelevantes ou ultrapassarem o que foi solicitado.¹⁹³

Outra forma de estabelecer limites são as normas que exigem o preenchimento de determinadas condições para que o consentimento seja válido como fundamento de autorização de coleta e processamento de dados pessoais.¹⁹⁴ Por exemplo, é o que ocorre nas condições estabelecidas para o consentimento do empregado na coleta de informações relativas a ele junto a terceiros. O consentimento do empregado ou candidato deve ser explícito e o empregador está autorizado ao tratamento apenas nos limites informados em

¹⁹¹ Cf. itens 8.2., alínea “b”; 10.1.; 10.3. da R(89)2, cf. Anexo 1.

¹⁹² RRP-OIT, item 6.2.: “*If it is necessary to collect personal data from third parties, the worker should be informed in advance, and give explicit consent. The employer should indicate the purposes of the processing, the sources and means the employer intends to use, as well as the type of data to be gathered, and the consequences, if any, of the refusing consent*”. (Grifos apostos). Ver Anexo 1.

¹⁹³ Cf. item 6.9. do RRP-OIT, cujo texto é: “*Personal data provided by the worker which go beyond or are irrelevant to the request for personal data because the worker has misunderstood the request should not be processed*”. Ver Anexo 1.

¹⁹⁴ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 367.

relação aos dados a serem apresentados, às pessoas ou às instituições para as quais pode ser endereçada a consulta e aos propósitos para os quais está sendo realizada a coleta.¹⁹⁵

7.2. Dados sensíveis

Um dos grupos de dados que merecem regras especiais é o composto pelos chamados dados sensíveis. São considerados como tais os que portam informações que apresentam “elevado potencial lesivo aos seus titulares”.¹⁹⁶

O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores apresenta um rol no qual estão incluídos dados relativos à vida sexual, às convicções políticas, às crenças religiosas ou a quaisquer outras crenças, condenações criminais do empregado e pertencimento a organizações de trabalhadores ou sindicatos.¹⁹⁷ Nele não está incluída a origem racial, embora esta conste da lista de dados sensíveis apresentada pela Convenção 108.¹⁹⁸

Em relação a esses dados pessoais, a coleta não é excluída aprioristicamente, permitindo-se que ela ocorra excepcionalmente e em situações em que ela possa ser justificada e apenas na extensão em que os dados sejam diretamente relevantes para uma decisão sobre a contratação e estejam em conformidade com a legislação nacional antidiscriminação atinente ao processamento dessa espécie de dados.¹⁹⁹ Por exemplo, algumas legislações nacionais autorizam que convicções políticas possam ser consideradas no recrutamento de um jornalista em um jornal afiliado a determinado partido. Outro exemplo: a necessidade de coleta de dados pessoais sobre a vida sexual de determinado

¹⁹⁵ Item 6.2. do RRP-OIT, cujo texto é: “*If it is necessary to collect personal data from third parties, the worker should be informed in advance, and give explicit consent. The employer should indicate the purposes of the processing, the sources and means the employer intends to use, as well as the type of data to be gathered, and the consequences, if any, of the refusing consent*”. Cf. Anexo 1.

¹⁹⁶ Expressão utilizada por Danilo Doneda, ao se referir aos chamados “dados sensíveis”. Cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161.

¹⁹⁷ RRP-OIT, itens 6.5. e 6.6., cf. Anexo 1.

¹⁹⁸ Art. 6.º da Convenção 108, cf. Anexo 1.

¹⁹⁹ RRP-OIT, item 6.5., parte (2), cf. Anexo 1.

empregado pode ser justificada nos casos de assédio sexual ou se existirem obrigações legais e procedimentos a serem conduzidos pelo empregador relacionados à acusação.²⁰⁰

8. Princípio da finalidade

A Recomendação n.º R(89)2 trata explicitamente da finalidade,²⁰¹ assim como o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores.²⁰² De acordo com o princípio da finalidade ou da especificação da finalidade,²⁰³ a coleta deve se fazer nos estritos limites da finalidade específica que a motivou. O princípio aplica-se também às demais operações de tratamento.

De acordo com Doneda, o princípio estabelece dois requisitos. Primeiro, o da utilização dos dados apenas para as finalidades da coleta, que devem ser expressamente comunicadas até sua realização. Segundo, o de que a finalidade não deve ser abusiva nem colidir com outras normas. O princípio oferece critério para aferir a razoabilidade na coleta e na utilização de dados pessoais, sendo que ao mesmo tempo serve para estabelecer limite para os fundamentos de legitimidade de determinado processamento (por exemplo, pela irrelevância dos dados ou pela incompatibilidade com a finalidade da coleta).²⁰⁴

A exigência de que uma finalidade específica seja declarada para legitimar a coleta e o processamento de dados pessoais lança, desde logo, algumas questões. Uma delas

²⁰⁰ Os exemplos foram extraídos do Comentário ao RRP-OIT, item 6.5-6.9, p. 16, cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers' personal data: an ILO code of practice*, 1997. Commentary on the Code of Practice. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2012.

²⁰¹ R(89)2, item 6.1. a 6.3., cf. Anexo 1

²⁰² RRP-OIT, item 5.2., cf. Anexo 1.

²⁰³ O princípio da finalidade ou da especificação da finalidade está referido no “purpose specification principle” (princípio da especificação da finalidade, item 9., Diretrizes da OECD), assim como no art. 6.º, alínea “b”, da Convenção 108.

²⁰⁴ DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011, p. 1.145 e 1.146.

refere-se às características da descrição da finalidade, que deve obedecer a alguns atributos. Ela deve ser clara, precisa, sem ambiguidades nem vaguezas.²⁰⁵

Outro problema são os temperamentos que sofre o princípio da finalidade, como a autorização de tratamento compatível com a finalidade.²⁰⁶ O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, por exemplo, exige que o empregador assegure que os dados não serão usados em processamento incompatível com o da coleta originária, devendo ele tomar medidas para assegurar qualquer interpretação equivocada por mudança de contexto.²⁰⁷ A norma aponta para o reconhecimento de que o contexto do processamento sempre influencia na compreensão dos dados e, quanto mais amplo o uso, maior o perigo de distorções da informação obtida pela remoção do contexto original.²⁰⁸ Em outras palavras, não é possível simplesmente transplantar dados de um contexto para outro.

Catarina Sarmiento e Castro propõe algumas ideias para delimitar a noção de tratamento compatível com a finalidade, como a possibilidade de o titular dos dados antecipar a permissão de que os dados sejam tratados para outra finalidade específica ou quando necessários para cumprir os requisitos de proteção de dados exigidos pela lei.²⁰⁹

Manoel Pereira dos Santos adverte que o princípio não obsta o tratamento posterior de dados para fins científicos, estatísticos ou históricos. Nessa segunda hipótese, argumenta-se que os dados estariam “anonimizados” e, conseqüentemente, não permitiriam que fosse feita a ligação com um indivíduo determinado.²¹⁰

²⁰⁵ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 230.

²⁰⁶ Para vários exemplos de uso compatível ou não compatível com a finalidade de acordo com a experiência da CNPD (Comissão Nacional de Proteção de Dados) de Portugal, ver CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 231-234.

²⁰⁷ RRP-OIT item 5.3., cf. Anexo 1.

²⁰⁸ Sobre a admissão da autorização para tratamento compatível de dados pessoais no contexto empregatício, ver SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 366.

²⁰⁹ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 231.

²¹⁰ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um Regime de Dados Pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 363-364.

Rui Assis refere o princípio da finalidade como um dos princípios de aferição do padrão de exercício do poder de direção do empregador e de sua interferência na esfera privada do empregado. Sustenta o autor que *“mesmo nas situações em que tais restrições sejam admissíveis em abstracto ou consentidas em concreto pelos trabalhadores visados, elas deverão ser sempre justificadas pela natureza da atividade ou da função e proporcionadas face ao objectivo pretendido.”*²¹¹

9. Princípios da proporcionalidade e da necessidade

A Recomendação n.º R(89)2 trata explicitamente da proporcionalidade,²¹² assim como o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores.²¹³

O princípio da proporcionalidade ou pertinência²¹⁴ é considerado por Santos um corolário do princípio da finalidade. Para ele, deve haver relação de proporcionalidade entre a coleta de dados e as finalidades para as quais foi realizada, sendo que a medida da proporcionalidade será a necessidade dos dados para os fins declarados na coleta. Trata-se, assim, de um marco limitatório para a coleta e o processamento de dados que, uma vez admitidos, presumem-se adstritos aos dados relevantes para a consecução dos fins declarados na coleta.²¹⁵

²¹¹ ASSIS, Rui. *O poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 243.

²¹² Cf. R(89)2, item 4.2., cf. Anexo 1.

²¹³ RRP-OIT, item 5.1., cf. Anexo 1.

²¹⁴ O princípio da proporcionalidade ou pertinência (art. 5.º, letra “c”, da Convenção 108) tem correspondência com o princípio da qualidade dos dados – das Diretrizes da OCDE, item 8. Este último, porém, parece ser mais amplo, pois nele estão incluídos aspectos tratados no princípio da exatidão dos dados (Convenção 108, art. 5.º, letra “d”).

²¹⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um regime de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 365.

No princípio da necessidade,²¹⁶ a questão de fundo parece ser substancialmente a mesma posta no princípio da proporcionalidade, isto é, a dos limites para a coleta e o processamento de dados pessoais. Segundo Danilo Doneda,²¹⁷ no primeiro a inflexão estaria ancorada na ideia de que a coleta e o processamento só são admitidos quando a finalidade pretendida não pode ser obtida por outro meio. Assim, havendo opção, o princípio da necessidade indica que se deve preferir a alternativa do não tratamento dos dados pessoais.

No contexto da relação de emprego, qualquer um dos fundamentos invocados para o tratamento dos dados pessoais do empregado pelo empregador deve estar obrigatoriamente conjugado com o princípio da necessidade. Isso significa que o tratamento dos dados deve ser visto como uma necessidade imperiosa, e não como uma questão meramente incidental para a consecução do objetivo pretendido com o processamento.²¹⁸

Parece-nos que, na verificação concreta, o exame do ponto de vista do princípio da necessidade deve sempre anteceder o exame do ponto de vista do princípio da proporcionalidade. Isso porque, na sequência lógica, obrigatoriamente se examina primeiro se a coleta dos dados ou o processamento são necessários. Depois, se afirmativo, segue-se verificando se há proporcionalidade, isto é, se entre as alternativas possíveis foi escolhida a que mais poupa os interesses do indivíduo.

A relevância e a escolha do meio menos intrusivo talvez sejam os efeitos mais importantes da proporcionalidade no contexto empregatício. Para fins de aferição, devem ser levados em conta, entre outros critérios, os riscos que estão em jogo, a quantidade de

²¹⁶ Segundo Doneda, esse princípio remonta à doutrina alemã de proteção de dados pessoais e teria sido incorporado pela legislação italiana, art. 2.º do Códice in Materia di Protezione dei Dati Personali. Ver DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio; (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011, p. 1146.

²¹⁷ Id., ibidem, p. 1146.

²¹⁸ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 Sep. 2001, 5062/01/EN/Final, WP48, p. 15. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

dados envolvidos e o propósito do processamento.²¹⁹ Por exemplo, para o exercício de determinadas funções, pode ser necessário que o candidato tenha habilitação e veículo. Se lhe fosse perguntado, contudo, o modelo ou a cor de seu carro, essa pergunta não guardaria relação de proporcionalidade com a situação, isto é, seria irrelevante.²²⁰

Simitis esclarece que, como a coleta e a retenção de dados relevantes para determinado posto, colocação ou função é difícil de determinar, o princípio, por si só, seria um guia insuficiente. Quanto mais tempo um empregado permanece na mesma empresa, maior a chance de os dados colhidos na contratação inicial não espelharem sua situação atual. Além do que, não é possível estabelecer *a priori* um conjunto de dados que forneçam toda a informação necessária, independentemente das circunstâncias específicas para as quais será utilizada, tais como obrigações contratuais específicas, desempenho individual para avaliação de uma promoção ou avaliação de implicações de mudanças estruturais do processo produtivo. Diante da insuficiência do princípio, são necessárias regras complementares para otimizar a transparência do processamento e permitir ao empregado conhecimento e controle dos usos de seus dados. Esse é o fundamento de regras como a de que o empregador só pode processar dados para fins claramente pré-definidos e a de que é necessário que a coleta da informação seja feita diretamente do empregado.²²¹

10. Participação da representação dos empregados

Embora as consequências do processamento possam afetar cada empregado individualmente, os métodos desenvolvidos para a coleta e a retenção de dados são construídos com base numa percepção coletiva dos empregados e, por essa razão, são

²¹⁹ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 Sep. 2001, p. 21. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

²²⁰ Id. Ibid., p. 21.

²²¹ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 366.

destinados a ser aplicados a toda a coletividade considerada ou, pelo menos, a determinados grupos. Essa é a base lógica que justifica a previsão de participação de representantes dos empregados nas normas de proteção de dados para o setor do emprego.

A Recomendação n.º R(89)2 propõe que, quando a situação exigir e observadas a lei e as práticas nacionais, os empregadores devem informar ou consultar seus empregados ou seus representantes sobre a introdução ou a adaptação de sistemas automáticos de coleta ou uso de dados pessoais do empregado ou de equipamentos de monitoramento dos movimentos ou da produtividade dos empregados.²²² O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores tem disposição semelhante.²²³

A representação dos empregados pode, por meio de fixação de regras, compensar as deficiências da necessidade de consentimento informado em casos paradigmáticos, tais como uso de questionários, introdução e aplicação de testes, estabelecimento de procedimentos de vigilância e controle, instalação de equipamentos de monitoramento e estruturação de sistemas globais de informação. Outra função importante é a de eventualmente compensar as insuficiências do direito individual do empregado de ter acesso a seus dados e de corrigi-los ou completá-los quando necessário.²²⁴

Todavia, essa intervenção da representação dos empregados está sujeita a limites. Seu propósito e alcance devem necessariamente observar os princípios e as regras de proteção de dados pessoais – é o que nos diz o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores.²²⁵ Como o que está em jogo são direitos fundamentais dos empregados, nas negociações e na proposta de soluções os representantes devem zelar por optar sempre pelas soluções que mais bem salvaguardem as chances de o empregado individualmente decidir como seus dados devem ser utilizados.

²²² R(89)2, item 3.1., cf. Anexo 1.

²²³ RRP-OIT, item 12.2., alíneas “a” a “c”, cf. Anexo 1.

²²⁴ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 371.

²²⁵ RRP-OIT, item 12.1., cf. Anexo 1.

Spiros Simitis aponta que nas normas não há uma definição clara do que se deve entender por participação. A expressão “necessidade de participação”²²⁶ dos representantes dos empregados não responderia precisamente à questão sobre que tipo de direitos esses representantes têm. O termo seria ambivalente e poderia significar coisas tão diferentes quanto ter acesso a informação ou mesmo verdadeira codeterminação nas decisões do empregador. Para o autor, forma e conteúdo desses direitos ficam na dependência de como a participação está genericamente estruturada e como ela é concebida no Direito nacional. Portanto, não há um modelo uniforme.²²⁷

11. Direitos

As normas de proteção de dados pessoais visam dar uma resposta aos riscos resultantes do processamento automático da informação. Uma das ideias centrais é a de que o indivíduo deve ter controle sobre o acervo de informações coletadas sobre si mesmo ou mantida por outrem. Um dos pressupostos para o exercício de qualquer controle é que o indivíduo saiba dos mecanismos de coleta, das operações de tratamento que são realizadas e do estoque de informação ou de dados relativos a ele que estão em poder do responsável pelo tratamento. Outro pressuposto é ele tenha influência sobre esse acervo de dados ou informações, corrigindo, apagando ou obstando a coleta ou o tratamento.

Fundados nesses pressupostos estão os principais direitos previstos nas normas de proteção de dados: o direito de ser informado, o direito de acesso, o direito de retificar, corrigir e apagar informações e o direito de se opor. Nas normas internacionais, esses direitos são expressamente enunciados ou são articulados com base em princípios.

²²⁶ O RRP-OIT refere-se à necessidade de “informação” e “consulta”, cf. item 12.2. Ver Anexo 1.

²²⁷ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n°. 19, 1998, p. 371.

O princípio da informação²²⁸ estabelece, para o responsável pelos dados pessoais ou por seu tratamento, deveres de informação e, para os titulares dos dados, o direito de receber informação sobre a coleta, o processamento e o armazenamento de dados pessoais, assim como o direito de acessar os próprios dados pessoais. Trata-se de um amplo espectro de informações, como, por exemplo, quanto ao período de conservação dos dados pessoais, à finalidade da coleta ou do processamento, às espécies de dados tratados e ao destinatário das informações. A consequência seria o direito de acesso do interessado e o dever do responsável pelo tratamento de implementar medidas para assegurar esse direito.²²⁹

Sob a rubrica “princípio do livre acesso” é tratada questão substancialmente idêntica à do princípio da informação, mas com relevo na posição do interessado. Para Doneda, trata-se de uma técnica pela qual a tutela pode ser realizada pela iniciativa individual, sendo que a condição prévia para que se realize é a “*ampla possibilidade de conhecimento por uma pessoa dos dados a seu respeito armazenados por terceiros*.”²³⁰ Ainda, de acordo com ele, inclui-se nesse princípio, embora não seja uma decorrência lógica necessária, a possibilidade de alteração dos dados pelo interessado. São admitidas restrições ao princípio em algumas áreas, principalmente em situações que envolvem a segurança pública ou interna.

O princípio da informação e o princípio do livre acesso são os fundamentos dos principais direitos reconhecidos ao indivíduo pelas normas de proteção de dados pessoais, como, por exemplo, o direito de ser informado, o direito de acesso, o direito de retificar, corrigir e apagar informações. Esses direitos não formam um rol definitivo e representam

²²⁸ O princípio da informação estaria referido no *individual participation principle* (princípio da participação do indivíduo, item 13 das Diretrizes da OECD), art. 8.º da Convenção 108. Observe-se que o princípio da informação (assim designado na Convenção 108) tem nítida aproximação com os princípios da transparência e da participação individual (Diretrizes da OCDE).

²²⁹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um regime de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 362; Cf. também QUEIROZ, Cristina. A proteção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 304.

²³⁰ DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011, p. 1145.

um retrato das formulações feitas nos primeiros documentos internacionais de proteção de dados pessoais.

No rol dos direitos é pertinente ainda a inclusão do direito de oposição. Como a proteção de dados pessoais está ancorada na ideia de que o indivíduo deve ter controle sobre a informação relativa a ele, então, o direito de oposição não deixa de ser um meio de controle. Trata-se, contudo, de um instrumento de controle que é exercido após o início do tratamento de dados pessoais, diferentemente do que ocorre com o consentimento.²³¹

Direito de informação, de acesso, de retificação, de cancelamento e destruição são considerados irrenunciáveis, isto é, não podem ser limitados ou excluídos por via negocial pelos titulares.²³²

Na Recomendação n.º R(89)2, ao lado do direito de acesso e retificação,²³³ há também a previsão do direito de ser informado.²³⁴ Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores trata do tema de maneira mais minuciosa e prevê também o direito de corrigir e de apagar as informações.²³⁵

Ao direito de ser informado e ter acesso do empregado corresponde o dever de informar do empregador. O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores optou por apresentar a questão dando inflexão à necessidade de o empregador apresentar regularmente informação a seus empregados para que eles possam avaliar a extensão e o significado dos dados que estão sendo processados, ampliando a percepção sobre as implicações do tratamento.²³⁶

²³¹ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 15/2011, sobre a definição de consentimento, adotado em 13 de jul. de 2011, 011197/11/PT, WP 187, p. 10. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_pt.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2012.

²³² QUEIROZ, Cristina. A proteção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 303-304.

²³³ R(89) 2, itens 12.1. a 12.5., cf. Anexo 1.

²³⁴ R(89)2, item 3.1., cf. Anexo 1.

²³⁵ RRP-OIT itens 11.1. a 11.13., cf. Anexo 1.

²³⁶ Comentário ao RRP-OIT, item 11., p. 22, cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers' personal data: an ILO code of practice*, 1997. Commentary on the Code of Practice. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2012.

Para que a informação seja confiável, o direito de ser informado não deve estar confinado apenas ao dossiê do empregado, mas deve incluir todos os dados a ele relacionados, independentemente de onde são mantidos ou de que meios são usados para processá-los.²³⁷

O Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores limitou o direito de acesso do empregado às investigações de segurança, pois reconheceu o direito do empregador de negá-lo enquanto elas estiverem em curso e na medida em que possa haver ameaça aos propósitos da investigação. Mas, mesmo nessa hipótese, o empregado não pode ter seu direito de acesso excluído ou indefinidamente postergado e nenhuma decisão relativa ao contrato de trabalho pode ser tomada antes de se permitir o acesso do empregado a esses dados.²³⁸

12. Deveres do responsável pelo processamento

Como referido no item anterior, o princípio da informação²³⁹ estabelece deveres de informação para o responsável pelos dados pessoais ou por seu tratamento.

Deveres da mesma natureza também decorrem do princípio da transparência ou publicidade. De acordo com Doneda, esse princípio se aplica em relação à simples existência de banco de dados com informações pessoais, isto é, independentemente da possibilidade de comunicação de dados no próprio sistema ou de sua transmissão a outrem. A simples existência de um banco de dados contendo informações pessoais já obriga que seja dado conhecimento ao público de sua existência. Esse conhecimento pode ocorrer por

²³⁷ Comentário ao RRP-OIT, item 11, p. 22, cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers' personal data: an ILO code of practice*, 1997. Commentary on the Code of Practice. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2012.

²³⁸ RRP-OIT, item 11.8., cf. Anexo 1.

²³⁹ O princípio da informação estaria referido no “individual participation principle” (princípio da participação do indivíduo (item 13 das Diretrizes da OECD), 8.º da Convenção 108. Observe-se que o princípio da informação (assim designado na Convenção 108) tem nítida aproximação com os princípios da transparência e da participação individual (Diretrizes da OCDE).

meio de exigência de prévia autorização para funcionamento; notificação à autoridade de controle, envio de relatórios periódicos ou apenas através de mecanismos que possibilitem sua localização.²⁴⁰

Outro aspecto contemplado por esses princípios é o de que a coleta de dados pessoais, a formação de banco de dados ou o processamento dos dados pessoais não devem ser feitos sem o conhecimento do interessado, portanto, não devem ser subliminares, velados ou sigilosos.

Como a publicidade se concretiza, isso dependerá do que cada ordenamento jurídico dispuser. Por exemplo, a publicidade pode se perfazer na simples comunicação ao interessado ou estar condicionada à notificação da autoridade de controle ou à obtenção do consentimento prévio da pessoa.

Não basta que o responsável pelo tratamento informe e aja com transparência. As normas de proteção de dados pessoais impõem ainda a ele deveres de zelar pela fidedignidade e pela exatidão dos dados, assim como por uma gestão que garanta a segurança da informação. Esses feixes de deveres são articulados nos princípios da exatidão dos dados e no princípio da confidencialidade e segurança.

Segundo Santos,²⁴¹ o princípio da exatidão dos dados²⁴² estabelece o dever de atualização de dados e a adoção de medidas para assegurar que os dados inexatos ou incompletos sejam apagados ou retificados. Os deveres são impostos ao responsável pelo tratamento dos dados. O autor refere que, como consequência desse princípio, existe a regra de que o interessado tem o direito de retificar os dados ou de cancelar ou congelar dados que não são mais relevantes. Observe-se que as expressões “controlador dos arquivos”, “controlador dos dados” ou “responsável pelo tratamento de dados” expressam ideias não necessariamente simétricas quanto a quem se deve atribuir responsabilidade. Na

²⁴⁰ DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011, p. 1141-1148, principalmente 1147.

²⁴¹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um Regime de Dados Pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 366.

²⁴² O princípio da exatidão dos dados está formulado nesses termos no art. 5º, alínea “d”, da Convenção 108. Ele também faz parte do princípio da qualidade dos dados – item 8. das Diretrizes da OECD.

situação concreta, o “responsável pelo tratamento” pode não coincidir com o controlador dos arquivos ou mesmo com quem detém os dados (esparsamente considerados). O foco desse estudo é a proteção de dados pessoais do empregado e, nessa situação, o empregador é quem se identifica em primeira mão com a posição do controlador. Essa é a razão pela qual essas distinções não serão exploradas aqui.

Na visão de Doneda,²⁴³ os dados pessoais coletados ou tratados devem refletir fielmente a realidade. Ele chama a atenção para o fato de que a incorreção dos dados pode levar à formulação de um falso juízo sobre a pessoa, sendo que frequentemente o próprio interessado não está a par do erro. O autor refere ainda a legitimidade de medidas que seriam construídas com base nesse princípio e que teriam por objetivo a minimização da quantidade de dados incorretos ou o estabelecimento da obrigatoriedade de atualizações e conferências periódicas pelo responsável pelo processamento das informações no banco de dados.

O princípio da confidencialidade e da segurança²⁴⁴ enuncia o dever do responsável pelo processamento de tomar medidas adequadas à manutenção da confidencialidade e à segurança quanto a acesso, divulgação, transmissão, uso não autorizado, destruição, perda e alteração dos dados.²⁴⁵

Doneda lembra que o princípio da confidencialidade e da segurança decorre do dever genérico de cuidado. A difusão e a larga utilização dos sistemas de processamento automático de dados pessoais trazem não só poderes, mas igualmente deveres aos responsáveis. Entende o autor que a esse princípio estariam associadas medidas como a “*qualificação dos responsáveis pelo processamento dos dados pessoais, que seriam*

²⁴³ DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011, p. 1147.

²⁴⁴ O princípio da confidencialidade e da segurança está no item 11. das Diretrizes da OECD, assim como no item 7.º, alínea “d”, da Convenção 108.

²⁴⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um regime de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, capítulo 12, p. 367.

*enquadrados como um dos sujeitos do tratamento e que, eventualmente, poderiam responsabilizar-se objetivamente por falhas no processamento”.*²⁴⁶

Aspecto importante e atualmente bastante debatido é o trazido pelo princípio da temporalidade do uso.²⁴⁷ Santos²⁴⁸ sustenta que ele constitui apenas mais uma limitação ao uso dos dados pessoais, já que preconiza que os dados não devem ser mantidos por tempo indeterminado, salvo para finalidades específicas e na condição de que sejam tornados anônimos, como, por exemplo, para fins científicos, estatísticos ou históricos. Mas o princípio pode igualmente ser associado a deveres por parte do responsável pelo tratamento ou pelo armazenamento em relação não só à necessidade de descarte de dados pessoais, mas também ao modo como deve ser realizada.

13. Em que consiste a proteção de dados pessoais do empregado?

Nos tópicos anteriores foram explorados alguns aspectos relevantes da proteção de dados pessoais do empregado. No percurso levou-se em conta o que dispõem as principais normas internacionais gerais e setoriais existentes sobre o assunto. Considerando esse arcabouço, o que distingue a proteção nele formulada? Qual sua nota característica?

Numa perspectiva mais genérica, o cerne da proteção posta nesses documentos internacionais reside no fato de ela estar dirigida, de ter como objeto o risco real ou potencial que decorre do processamento automático da informação relativa à pessoa ou de seus fragmentos – dados pessoais. Não importa se a informação tenha sido efetivamente objeto de cognição ou não por quem a detém. O que interessa é que ela pode sê-lo e trazer, para quem tem a ela acesso, uma situação privilegiada de poder. Seu mecanismo central se

²⁴⁶ DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011, p. 1148.

²⁴⁷ O princípio da temporalidade está no art. 5.º, alínea “e”, da Convenção 108. Doneda não refere esse princípio no Dicionário de Princípios, cf. Id., Ibid., p. 1141-1148

²⁴⁸ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para a formação de um Regime de Dados Pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 367.

assenta sobre uma proibição geral de processamento de informações relativas ao indivíduo, combinada com autorizações parciais de tratamento.²⁴⁹

A proibição geral de processamento da informação relativa à pessoa se sustenta no pressuposto de que o processamento automático de dados traz em si um sério risco para a sociedade que se baseia nos direitos fundamentais do indivíduo. Como foi ressaltado pela Corte Constitucional alemã, indivíduos que não sabem quem processa seus dados, quais os dados processados, para que finalidade e em que condições, inevitavelmente, tenderão a renunciar a seu poder de livremente expressar suas opiniões, de demonstrar simpatia ou se juntar a partido político, sindicato ou qualquer associação para se adaptar às potenciais expectativas da entidade processadora. A adaptação antecipatória irá, assim, substituir gradualmente, todas as tentativas de participação crítica e, com o tempo, erodir o próprio fundamento da sociedade democrática.²⁵⁰ Nessas condições, não só o exercício dos direitos fundamentais pela própria pessoa fica visivelmente prejudicado, como também a construção do espaço público na sociedade democrática. Existe, pois, interconexão entre a deliberada restrição ao acesso de dados pessoais e a liberdade individual que justifica o estabelecimento desse limite.

O universo apreendido como fonte de risco é o estabelecido pelo conceito de “dados pessoais”, pedra angular na arquitetura de proteção e que desencadeia o cumprimento de deveres por parte do responsável pelo tratamento. Note-se que ele não é construído com base no fato de uma informação constar ou não em um fichário ou base de dados estruturada. Para aferir se algo está no campo desse conceito, é necessário apenas que estejam presentes todos os critérios constantes da definição.²⁵¹ Sua amplitude e grande plasticidade objetivam exatamente abranger as “zonas cinzentas” e poder acompanhar os

²⁴⁹ Essa diferença básica é tratada por Zöllner, ao examinar a relação entre a proteção de dados e a proteção da informação oferecida pelo Direito do Trabalho, cf. ZÖLLNER, Wolfgang. *Daten – und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*. Colônia; Berlim; Bonn; Munique: Heymanns, 1982, p. 1.

²⁵⁰ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 353.

²⁵¹ Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun, p. 8. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2012.

rápidos desenvolvimentos tecnológicos.²⁵² O conceito de “dados pessoais” pode mesmo ultrapassar o campo abrangido tradicionalmente pelo respeito à vida privada e familiar,²⁵³ mesmo se interpretado elástica e amplamente, como o fez o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que sustenta estar contido no conceito de vida privada o “direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos”.²⁵⁴ E sua magnitude suscita dúvidas sobre se, na sua aplicação, o que está verdadeiramente em questão é o direito à proteção de dados da pessoa ou o cumprimento das obrigações previstas para os responsáveis pelo tratamento de dados.²⁵⁵

A proteção de dados pessoais resulta, assim, primordialmente da articulação do conceito de “dados pessoais” com os princípios formulados para responder a três grandes blocos de questões: o estabelecimento de condições e restrições para a coleta e as operações de tratamento; os deveres de gerência do acervo de informações sob responsabilidade do empregador; e os direitos para aquele a quem os dados se referem.

Como a proteção de dados pessoais implica uma importante restrição na liberdade de informação e de expressão, do ponto de vista da política legislativa é desejável que sua concretização seja feita por meio de uma lei, que talvez seja a via mais adequada à implementação de uma função protetiva dessa envergadura. A lei oferece um modelo de resolução prévia de conflitos e permite, por exemplo, enunciar antecipadamente a posição em relação aos fundamentos que autorizam a coleta e o processamento, estabelecendo as

²⁵² O Memorando Explanatório da R(89)2 observa que ela visa acompanhar o avanço tecnológico, possibilitando respostas aos novos problemas propostos e aponta que essa amplitude conceitual adquiriu sólida aceitação em decorrência de sua aplicação em outros instrumentos legais de proteção de dados pessoais, cf. CONSELHO DA EUROPA. *Explanatory memorandum – Recommendation n.º R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

²⁵³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu C-101/2001, de 6 nov. 2003 (Lindqvist), § 24.

²⁵⁴ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, processo Amann / Suíça de 16.2.2000, parágrafo 65.

²⁵⁵ Exemplo: por razões técnicas ou operacionais, alguns endereços de IP não permitem a identificação do utilizador, mas devem ser tratados da mesma forma que são tratados os que permitem essa identificação pelo fornecedor de serviços, salvo se ele puder distinguir com certeza quais IP não permitem a identificação do utilizador. Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma abordagem global da proteção de dados pessoais na União Europeia*, COM(2010) 609 final, de 4 de nov. de 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/data_collection/docs/com_2010_0609_pt.pdf>. p. 5-6, Acesso em: 4 abr. 2012.

hipóteses de autorização e as proibições, os deveres e os prazos que devem ser observados pelo responsável pelo processamento e as condições para exercício dos direitos daquele a quem os dados se referem. Na implementação da proteção de dados pessoais, a lei é um caminho possível, mas certamente não é o único.

No campo empregatício, as possibilidades descortinadas pelo processamento automático de dados mudaram substancialmente as condições em que o empregador procede à coleta, ao armazenamento e à transmissão das informações relativas ao empregado, especialmente quando decorrentes do exercício de seus poderes de organização, controle e disciplina. As alterações são perceptíveis não só no universo de referência para fins de coleta de informações (por exemplo, Internet e redes sociais), mas também no potencial de intrusão dos meios de sua obtenção. Ressalte-se que essas informações, mesmo que fragmentárias, formam uma base de dados multifuncional que, por meio das operações de processamento, propiciam a exploração de acordo com as expectativas e as políticas empresariais, trazendo o risco de fragilização da posição do empregado e de prejudicá-lo.

Outros aspectos a serem considerados são, de um lado, o fato de não ser mais possível vislumbrar uma fronteira clara entre a vida pessoal e a vida profissional do empregado e, de outro, o inevitável impacto coletivo do fluxo da informação relativa ao empregado. Em relação ao primeiro, como salientou a Corte Europeia de Direitos Humanos, a noção de vida privada não deve excluir as atividades de natureza profissionais ou comerciais, eis que elas representam para a maioria das pessoas a possibilidade de fazer contato com o mundo externo e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos.²⁵⁶ Em relação ao segundo, é no mínimo desejável que os representantes dos empregados tenham voz no que tange aos efeitos do processamento automático da informação para a força de trabalho como um todo.

Os empregados não se despem de seus direitos da personalidade no ambiente de trabalho. Parece-nos que, do ponto de vista trabalhista, a proteção de dados pessoais do empregado, além de ter de responder às questões impostas por esse regime de proteção,

²⁵⁶ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, processo Amann / Suíça de 16 de fev. 2000, § 65.

terá ainda de enfrentar inevitavelmente alguns problemas nitidamente trabalhistas. Eles se expressam na própria concepção do poder diretivo do empregador e, em última instância, no estabelecimento de quais condutas do empregado têm significado para a relação empregatícia e que aspectos podem ser objeto de controle e monitoramento.

CAPÍTULO III

QUADRO NORMATIVO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo tem por objetivo percorrer caminhos que indiquem os lineamentos do conceito de “dados pessoais” no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se ainda apontar os fundamentos que permitem a articulação de uma proteção de dados pessoais do empregado em moldes semelhantes ao da arquitetura concebida nas normas internacionais referidas no capítulo anterior.

1. Introdução

Na Constituição Federal de 1988, não existe uma previsão constitucional direta²⁵⁷ de um direito à proteção de dados pessoais ou de proteção contra ameaças decorrentes da utilização das novas tecnologias. Igualmente, não há disposição legal apresentando um conceito de “dados pessoais” ou um sistema protetivo concebido propriamente para esse fim. Não se tem no Brasil, portanto, como adverte Danilo Doneda, um “complexo normativo unitário”, mas, sim, várias disposições, cujo sentido deve ser extraído da “cláusula geral da personalidade”.²⁵⁸

Na ausência de um marco constitucional e legal explícito e no propósito de colher elementos indicativos de conteúdo e limites da proteção, alguns caminhos são possíveis.

²⁵⁷ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação*: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 273. A autora afirma que a previsão de proteção de dados pessoais no ordenamento nacional está posta de forma indireta.

²⁵⁸ O autor não usa a expressão intimidade ou privacidade, mas, sim, “cláusula geral da personalidade”, cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 323. Esse aspecto é importante, pois, como já apontado, o conceito de dados pessoais vai além do conceito de privacidade e intimidade.

Um deles seria verificar se o direito à proteção de dados pessoais estaria albergado no texto da Constituição Federal em algum outro dispositivo menos específico ou mesmo numa norma infraconstitucional.

É característica própria da linguagem o fato de as palavras se revestirem de uma zona cinzenta de significado. O conceito normativo é uma ferramenta metodológica, cujo objetivo é estabelecer o significado de uma palavra ou expressão para o direito, considerando sua concretização, isto é, tanto o seu detalhamento por normas em níveis inferiores da pirâmide normativa quanto o seu esclarecimento por intermédio de sua aplicação a casos concretos e conflituosos.²⁵⁹ A ideia é averiguar se, nos conceitos normativos de “dados”, “proteção em face da automação”, “vida privada” e “intimidade”, encontraremos o fundamento da proteção de dados pessoais no nosso ordenamento.

Com o objetivo de colher os sentidos da expressão “dados pessoais” e de sua proteção na nossa ordem jurídica, serão examinados inicialmente os dispositivos constitucionais nos quais a palavra “dados” comparece, assim como eventuais normas infraconstitucionais diretamente relacionadas a eles. Prosseguindo, e ainda em sede constitucional, a pesquisa se voltará para o inciso XXVII do art. 7.º e para o inciso XII do art. 5.º, todos da Constituição Federal, eis que esses dois dispositivos igualmente tratam de aspectos centrais ao problema aqui analisado, respectivamente, a garantia aos trabalhadores do direito à “*proteção em face da automação, na forma da lei*” e a garantia à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, entre outros direitos da personalidade. Por fim, e ainda em sede constitucional, será referido o direito à autodeterminação informativa. O capítulo será concluído com a apresentação de algumas observações acerca da tutela da informação do empregado, considerando-se o que se pretende proteger nas normas internacionais e a estrutura de nosso ordenamento.

²⁵⁹ Sobre conceito normativo e concretização, ver SCHWACKE, Peter. *Juristische Methodik mit Technik der Fallbearbeitung*. Stuttgart: Kohlhammer, 2003, p. 11, 39, 43, 55 e seguintes, 69, 81 e seguintes, 92 e seguintes. Para um exemplo de aplicação do conceito normativo na interpretação, ver SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. Direitos individuais homogêneos: aspectos de sua concretização a partir de um modelo doutrinário e de exemplos da jurisprudência trabalhista recente. In: *Tutela processual coletiva trabalhista*. Temas. MALLET, Estevão; e SANTOS, Enoque Ribeiro dos. São Paulo: LTr, 2010, p. 98-99.

2. Sigilo das comunicações de dados

A palavra “dados” está presente em três dispositivos constitucionais: no inciso XII do art. 5.º, que trata da inviolabilidade do “*sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas*”, e nas letras *a* e *b* do inciso LXXII do art. 5.º, dispositivos estes que cuidam do *habeas data*. Deve-se notar que em todos eles a expressão “dados” não está associada ao adjetivo “pessoais”.

No que tange à inviolabilidade do sigilo, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal,²⁶⁰ a proteção constitucional concedida incide exclusivamente sobre a comunicação de dados, sendo que os dados em si mesmos, isto é, estaticamente considerados, não seriam objeto da tutela normativa desse dispositivo. Entretanto, isso não significa que os dados pessoais não gozem de outras proteções.²⁶¹ A interpretação do STF parece indicar que o sigilo não é questão inerente nem aos dados pessoais em si mesmos, nem ao conceito de vida privada e de intimidade, sendo considerado um meio de proteção da informação, e não a essência da privacidade.²⁶²

Como a legislação infraconstitucional concretiza aspectos da proteção constitucional de inviolabilidade do sigilo, buscou-se nela pistas sobre o significado da expressão “dados” lançada no art. 5º, XII da CF.

²⁶⁰ Há manifestação do STF no sentido de que a proteção referida neste dispositivo não incide sobre os dados em si, mas, sim, sobre os atos de comunicação dos dados, como na coleta, na circulação e na transferência. Os dados estaticamente considerados seriam objeto de proteção autônoma. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 418.416/SC, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 19/12/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205705>>. Acesso em: 22 mai. 2012.

²⁶¹ PARENTONI, Leonardo Netto. Responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem. In: *Revista Acadêmica da Escola de Magistratura da Justiça Federal da 3.ª Região*. São Paulo, n.º 1, jun./ago. 2009, p. 104.

²⁶² Leonardi situa o sigilo como uma espécie de subdivisão da proteção contra interferências de terceiros na vida privada ou na intimidade, com base nas categorias binárias de público e privado, sendo considerada pela doutrina pátria como meio de proteção, e não a essência da privacidade. Cf. LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet*. 344 f. Tese de Doutorado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 31.

A Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, estabelece, no Art. 3.º, um rol de direitos do usuário dos serviços de telecomunicações, entre os quais se encontram o direito “*à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas*” (inciso V do art. 3.º) e o direito “*ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora de serviço*” (inciso IX do art. 3.º). Ainda, o art. 72 do mesmo diploma legal estabelece limites para o uso da informação relativa à utilização individual do serviço pelo usuário, que ficaria adstrita à finalidade de execução da atividade da prestadora (*caput* do art. 72); condiciona a divulgação de informações individuais à anuência expressa e específica do usuário (§ 1.º do art. 72) e autoriza a divulgação a terceiros das “*informações agregadas sobre o uso de seus serviços*”, contanto que não seja possível a “*identificação, direta ou indireta, do usuário ou a violação de sua intimidade*” (§ 2.º do art. 72).

O exame desse diploma legal, que é dirigido para os serviços de telecomunicações, revela que nele já há clara preocupação com o uso abusivo das informações relativas ao usuário que são coletadas pela prestadora ao prestar o serviço. As regras de regulação contidas no art. 72 utilizam-se de institutos usualmente presentes e centrais na proteção de dados pessoais. Destacamos aqui três: a expressa restrição ao uso da informação decorrente da utilização individual do serviço pelo usuário, que ficou restrito à *finalidade* da execução da atividade pela prestadora – o que indica a incorporação do princípio da finalidade; a necessidade de anuência expressa e específica – clara alusão ao *consentimento* e o condicionamento da divulgação da informação a terceiros à impossibilidade de identificação direta ou indireta do usuário – “anonimização”²⁶³ de dados.

Ainda no campo das telecomunicações temos o Decreto n.º 97.057, de 10 de novembro de 1988, que altera os Títulos I, II e III do Regulamento Geral para a execução da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, e estabelece no art. 6.º de seu Anexo algumas definições que se relacionam com o tema da proteção de dados. O *caput* do art. 6.º do Anexo ao Regulamento indica que um dos objetivos é estabelecer um glossário de termos e

²⁶³ Ver nota 55.

seus significados, a ser aplicado não só no âmbito do Regulamento Geral, mas também na órbita dos Regulamentos Específicos e das Normas Complementares que regem os serviços de telecomunicações.

É verdade que a Lei n.º 4.117/62, Código Brasileiro de Telecomunicações, foi parcialmente revogada pela Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento do órgão regulador e outros aspectos estabelecidos pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1995, salvo quanto à matéria penal não tratada na nova lei e aos preceitos relativos à radiodifusão (cf. art. 215 da Lei n.º 9.472/97). Contudo, as definições constantes do referido decreto foram formuladas em caráter geral e, como a Lei n.º 4.117/62, que consubstancia seu fundamento jurídico, continuam parcialmente em vigor, é possível admitir a atual vigência dessas definições, se compatíveis com a legislação posteriormente editada.

As definições que particularmente nos interessam aqui estão formuladas no art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88 e referem-se a dado,²⁶⁴ informação,²⁶⁵ transmissão de dados,²⁶⁶ tratamento ou processamento da informação,²⁶⁷ armazenamento da informação²⁶⁸ e máquina de tratamento racional e automático da informação.²⁶⁹

²⁶⁴ Item 23, do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88, cujo texto é: “23.º) *Dado – informação sistematizada, codificada eletronicamente, especialmente destinada a processamento por computador e demais máquinas de tratamento racional e automático da informação*”.

²⁶⁵ Item 43, do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88, cujo texto é: “43.º) *Informação – elemento de conhecimento passível de interpretação*”.

²⁶⁶ Item 158., do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88, cujo texto é: “15.º) *Transmissão de Dados – forma de telecomunicação caracterizada pela especialização na transferência de dados de um ponto a outro*”.

²⁶⁷ Item 60. combinado com o item 159. do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88, cujos textos são: “60.º) *Processamento da Informação – tratamento da informação*”; “15.º) *Tratamento Processamento da Informação – qualquer operação sistematizada praticada sobre informação, desde sua coleta até o momento de sua destruição*”.

²⁶⁸ Item 4. do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88, cujo texto é: “4.º) *Armazenamento da Informação – retenção temporária ou permanente de informação codificada*”.

²⁶⁹ Item 50. do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88, cujo texto é: “50.º) *Máquina de Tratamento Racional e automático da Informação – máquina / equipamento destinado ao tratamento da informação, controlado autonomamente através de um programa lógico e capaz de sintetizar informação adicional derivada de informações iniciais*”.

Tendo em vista ser um dos focos deste capítulo investigar o significado da expressão “dados pessoais” no nosso Direito, as observações se limitarão às definições²⁷⁰ de “dado” e de “informação” e “tratamento ou processamento da informação”, constantes, respectivamente, nos itens 23, 43 e 60 do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88.

Em relação a “dado”, o item 23 do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88 define-o nos seguintes termos: “*Informação sistematizada, codificada eletronicamente, especialmente destinada a processamento por computador e demais máquinas de tratamento racional e automático da informação*”.

Note-se que a definição legal é da expressão genérica “dado”, e não “dados pessoais”, sendo que ela foi articulada para valer no âmbito do serviço de telecomunicações. Para sua caracterização é determinante que seu destino seja o processamento por computador ou outra máquina de tratamento automático.²⁷¹ Uma das questões que se discutem no âmbito da proteção de dados é qual deve ser o âmbito de abrangência da proteção: deveriam também ser incluídos os arquivos manuais? A definição de dado ora analisada não contempla expressamente esse aspecto. Se for utilizada como referência no balizamento jurídico, a questão da abrangência merece ser enfrentada. Caso o intérprete sustente a prevalência na inflexão da finalidade, isto é, no tratamento automático, parece-nos possível que as informações mantidas em arquivos manuais estruturados sejam incluídas no âmbito conceitual, como o fazem expressamente as principais normas internacionais.²⁷²

Em relação a “informação”, o item 43 do art. 6.º do Anexo ao Decreto n.º 97.057/88 define-a nos seguintes termos: “*Elemento de conhecimento passível de*

²⁷⁰ Há ainda a definição de dado ou informação geoespacial, constante do inciso I do art. 2.º do Decreto n.º 6.666, de 27 nov. De 2008, cujo texto é o seguinte: “*I – dado ou informação geoespacial: aquele que se distingue essencialmente pela componente espacial, que associa a cada entidade ou fenômeno uma localização na Terra, traduzida por sistema geodésico de referência, em dado instantâneo ou período de tempo, podendo ser derivado, entre outras fontes, das tecnologias de levantamento, inclusive as associadas a sistemas globais de posicionamento apoiados por satélites, bem como de mapeamento ou de sensoriamento remoto*”.

²⁷¹ Esse é um dos sentidos da palavra, cf. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete “dado”, p. 903.

²⁷² Cf. Letra “c” do art. 2.º da Convenção 108 do Conselho da Europa; item 1.1. da R(89)2. Observe-se que o RRP-OIT não faz distinção entre a informação processada automaticamente ou e a processada manualmente, conforme letra “b” do item 4.1. Ver Anexo 1.

interpretação”. A definição se aproxima bastante do sentido comum²⁷³ da palavra, salientando que nela há saber, isto é, elemento de conhecimento, sobre pessoa, objeto ou situação.

Aspecto que interessa ao tema aqui estudado é o fato de o Anexo ao Decreto n.º 97.057/88 equiparar a expressão “processamento da informação” a “tratamento da informação” e formular um amplo conceito para as operações de tratamento da informação,²⁷⁴ no mesmo espírito do que é realizado pelas principais normas internacionais de proteção de dados. A previsão inclui no âmbito do tratamento qualquer operação realizada no ciclo de vida da informação, isto é, da coleta à destruição.

3. Habeas data, bancos de dados e defesa do consumidor

A palavra “dados” igualmente está em dispositivos constitucionais atinentes ao *habeas data*, nomeadamente, nas letras *a* e *b* do inciso LXXII do art. 5.º. No primeiro, ela está associada a bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (letra *a* do inciso LXXII do art. 5.º da CF). Já no segundo (letra *a* do inciso LXXII do art. 5.º da CF), a palavra parece estar sendo empregada em sentido equivalente ao de informação.

O *habeas data* foi criado como instrumento de acesso a informações relativas ao cidadão em mãos do Poder Público. Doneda anota que, no contexto de banco de dados e fichários da administração pública, mesmo em período anterior à Constituição Federal, já havia normas com disposições sobre direito de acesso, retificação de dados pessoais e mesmo com referências ao princípio da finalidade e do consentimento informado.²⁷⁵ O autor destaca o caráter instrumental do *habeas data*, eis que não traz alteração no delineamento do direito material à privacidade, resultado de uma arquitetura constitucional

²⁷³ Sobre o sentido comum da palavra, ver HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete “informação”, p. 1615.

²⁷⁴ Ver nota 271 deste capítulo.

²⁷⁵ Rio de Janeiro, Lei Estadual, n.º 824, de 28 de dezembro de 1984 e São Paulo, Lei Estadual n.º 5702, de 5 de junho de 1987. Cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 330; e nota de rodapé n.º 727.

que preferiu reconhecer direitos por intermédio de uma ação para garantir sua defesa, em vez de estabelecer um “*sistema de garantias individuais positivamente expressas*”.²⁷⁶ Ainda, aponta como uma das causas da inadequação do sistema de proteção de dados pessoais desenhado pelo *habeas data* o fato de que seu principal instrumento é o recurso à atuação judicial, e não a instrumentos promocionais.²⁷⁷

A ambiguidade da expressão “*bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público*”, contida no texto constitucional referente ao *habeas data*, permitiu que doutrina e jurisprudência estendessem seu campo de abrangência, sendo as regras sobre bancos de dados e cadastros nas relações de consumo²⁷⁸ do Código de Defesa do Consumidor um dos resultados.²⁷⁹

Banco de dados é definido pela ciência da computação como um conjunto de “*dados, obras e outros materiais*”, com organização sistemática e objetivos próprios, que permitem acesso individual à informação. A partir da década de 1970 vai se consolidando o acesso por meios eletrônicos da informação contida nesses acervos.²⁸⁰

O que justifica aqui a abordagem dos arts. 43²⁸¹ e 44²⁸² do Código de Defesa do Consumidor? Primeiro, em vários países os problemas de gestão da informação relativa à

²⁷⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 334-335.

²⁷⁷ O sentido em que o autor emprega a expressão “instrumento promocional” não é explicitado. Infere-se que se trata de técnica que incentive determinados comportamentos, em detrimento de outros, cf. DONEDA, op. cit., p. 337.

²⁷⁸ Referimo-nos aos arts. 43 e 44 do CDC, principalmente ao § 4.º do art. 43, que equipara os bancos de dados e arquivos de consumo a bancos de dados de entidades de caráter público.

²⁷⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 336.

²⁸⁰ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Considerações iniciais sobre a proteção jurídica das bases de dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). Bauru: Edipro, 2000, p. 283-297, citação das p. 284-285.

²⁸¹ “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1.º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2.º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3.º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4.º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5.º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao

pessoa em banco de dados foram a grande vedete dos debates na década de 1970,²⁸³ embora atualmente sua centralidade esteja amenizada. A despeito das mudanças nesse cenário, as obrigações dos gestores e os direitos dos que têm informações a seu respeito em acervo alheio continuam a nortear os debates relacionados à proteção de dados pessoais. Segundo, os arts. em questão estabelecem não só um rol de direitos para o consumidor mais amplo do que o *habeas data* (por exemplo, direito de acesso à informação e à fonte da qual ela promanou, *caput* do art. 43 do CDC; direito de retificação da informação, § 3.º do art. 43 do CDC; e direito ao esquecimento, § 1.º e § 5.º. do art. 43 do CDC), como igualmente preveem obrigações para a gestão da informação contida no cadastro ou no banco de dados (por exemplo, dever de exatidão e de transparência, primeira parte do § 1.º do art. 43 do CDC; dever de atentar para a temporalidade do uso, segunda parte do § 1.º do art. 43 do CDC). Terceiro, porque, mesmo que se discuta se o empregado pode ou não ser enquadrado como consumidor²⁸⁴ para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, as indicações constantes na principiologia²⁸⁵ do microssistema das relações de consumo podem servir de parâmetro interpretativo para a construção de critérios de solução de conflitos no campo trabalhista.²⁸⁶

Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

²⁸² “Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor. § 1.º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. § 2.º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.”

²⁸³ Regan, estudando a proteção de dados pessoais no Direito americano, faz uma divisão em períodos no que diz respeito às principais questões atinentes à proteção da privacidade. Cf. REGAN, Priscilla M. The United States. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009, p. 50-79. A coleta e a troca on-line de informações é uma das tendências que se consolidam a partir do início dos anos 1990. Assim, não há mais a necessidade de administração centralizada de arquivos nem a preocupação com sua eficiência interna.

²⁸⁴ O art. 2.º do CDC tem a seguinte redação: “Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

²⁸⁵ Sobre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor, ver NERY JR., Nelson. Visão sobre a principiologia do código de defesa do consumidor. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. São Paulo: Ano XXXI, n.º 114, dez. 2011, p. 95-102.

²⁸⁶ Essa reflexão se aproxima do pensamento de Souto Maior: “A incidência dos preceitos do Código do Consumidor, para correção das práticas ilegais nas relações de trabalho, é inteiramente pertinente eis que o consumidor se insere na mesma lógica do capitalismo de produção que o Direito do Trabalho

4. Proteção em face da automação

Dispositivo que também poderia ser invocado é o inciso XXVII, do seu art. 7.º, que garante aos trabalhadores o direito à “*proteção em face da automação, na forma da lei*”. O particular interesse dessa norma está no fato de pertencer ao rol dos direitos sociais especialmente previstos para os trabalhadores.

Roberto Fragale Filho e Joaquim Leonel de Rezende Alvim informam que a origem desse dispositivo estaria da Lei n.º 7.232, de 2 de outubro de 1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática, sendo que no seu entendimento a legislação brasileira estaria focada no mercado de trabalho e no impacto das novas tecnologias nos níveis de emprego, e não propriamente nos problemas decorrentes do uso das últimas. Referem-se ainda à existência de convenções e acordos coletivos que teriam sido firmados com a Petrobras, a Telerj e o BNDES envolvendo esse assunto.²⁸⁷

De fato, do referido diploma legal consta como um dos princípios a serem atendidos pela Política Nacional de Informática “*o estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar o equilíbrio entre os ganhos de produtividade e os níveis de emprego na automação dos processos produtivos*”.²⁸⁸ Há nele igualmente indicação de que o legislador também se preocupou com aspectos relacionados ao tratamento automático da informação, entre os quais o “*estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados, do interesse da privacidade e de segurança*”

regula e organiza”. Cf. MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo: ano 71, n.º 11, nov. 2007, p. 1322. Para utilização como parâmetro interpretativo, ver DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339.

²⁸⁷ Não dizem os autores, contudo, o que previam as cláusulas desses documentos, nem especificam a data em que foram firmados. Cf. FRAGALE FILHO, Roberto; e ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. Information technology and workers’ privacy: the Brazilian law. *Comparative Labor Law & Policy Journal*. Illinois, v. 23, Issue 2 (Winter 2002), p. 283.

²⁸⁸ Inciso X do art. 2.º da Lei n.º 7232, de 29 out. de 1984.

das pessoas,²⁸⁹ assim como para assegurar o direito de acesso e de retificação das informações em bases de dados públicas ou privadas.²⁹⁰ Parece, contudo, que os desdobramentos das intenções externadas pelo legislador se concentraram efetivamente em aspectos de mercado, principalmente na capacitação e na competitividade do setor de informática e automação, de que são exemplos as Leis n.º 8.248/91 e n.º 11.077/04.

5. Vida privada, intimidade, privacidade e direitos da personalidade

A Constituição Federal de 1988, no inciso X de seu art. 5.º, garante a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem da pessoa e alça-a à condição de direito fundamental.²⁹¹ A proteção de dados pessoais estaria aí compreendida?²⁹²

Não há uniformidade na doutrina pátria quanto ao sentido e ao emprego dos termos “vida privada” e “intimidade”, sendo eles utilizados muitas vezes como sinônimos, mas não necessariamente. O rol terminológico é integrado ainda por outras expressões, como “privacidade”, “recato”, “sigilo”, “intimidade da vida privada” e “reserva da intimidade”.²⁹³

²⁸⁹ Inciso VIII do art. 2.º da Lei n.º 7.232, de 29 out. de 1984.

²⁹⁰ Inciso IX do art. 2.º da Lei n.º 7.232, de 29 out. de 1984.

²⁹¹ O *status* de direitos fundamentais dos direitos da personalidade é uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, cf. GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 145.

²⁹² Doneda faz pergunta semelhante, cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325. Para o autor, “a referência ao direito à privacidade como seu (maior) fundamento não é nem uma operação automática nem uma opção única”. Afirma ainda que a “proteção de dados pessoais é uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade porém não limitada por esta, e que faz referência a um leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento brasileiro” (ambas as citações na p. 326).

²⁹³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101. Outros trabalhos recentes se ocuparam da questão terminológica e conceitual, ver LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet*. 344 f. Tese de Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 16-58; AVILA, Priscilla de Oliveira Pinto. *Exercício do direito à intimidade no ambiente de trabalho: limites ao poder diretivo do empregador*. 121 páginas. Tese de mestrado da Faculdade de Direito da USP. São Paulo:

O uso dos termos “intimidade” e “vida privada” no texto constitucional parece ser resultado de inspiração nas teorias alemãs das esferas, que estruturam a vida particular em círculos concêntricos: esfera pública, esfera privada, esfera da intimidade e esfera do segredo. A da intimidade seria a atinente a comportamentos, acontecimentos e informações sobre o indivíduo cujo acesso estaria franqueado a familiares ou pessoas de seu círculo de confiança.²⁹⁴

Tentar vislumbrar consenso nos conceitos de “intimidade” e “vida privada” na doutrina é tarefa fadada ao insucesso. A propósito do cipoal terminológico envolvendo a expressão “privacidade”, Doneda observa que o termo pode ser usado em sentidos diversos para suprir necessidades estruturais de determinado ordenamento, tornando difícil reduzi-lo a uma acepção comum,²⁹⁵ chegando a ser tachada de “palavra-ônibus”.²⁹⁶

A despeito de eventuais divergências doutrinárias quanto à identidade ou não dos termos, a tutela constitucional é assegurada de modo idêntico para ambas – intimidade e vida privada –, inclusive no tocante à previsão de sanções.²⁹⁷ Isso enfraquece a necessidade prática de insistir em eventual distinção para os fins deste estudo.²⁹⁸

Grosso modo, as noções de “intimidade” e “vida privada” são construídas tendo por pressuposto um pensar sobre a realidade, ordenando-a em torno da dicotomia do público e do privado.²⁹⁹ Seguindo a acepção comum, se considerarmos que a expressão “dados pessoais” se refere à informação sobre alguém ou ao elemento que permite a formulação de um juízo sobre a pessoa, então é aceitável afirmar que aspectos de sua proteção estariam relacionados às garantias de inviolabilidade da intimidade e vida privada.

2011, p. 39-44; e BURMANN, Marcia Sanz. *A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho*. 159 páginas. Tese de mestrado da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2011, p. 20-28.

²⁹⁴ COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. Revista dos Tribunais, 4.^a ed. São Paulo: 2007, p. 32

²⁹⁵ DONEDA, op. cit., p. 103.

²⁹⁶ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 34.

²⁹⁷ Id., Ibid., p. 28 e 29; e AVILA, op. cit., p. 41 e 43.

²⁹⁸ AVILA, op. cit., p. 48.

²⁹⁹ Sobre perspectiva histórica dessa dicotomia, ver CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 51-98.

Outra questão é sobre se o conceito de “dados pessoais” estaria totalmente compreendido na noção de vida privada e de intimidade. Embora em regra não seja tratada diretamente nesses termos, parece haver uma preferência na doutrina pátria em incluir o debate sobre problemas relativos à proteção de dados pessoais sob a rubrica da privacidade, da intimidade ou da vida privada.

Paulo José da Costa Jr., Tatiana Malta Vieira, Maria Cláudia Cachapuz, Alice Monteiro de Barros e Estêvão Mallet, por exemplo, localizam o debate sobre questões afetas a dados pessoais no campo conceitual da privacidade, da intimidade ou da vida privada. Com efeito, ao tratar da tutela da intimidade, Costa Jr. refere-se a violações à intimidade por meio da informática, incluindo aí questões atinentes a dados pessoais.³⁰⁰ Já Vieira entende que a autodeterminação informativa seria um dos aspectos da privacidade e classifica-a como privacidade vista como direito à prestação.³⁰¹ Cachapuz arrola a proteção de dados e a autodeterminação informativa como um dos aspetos da representação dogmática da intimidade e da vida privada.³⁰²

Barros esclarece que o termo intimidade desfruta da preferência, inclusive nos países latinos e lhe confere sentido de controle do indivíduo acerca de informações que outros possam ter sobre ele.³⁰³ Nessa perspectiva, trata, por exemplo, de situações claramente incluídas pelas normas internacionais como pertencentes ao campo da proteção de dados pessoais do empregado, como a exigência de dados na seleção de candidato a emprego e a obrigação de destruir dados de candidatos não chamados para ocupar vagas.³⁰⁴

Mallet associa a intimidade ao direito de estar só. E, partindo dessa ideia, trata de questões afetas ao processamento automático de dados pessoais do empregado, como a

³⁰⁰ COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 105-114.

³⁰¹ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2007, p. 99-104 e p. 299.

³⁰² CACHAPUZ, op. cit., p. 245-284.

³⁰³ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 34-35.

³⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 56 e 70.

fiscalização por meio eletrônico, os limites ao direito de informação do empregador, os exames médicos, o sigilo e o direito de retificação da informação.³⁰⁵

É possível ainda identificar na doutrina pátria entendimentos que associam a intimidade e a vida privada a um “conjunto de informações pessoais submetidas a um regime jurídico de contenção, pelo que se faz possível identificar sua proteção com a exclusão do conhecimento alheio e o controle de informações pessoais”³⁰⁶.

Contudo, mesmo considerando “vida privada” um conceito legal indeterminado, como o faz Nelson Nery Jr.,³⁰⁷ parece ser improvável que os diversos aspectos relacionados a dados pessoais possam ser integralmente formulados a partir dele. Com efeito, no conceito de “dados pessoais” estão incluídos, por exemplo, quaisquer fragmentos de informação, inclusive os despidos de significado imediato, desde que possam ser direta ou indiretamente relacionados a um indivíduo identificado ou identificável. Considerar a mera relação entre um fragmento de informação que ainda não forma sentido e uma pessoa não parece ser uma dimensão compatível com esse conceito de “vida privada”.

Embora também trate de aspectos relacionados à proteção de dados pessoais do empregado sob a rubrica da privacidade, Bruno Lewicki o faz sob uma perspectiva mais alargada do conceito, nele incluindo uma “cláusula geral de tutela da personalidade” que superaria a dicotomia entre público e privado. Essa cláusula geral teria seu fundamento na dignidade da pessoa humana.³⁰⁸

Doneda também admite que a proteção de dados pessoais comporta um registro mais alargado do que o oferecido pela referência à privacidade, embora reconheça que

³⁰⁵ MALLET, Estêvão. Apontamento sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: v. 104, 2009, p. 199, 203-206, p. 2102-221.

³⁰⁶ BENTES, Hilda Helena Soares; et al. *Direitos à intimidade e à vida privada*: laboratório de análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2008, p. 126. Sobre as principais teorias unitárias de conceituação da privacidade e a tendência de relacioná-la a interesses múltiplos, ver LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet*. 344 f. Tese de Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 22-58.

³⁰⁷ Para Nery Jr., vida privada é uma expressão “altamente vaga, dispersa e sem clareza semântica capaz de explicitá-la imediatamente”, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. Revista dos Tribunais, 6.^a ed. São Paulo: 2008, p. 226.

³⁰⁸ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77-78.

existam inegavelmente aspectos ligados a ela. O autor também invoca a atuação da cláusula geral da personalidade no regime de proteção.³⁰⁹

De fato, em linhas gerais pode-se dizer que o problema central em matéria de proteção de dados pessoais é, em última instância, o da proteção do ser humano, tendo por substrato o processamento de informações relativas a ele numa conjuntura de automatização. As situações jurídicas nas quais estão envolvidos bens que são atinentes à natureza humana,³¹⁰ isto é, que constituem em essência ou em potência a humanidade do ser, como a vida e a liberdade, são tradicionalmente objeto dos direitos da personalidade.³¹¹ E sua tutela jurídica tem, no nosso ordenamento, raiz constitucional, uma vez que está alicerçada na dignidade da pessoa humana (inciso II do art. 1.º da CF), com desdobramentos nos demais campos, principalmente civil e penal.

Rubens Limongi França define direitos da personalidade como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, assim como seus prolongamentos e projeções”.³¹² O autor destaca que historicamente esses direitos foram primeiro objeto de tutela pública, por intermédio do Direito Constitucional e Penal, sendo seus aspectos e sanções privadas definidos a partir de meados do século XIX.³¹³

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira observa que as qualidades da personalidade se interpenetram, não sendo possível estabelecer uma linha divisória nítida entre elas, e ressalta os aspectos físico, intelectual, moral e social.³¹⁴

Nery Jr. esclarece que, a despeito da expressão “direitos da personalidade” confundir dois conceitos distintos, o de pessoa e o de natureza humana, ela tem por objeto

³⁰⁹ “Um regime de proteção de dados pessoais evidencia a atuação da cláusula geral da personalidade de tal maneira que a referência ao direito à privacidade como seu (maior) fundamento não é nem uma operação automática nem uma opção única.” Cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 326.

³¹⁰ Esses bens não estão necessariamente no homem, mas constituem a sua humanidade, como enfatizado por Rosa Nery, cf. NERY, Rosa. *Noções*, p. 135, apud NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. Revista dos Tribunais, 6ª ed. São Paulo: 2008, p. 214.

³¹¹ Id. *Ibid.*, p. 214.

³¹² FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. RT 567/9, Revista dos Tribunais. São Paulo: 1983, p. 9.

³¹³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. RT 567/9, Revista dos Tribunais. São Paulo: 1983, p. 9-10.

³¹⁴ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 26-27.

“cuidar de certas situações jurídicas especialíssimas, que têm por objeto bens que compõem a *natureza humana* (ou seja, a *humanidade* do ser)” – por exemplo, a vida, a liberdade (de pensamento, social, filosófica, religiosa, política, sexual, de expressão), a integridade física e moral, a honra, a imagem, a vida privada, a intimidade e a proteção de dados pessoais.³¹⁵

Gustavo Tepedino reconhece a existência de uma verdadeira “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa”, assentada nas escolhas realizadas na Constituição Federal. Apresenta como fundamentos jurídicos a escolha da dignidade da pessoa humana como pilar da República (inciso III do art. 1.º da CF), o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais (inciso III do art. 3.º da CF) e a ideia de não exclusão de direitos e garantias, ainda que não explicitados no texto constitucional (§ 2.º do art. 5.º da CF), desde que advenham do princípios por ele abraçados.³¹⁶

À semelhança do que propugna Tepedino, outros doutrinadores vêm admitindo não somente que os direitos da personalidade não se reduzem aos que estão expressamente previstos na Constituição ou na lei, mas também que eles não estão presos às amarras de direito subjetivo. Esse aspecto é frisado também por Maria Celina Bodin de Moraes ao argumento de que a personalidade humana se realiza por intermédio de “uma complexidade de situações jurídicas subjetivas”, externalizadas por várias figuras, como, por exemplo, o interesse legítimo, o poder jurídico, o direito potestativo, a faculdade e o estado.³¹⁷

³¹⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. Revista dos Tribunais, 6ª ed. São Paulo: 2008, p. 216.

³¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 48. Apud LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet*. 344 f. Tese de Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 62-63. Moraes opina no mesmo sentido, isto é, admite uma “cláusula geral de tutela da pessoa humana”, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 139.

³¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 139.

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk criticam o que eles chamam de “conceitualismo imposto ao Direito Civil pela estrutura da codificação”, sendo um de seus efeitos o apequenamento atribuído ao sujeito de direito, que é visto como “um mero elemento da relação jurídica”, e sustentam que o princípio da dignidade da pessoa humana leva a uma “correção hermenêutica” do Direito Civil, efetuando uma verdadeira inversão de fundamento nesse campo, cujo acento passa a estar no “ser”, e não no “ter”.³¹⁸

A tutela dos direitos da personalidade é uma matéria relativamente antiga, se comparada à proteção de dados pessoais, que começa a se desenhar com mais nitidez apenas nos anos 1970.³¹⁹ O conceito de “dados pessoais” tem inegável relação com os direitos da personalidade e é incluído como um deles, principalmente na dimensão da autodeterminação informativa proposta pela Corte Constitucional alemã.

³¹⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 97, 98, 106.

³¹⁹ No direito alemão, direitos de personalidade já eram protegidos no século XIX, embora os autores do Código Civil Alemão (BGB) não reconheceram um direito geral de personalidade no campo do direito civil, porque na época entenderam que as discussões estavam ainda inconclusivas. Cf. FRANZEN, Martin. *Arbeitnehmerdatenschutz – rechtspolitische Perspektiven*. RdA. Munique, Frankfurt: Beck, 2010, p. 258.

6. *Direito à autodeterminação informativa*

Na Constituição Federal brasileira não há previsão expressa reconhecendo o direito à autodeterminação informativa. Todavia, se o direito à autodeterminação informativa é uma explicitação de direitos fundamentais já classicamente consolidados nas principais normas internacionais³²⁰ que tratam de direitos humanos e nas constituições dos países inspirados no constitucionalismo, então a falta de reconhecimento expresse no nosso texto constitucional não fecha as portas para a afirmação de sua existência.

A rubrica “direito à autodeterminação informacional” ou “direito à autodeterminação informativa” surge primeiramente como resultado de construção jurisprudencial da Corte Constitucional alemã no início dos anos 1980, mais precisamente em 1983, no conhecido acórdão sobre o censo.³²¹ Nele a corte entendeu que, considerando as modernas condições de tratamento automático de dados, a proteção do indivíduo em face dos riscos da coleta, do armazenamento, da utilização e da comunicação ilimitada de seus dados pessoais estaria abarcada pela garantia geral de proteção aos direitos da personalidade contida no art. 2.º, inciso I, combinado com o art. 1.º, inciso I, da Lei Fundamental alemã. Esse direito fundamental garantiria, em princípio, ao indivíduo a livre determinação quanto à disponibilização e à utilização de seus dados pessoais. Limitações a esse direito só seriam permitidas nos casos em que preponderasse o interesse público e necessitariam de lei compatível com a Constituição (princípio da legalidade). Além disso, a lei que criasse a limitação deveria também observar o princípio da proporcionalidade, porque em seu procedimento o legislador igualmente estaria obrigado a tomar medidas contra os riscos de lesão aos direitos da personalidade.³²²

³²⁰ **1948** – Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12 – direito à privacidade), Assembleia das Nações Unidas; **1950** – Convenção Europeia dos Direitos do Homem – art. 8.º – respeito à vida privada e familiar – Conselho da Europa; **1966** – Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos (art. 17), documento das Nações Unidas.

³²¹ Acórdão de 15.12.83, “Volkszählungsurteil” (acórdão sobre o censo), cf. *BVerfGE*, 65, 1.

³²² CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*. Munique: Beck, 2011, p. 623.

Dois aspectos merecem ser ressaltados desde logo dos lineamentos traçados no acórdão da Corte Constitucional alemã: a autodeterminação informativa é, em princípio, um direito da pessoa, sendo que pessoa aqui significa pessoa natural. O outro ponto é o de que o direito à autodeterminação informacional não é garantido ilimitadamente, sendo que, face ao Poder Público, o indivíduo só poderá sofrer limitação ao seu direito de autodeterminação por intermédio de lei. Como o processamento e a utilização de dados pessoais são hoje imprescindíveis para a vida pública e privada, as leis de proteção de dados são, em certa medida, igualmente leis de autorização de processamento de dados, já que estabelecem critérios através dos quais dados pessoais podem ser processados mesmo sem o consentimento ou contra a vontade dos interessados.

Saliente-se que a Corte Constitucional não criou um novo direito fundamental. Apenas concretizou a jurisprudência diferenciada dos direitos da personalidade de uma forma geral, levando em consideração os riscos decorrentes das novas tecnologias da informação.

Na decisão sobre o censo, prolatada pela Corte Constitucional alemã, a questão da proteção de dados pessoais foi pensada na equação cidadão *versus* Estado. É pertinente, então, o questionamento sobre se a autodeterminação informacional consistiria em um simples direito de defesa, como tradicionalmente são pensados os direitos fundamentais de primeira geração.³²³

Em Portugal, onde o direito à autodeterminação informacional tem previsão constitucional,³²⁴ Catarina Sarmiento e Castro sustenta que ele é mais amplo, porque não se

³²³ “O direito à intimidade e o direito à privacidade podem ser classificados como direitos individuais, relativamente à liberdade, com natureza jurídica de direito fundamental de defesa”, cf. OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. *Revista do Departamento do Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: v. 1, n.º 1, jan./jun. 2006, p. 166.

³²⁴ O art. 35 da Constituição Portuguesa é bem detalhado: “**Utilização da Informática** 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos previstos na lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente

restringe apenas a garantir o direito à intimidade da vida privada, isto é, o direito de o indivíduo negar-se a informar ou opor-se ao tratamento de seus dados em face do Estado ou de terceiros (*Abwehrrecht*), mas engloba, igualmente, a adoção de medidas de proteção (*Schutzrecht*). De acordo com a autora, direito de defesa (*Abwehrrecht*) ou direito de proteção (*Schutzrecht*) seriam categorias para pensar o direito subjetivo, sendo que, do ponto de vista objetivo, o reconhecimento da autodeterminação informacional significa para o Estado a imposição de providências para a defesa em face de agressões de terceiros, consubstanciando-se em verdadeiro direito autônomo de terceira geração.³²⁵

Cristina Queiroz explica que o direito à autodeterminação informativa resulta de especificação do valor que se atribui à dignidade da pessoa humana na ordem jurídica portuguesa (art. 1.º da Constituição Portuguesa) e da garantia de que os direitos e as liberdades fundamentais serão respeitados e efetivados (art. 2.º da Constituição Portuguesa). Essa conjugação deságua em uma série de direitos correlacionados, entre os quais o “direito ao desenvolvimento da personalidade” e o “direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar” (art. 26 da Constituição Portuguesa).³²⁶

Não obstante a reconhecida autonomia do direito à autodeterminação informativa no texto constitucional português, a doutrina ressalta sua ligação visceral com os direitos da personalidade, em cuja raiz está a ideia de dignidade da pessoa humana e da garantia de suas várias formas de expressão (como os direitos e as liberdades fundamentais), considerando-o como a explicitação de um de seus aspectos.

Entendido como direito de proteção, o direito de autodeterminação informacional compreende um conjunto de direitos e liberdades fundamentais, cuja expressão concreta

identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei”.

³²⁵ CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27-28.

³²⁶ QUEIROZ, Cristina. A proteção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 292.

varia nas diversas ordens jurídicas. No Direito Português, por exemplo, Queiroz refere os seguintes: direito de acesso aos registos para conhecimento do que neles está contido e da finalidade da coleta; direito de retificação, atualização e cancelamento dos dados pessoais constantes nos registos; direito de sigilo, isto é, direito à não comunicação de dados pessoais a terceiros ou a outra autoridade administrativa; direito à abstenção de tratamento dos dados sensíveis, salvo para fins estatísticos e garantida sua “anonimização” ou se houver consentimento expresso do titular ou autorização por previsão legal, garantida a não discriminação; direito ao acesso das redes informáticas públicas; e proibição de número nacional único.³²⁷

O direito à autodeterminação informativa se apresenta como uma fórmula jurídica que parece não só encarnar os principais dilemas envolvendo o processamento automático da informação, como, ao mesmo tempo, foi a solução mais adequada e equilibrada que se encontrou até o momento para resolvê-los. Com efeito, ela atende, de um lado, à necessidade de fortalecer a posição do indivíduo, atribuindo-lhe o direito de ter controle sobre as informações relativas a ele. Por outro lado, ela não fecha as portas à possibilidade de processamento automático da informação relativa à pessoa, permitindo, sob determinadas condições, que medre a liberdade de informação. Em razão de sua dupla função, a ele são associadas as leis de proteção de dados. Usualmente, essas leis são as ferramentas que têm como objeto e finalidade a “salvaguarda dos direitos de *autonomia*, *personalidade* e *reserva de intimidade da vida privada e familiar* do cidadão, sem esquecer a garantia da “segurança do Estado” e a manutenção de uma prática informática correta no que concerne ao tratamento automatizado de dados de natureza pessoal”.³²⁸

No Brasil, a autodeterminação informacional não é objeto de norma expressa na Constituição Federal, mas é reconhecida pela doutrina como nela abraçada, quer pelo caminho do direito à privacidade (art. 5.º, inciso X, da CF), quer pela via da cláusula geral

³²⁷ QUEIROZ, Cristina. A proteção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 292.

³²⁸ Id. Ibid., p. 293.

de promoção da pessoa, com base na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CF).

Os autores tendem preferencialmente a ver o direito à autodeterminação informacional como uma faceta do direito à privacidade.³²⁹ Por exemplo, Tatiana Malta Vieira sustenta que o direito à autodeterminação informativa, que ela também chama de direito à privacidade informacional, poderia ser extraído do inciso XII (sigilo das comunicações de dados) e do inciso X (inviolabilidade da vida privada e da intimidade) do art. 5.º da CF.³³⁰ Igualmente Sandra Lia Simón, que, ao tratar dos dados pessoais do trabalhador, manifesta o entendimento de que o direito à autodeterminação informativa é uma das facetas do direito à intimidade e à vida privada.³³¹

7. Dados pessoais do empregado na legislação trabalhista

O Direito do Trabalho brasileiro não tem conceito próprio de “dados pessoais”. Também não os tem de “intimidade” e de “vida privada”³³² nem de direitos da personalidade. Como a informação relativa ao empregado transita no campo dos direitos da personalidade, é necessário olhar primordialmente para o Direito Constitucional e Civil para compreender as estruturas que regulam sua tutela. Contudo, a legislação trabalhista apresenta parâmetros próprios para algumas situações.

O foco principal da CLT parece ser a proteção da integridade física. O art. 157 da CLT estabelece um rol de deveres para a empresa, entre os quais cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho. O art. 483, letra “a” da CLT, prevê como

³²⁹ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2007, p. 302.

³³⁰ Id. Ibid., p. 35.

³³¹ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 165.

³³² BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 34. A autora afirma que é necessário recorrer por analogia à doutrina civilista para suplantar a falta de conceitos próprios de vida privada e de intimidade.

uma das hipóteses de rescisão indireta a exigência de esforços superiores às forças do empregado. O art. 483, letra “c” da CLT, considera o correr perigo manifesto de mal considerável como outra hipótese de rescisão indireta do contrato pelo empregado. A ofensa física que sofrer do empregador ou de seus prepostos também leva à rescisão indireta, conforme art. 483, letra “f” da CLT. Todas essas hipóteses apontam para a tutela da integridade física. Há também disposições celetistas que contemplam outros aspectos dos direitos da personalidade não diretamente relacionados à informação, como os atos lesivos à honra e à boa fama do empregado (art. 483, letra “e”, da CLT).

A proibição de tratamento não igualitário repercute na legislação trabalhista e sinaliza limites à coleta e ao uso de informações relativas ao empregado pelo empregador. Ela tem fundamento no art. 7.º, incisos XXX, XXXI e XXXII, da CF – proibição de tratamento desigual em relação a salário, exercício de funções e critérios de admissão em razão de sexo, cor, idade ou estado civil; proibição de tratamento discriminatório em relação a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; e proibição de discriminação entre trabalho manual, intelectual e técnico ou entre os profissionais que o realizam.

O tratamento igualitário é considerado um dos aspectos do pleno desenvolvimento da pessoa e sob essa ótica é tido como um direito da personalidade. Ele não se confunde com a igualdade perante a lei.³³³ Na proteção de dados pessoais, a tutela antidiscriminatória é um importante referencial, porém não o único, porque seu objetivo é mais amplo³³⁴ e não se circunscreve a apenas obstá-la.

Dispositivos que também poderiam ser relacionados mais diretamente à proteção de dados pessoais são as proibições inscritas no art. 373-A e incisos da CLT. Elas estão inseridas no capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher e dizem respeito a condutas discriminatórias que são vedadas ao empregador. Várias condutas referem-se a comportamentos na seleção de empregadas, como a proibição de publicação de anúncios

³³³ LIMA NETO, Francisco Vieira. *Discriminação genética e proteção da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro*. 233 f. Tese de Doutorado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2003, p. 89-94.

³³⁴ Ver item 13. do Capítulo II.

(inciso I), a recusa de emprego (primeira parte do inciso II), o impedimento de acesso ou a adoção de critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos (inciso V) discriminatórios em razão de idade, sexo, cor e situação familiar e estado de gravidez. Há também vedação expressa de exigência de teste ou exame para comprovação de gravidez ou esterilidade na admissão e na permanência no emprego (inciso IV), sendo que essa conduta foi igualmente criminalizada por meio da Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995. A revista íntima é considerada pelo legislador atentatória aos direitos da personalidade da empregada e foi expressamente proibida (inciso VI).

Note-se que esse dispositivo celetista (art. 373-A da CLT) está também em consonância com a legislação penal que define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor – Lei n.º 7716, de 5 de janeiro de 1989. No seu art. 4.º e parágrafos, há criminalização de várias condutas de discriminação racial do empregador, como negar ou impedir emprego em empresa privada (*caput* do art. 4.º); deixar de conceder equipamento necessário em igualdade de condições com os demais trabalhadores (§ 1º, inciso I, do art. 4.º); impedir ascensão funcional ou obstar outra forma de benefício profissional (§ 1.º, inciso II, do art. 4.º); proporcionar tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, principalmente em relação ao salário (§ 1º, inciso III, do art. 4.º); e exigir aspectos próprios de raça ou etnia em anúncios de emprego (§ 2º do art. 4.º).

Embora seja possível identificar a presença de parâmetros limitatórios à atividade de coleta de informação relativa ao empregado por parte do empregador, o quadro de possibilidades oferecido pelas normas trabalhistas está longe de permitir uma solução adequada aos problemas relativos à proteção de dados pessoais. Primeiro, porque elas contemplam aspectos específicos e pontuais dos direitos da personalidade, como a honra ou a boa fama ou aspectos discriminatórios. O conceito de “dados pessoais”,³³⁵ conforme anteriormente apresentado, não só é muito mais amplo como também tem função diversa, qual seja propiciar a tutela de um risco potencial. Segundo, as consequências jurídicas pela violação do direito nelas previsto estão adstritas à rescisão contratual, com eventual

³³⁵ Sobre o conceito de dados pessoais, ver item 2.2. do Capítulo II.

indenização pela violação e pelos danos morais. Como já apontado alhures,³³⁶ um dos principais meios de dar efetividade à proteção de dados pessoais está na instituição de deveres de gerência e de guarda para o responsável pelo tratamento da informação. Em relação a esse ponto, a legislação celetista também não nos oferece resposta.

8. Balanço

Um dos objetivos deste capítulo é buscar os lineamentos do conceito de “dados pessoais” no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente na Constituição Federal de 1988, assim como os fundamentos que permitem a articulação de uma proteção de dados pessoais do empregado em moldes semelhantes ao da arquitetura concebida nas normas internacionais referidas no capítulo anterior.

O breve exame do material normativo indica que a proteção para os riscos decorrentes do processamento automático da informação relativa à pessoa encontra expressão no ordenamento brasileiro, sendo reconhecida sua raiz constitucional. A despeito de não haver dispositivo expreso na Constituição brasileira reconhecendo um direito autônomo à proteção de dados pessoais, entende-se que ele – principalmente sob a rubrica de autodeterminação informativa – ou está integralmente fundado no conceito de vida privada e intimidade, ou decorre da cláusula geral de promoção da pessoa, com base na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CF).³³⁷ O *habeas data* não o alicerça integralmente, porque é desenhado originariamente para instrumentalizar o acesso do cidadão às informações em poder da Administração Pública ou em bancos de dados de

³³⁶ Sobre os deveres do responsável pelo tratamento, ver item 12. do Capítulo II.

³³⁷ Doneda refere-se à “força expansiva” e à “necessidade de funcionalização” como marcas da evolução do tratamento da privacidade. Em relação ao primeiro aspecto, isto é, à “força expansiva”, considera que a caracterização da privacidade como direito fundamental representou um marco para liberá-la das amarras da tutela penal e da predominantemente feita com base no direito subjetivo. O segundo aspecto originou, no seu entendimento, o surgimento de uma “disciplina de proteção de dados pessoais”. Cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25 e 27.

caráter público.³³⁸ Além do que, como aponta Doneda, ele não traz substancial alteração no cenário, pois não constitui um “*sistema de garantias individuais positivamente expressas*”.³³⁹

Na legislação infraconstitucional faltam regras gerais sobre as condições e as restrições para a coleta e as operações de tratamento, armazenamento e utilização da informação sobre a pessoa e, particularmente, quanto à questão de como os indivíduos podem exercer o controle sobre as informações a eles relacionadas que são coletadas e usadas por outros. É possível identificar pontualmente proteções parciais, talhadas para regular as relações entre particulares em alguns setores, como o de telecomunicações e o das relações de consumo.³⁴⁰

No campo trabalhista, a legislação apresenta indicadores de limite para a obtenção de informações relativas ao empregado, principalmente para que seja atendido o mandamento de tratamento igualitário. A doutrina e a jurisprudência pátria têm se ocupado igualmente de aspectos do problema da obtenção e da utilização da informação relativa ao empregado situando-o no âmbito da inviolabilidade da vida privada e da intimidade do empregado, e considerando, via de regra, a tutela tradicional dos direitos da personalidade, fundada principalmente na ideia de proibição de violação de caráter discriminatório.

A ausência de regras gerais expressas para a proteção de dados pessoais no Direito brasileiro não significa que nenhum tipo de proteção esteja sendo dado à informação relativa ao empregado obtida e usada pelo empregador. Outra questão é se a proteção atualmente oferecida traz resultado equivalente.

³³⁸ Há quem entenda que o instituto pode ser aplicado nas relações empregatícias, cf. SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 196-200.

³³⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 334-335.

³⁴⁰ Ver itens 2 (telecomunicações) e 3 (consumidor) do Capítulo III.

CAPÍTULO IV

PROTEÇÃO DA INFORMAÇÃO RELATIVA AO EMPREGADO NO DIREITO BRASILEIRO

No capítulo anterior vimos que, a despeito da ausência de um marco constitucional expresso, a doutrina vislumbra uma âncora constitucional para o direito à proteção de dados pessoais, principalmente pela via da inviolabilidade da intimidade e vida privada ou por meio da cláusula geral de promoção da pessoa, consubstanciada na dignidade da pessoa humana. A fórmula jurídica que até o momento parece melhor exprimir as principais questões postas pelo uso das tecnologias da informação e pelas possibilidades e pelos riscos decorrentes de seu processamento é a do direito à autodeterminação informativa. Na sequência, buscou-se identificar na legislação infraconstitucional aspectos que também poderiam ser relacionados à proteção de dados pessoais.

Considerando esses elementos, o presente capítulo tem por objetivo apresentar se já existe uma “ponte” consolidada na doutrina e na jurisprudência nacionais entre o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa e sua expressão concreta nas relações entre empregado e empregador. No que tange aos limites à obtenção, ao uso e às condições de administração das informações pessoais do empregado, que tipo de proteção está sendo oferecida atualmente no Direito do Trabalho brasileiro?

O capítulo será concluído com uma avaliação das soluções atualmente propostas, se elas têm pontos de confluência com o arcabouço da proteção de dados pessoais do empregado a que se fez referência no Capítulo II. E se elas instrumentalizam o empregado a exercer o controle sobre as informações a seu respeito em poder do empregador.

1. Terminologia

Preferiu-se, nesse capítulo, usar a expressão “proteção da informação relativa ao empregado”, e não “proteção de dados pessoais do empregado”. Ambas as expressões são usadas por Wolfgang Zöllner³⁴¹ para destacar diferentes técnicas de proteção da informação presentes no Direito do Trabalho alemão. Existem razões para essa escolha. Primeiramente, o Direito brasileiro não tem um marco legal explícito para a proteção de dados pessoais, e as questões são usualmente tratadas em outras rubricas jurídicas, como, por exemplo, privacidade ou intimidade. Em segundo lugar, o problema essencial que se pretende abordar pode ser expresso na seguinte pergunta: que limites devem ser observados na obtenção e no uso pelo empregador de informações relativas à pessoa do empregado? Assim formulada, não é uma questão nova e é possível identificar aspectos a ela relacionados na doutrina e na jurisprudência nacionais. Outro argumento está no fato de que a expressão “informação” permite, diferentemente da expressão “dados pessoais”, reconhecer mais facilmente a questão nuclear que se pretende aqui abordar no vasto repertório heterogêneo associado à proteção da privacidade, da vida privada e da intimidade do empregado. De fato, a expressão “informação” é sempre associada a algo que se aproxima do “limiar da cognição”,³⁴² Já na expressão “dados pessoais” a informação pode ser uma simples e incerta possibilidade. Por fim, mas não menos importante, está a ideia de que o conceito de “dados pessoais” foi formulado para atender a um conjunto específico de problemas radicados no tratamento automático da informação e, por essa razão, está associado a uma resposta com determinadas características.³⁴³ A proteção da informação do empregado é expressão que está livre dessas amarras e sinaliza para um feixo indiferenciado de possibilidades que podem ser apresentadas como solução.

³⁴¹ ZÖLLNER, Wolfgang. *Daten – und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*. Colônia; Berlim; Bonn; Munique: Heymanns, 1982, p. 1-4. O próprio título da obra de Zöllner carrega ambas as expressões. “Datenschutz” equivale a proteção de dados pessoais e “Informationsschutz” pode ser traduzida como proteção da informação.

³⁴² DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo*: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 19

³⁴³ Ver item 13. do Capítulo II.

2. Alicerces doutrinários: panorama geral

Nas normas internacionais específicas para a proteção de dados pessoais do empregado no setor do emprego, há clara preocupação em propor limites nas operações que envolvem a coleta, o armazenamento e a comunicação de dados pessoais do empregado.³⁴⁴ O foco nessas três operações de processamento (coleta, armazenamento e comunicação) reproduz o fluxo que usualmente a informação ou seu fragmentos (dados) percorrem nos sistemas automatizados. Nessas normas internacionais, os limites estabelecidos são sempre construídos com base na aplicação dos princípios gerais de proteção de dados pessoais, acrescidos de outros que decorrem de problemas próprios de cada uma dessas operações.

Ao nos debruçarmos sobre a doutrina juslaboral brasileira, veremos que a expressão “proteção de dados pessoais do empregado” praticamente não é encontrada e, quando o é, o objeto por ela designado está de tal forma amalgamado com outros conceitos, como intimidade, vida privada, privacidade, poder do empregador ou até mesmo justa causa,³⁴⁵ que deles não se distingue com nitidez. Como já sublinhado anteriormente, isso não significa que os problemas inerentes ao que se associou neste trabalho a essa rubrica não tenham sido tratados pelos autores ou não estejam sendo objeto de pesquisa na atualidade.

Se considerarmos exclusivamente as pesquisas jurídicas tematizando privacidade e intimidade do empregado apresentadas em 2011 na pós-graduação em Direito do Trabalho da USP, veremos que elas contemplam aspectos diretamente relacionados com a proteção

³⁴⁴ Referimo-os à R(89)2 e ao RRP-OIT, cf. Anexo 1.

³⁴⁵ No livro *Proteção à intimidade do empregado*, Barros usa a expressão “dados” (p. 56, 70, 167), mas trabalha apenas com o conceito de direito à privacidade e direito à intimidade. BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009. Ver também MALLET, Estêvão. Apontamento sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: v. 104, 2009, p. 199, 203-206, p. 210-221; e MORAIS FILHO, Evaristo. A justa causa na rescisão do contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 1996, 100.

da informação relativa ao empregado, como as informações pessoais, os exames médicos e os métodos eletrônicos de controle da atividade do empregado.³⁴⁶

Em obra publicada em 1950, dedicada ao Direito Disciplinar do Trabalho, Luiz José Mesquita já indagava se o empregado ou candidato a emprego estaria obrigado a informar ao empregador fatos que lhe fossem desabonadores.³⁴⁷ Essa questão, por exemplo, se inscreve claramente no campo aqui investigado.

Numa das pioneiras reflexões mais abrangentes sobre o assunto no campo trabalhista brasileiro, Alice Monteiro de Barros,³⁴⁸ em obra originalmente publicada em 1997, tratou, sob a locução “proteção à intimidade do empregado”, de aspectos relacionados a que informações sobre o empregado o empregador está autorizado ou desautorizado a coletar. Seu estudo abrange vários ângulos da seleção de pessoal, inclusive as práticas corriqueiras utilizadas para a obtenção de informação (entrevistas, testes, questionários, testes psicotécnicos e grafológicos etc.), e do controle de atuação do empregado, chegando a mencionar aspectos relacionados à destruição da informação de dados coletados dos candidatos a uma vaga de emprego. A autora utiliza a expressão “dados” em vários itens de tópicos que aborda,³⁴⁹ mas não faz distinção entre “dados” e as demais situações albergadas nos conceitos de intimidade e vida privada. Contudo, do uso que faz da expressão “dados” não é possível inferir um conceito na extensão proposta nas normas internacionais utilizadas aqui como referência.³⁵⁰

³⁴⁶ Em 2011 foram apresentadas na USP duas teses de mestrado que se ocuparam de aspectos do que aqui se chama “proteção da informação relativa ao empregado”. Cf. AVILA, Priscilla de Oliveira Pinto. *Exercício do direito à intimidade no ambiente de trabalho: limites ao poder diretivo do empregador*. 121 páginas. Tese de mestrado da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2011, p. 39-44; e BURMANN, Marcia Sanz. *A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho*. 159 páginas. Tese de mestrado da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2011, p. 84-131.

³⁴⁷ MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 122 (edição fac-similada por São Paulo: LTr, 1991, com introdução do autor e comentários de atualização).

³⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009. Note-se que a primeira edição da obra foi em 1997. Outro trabalho que também tratou do tema com grande amplitude foi o de Simón, publicado em 2000. Cf. SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

³⁴⁹ Veja-se que a expressão é utilizada por Barros em várias passagens. Cf. BARROS, op. cit., p. 56, 70, 67 (exemplificativamente).

³⁵⁰ A propósito do conceito de dados pessoais, ver item 2. do Capítulo II.

Nessa linha de estudos sobre a proteção da intimidade e da vida privada do empregado, Sandra Lia Simón, em trabalho publicado em 2000, aprofunda aspectos constitucionais e, na perspectiva de colisão entre o direito de propriedade do empregador e a intimidade e a vida privada do empregado, aborda, deliberadamente, o problema dos dados pessoais do trabalhador. A autora define-o como “*o direito de os indivíduos conhecerem as informações que outras pessoas ou entidades tenham sobre sua pessoa*” e associa sua relevância e atualidade às facilidades proporcionadas pelas novas tecnologias e pelos bancos de dados, inclusive à possibilidade de cruzamento de informações.³⁵¹ Já há na obra uma clara associação entre os dados pessoais do empregado e sua proteção – direito à autodeterminação informativa – e os riscos decorrentes do processamento automático da informação.³⁵² Não obstante, o conceito de “dados pessoais” se mantém amalgamado e indiferenciado das demais situações tuteladas no conceito de intimidade e de vida privada.

Entre os estudos doutrinários de maior envergadura envolvendo questões relacionadas à privacidade e à intimidade do empregado nas relações trabalhistas, há o trabalho de Bruno Lewicki,³⁵³ publicado em 2003, o estudo coordenado por Eduardo Milléo Baracat,³⁵⁴ publicado em 2008, e o livro de Ana Paula Pavelski,³⁵⁵ em 2009. Existe uma profusão de outros trabalhos publicados, dedicados a aspectos ligados ao uso de e-mail e outros temas específicos, como discriminação e dano moral.³⁵⁶

Embora tenhamos realizado uma pesquisa nos sítios dos tribunais superiores (Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal) e de alguns tribunais

³⁵¹ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 162-167.

³⁵² Simón usa a expressão “agressão às liberdades públicas” e sustenta que a garantia do direito subsiste, independentemente do fato de os dados estarem informatizados ou não. Id. *Ibid.*, p. 162 e 164.

³⁵³ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁵⁴ BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁵⁵ PAVELSKI, Ana Paula. *Os direitos da personalidade do empregado: em face do exercício ausivo do poder diretivo do empregador*. Curitiba: Juruá, 2009.

³⁵⁶ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002; HAINZENREDER JR., Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009; BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho: identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas*. 2.^a ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

regionais para localizar decisões associadas à expressão “proteção de dados pessoais”, encontramos um universo relativamente restrito de casos que foram indexados a ela. Por outro lado, as expressões “intimidade” e “vida privada” trazem uma enxurrada de decisões envolvendo uma diversidade enorme de situações nem sempre relacionadas ao problema aqui tratado.³⁵⁷ Utilizando outras palavras de busca, foi possível localizar alguns precedentes que decidem questões afetas ao tema aqui estudado. Eles indicam como estão sendo percebidas as conjunturas que envolvem a obtenção e o uso da informação em situações de conflito nas relações de trabalho.³⁵⁸

A jurisprudência é uma das pedras de toque para a compreensão de qualquer instituto jurídico, já que ela contribui para a construção de seu sentido feita pela análise dos casos conflituosos concretos. É aí que a complexidade se mostra e que a eficiência dos critérios doutrinários pode ser colocada à prova. Além do que, é nela que se pode aferir como, concretamente, as ideias propostas pelas teorias são aplicadas e que arsenal doutrinário e que modelos estão sendo privilegiados nas soluções apresentadas.

Não se pretende traçar aqui um cenário completo das posições doutrinárias e jurisprudenciais correntes. O objetivo é aferir em largos traços que tipo de proteção da informação relativa ao empregado nosso Direito do Trabalho oferece e, assim, examinar em que aspectos ela se aproxima da resposta protetiva proposta pelas normas internacionais que foram apresentadas no Capítulo II. Assim, será apresentado um quadro sumário dos aspectos dogmáticos atuais mais relevantes que compõem nas soluções encontradas.

Grosso modo,³⁵⁹ pode-se dizer que na doutrina juslaborista brasileira as indagações relacionadas aos limites impostos ao empregador na obtenção de informação relativa ao

³⁵⁷ Uma das dificuldades é que o problema aqui tratado pode ser parcialmente localizado em várias rubricas jurídicas, como, por exemplo, intimidade, vida privada, privacidade, justa causa e proteção de dados.

³⁵⁸ Os principais precedentes localizados no TST estão indicados no Anexo 2.

³⁵⁹ Existem campos nos quais a informação relativa ao empregado (direitos da personalidade) tem tradicionalmente tratamento jurídico diferenciado. Esse é o caso, por exemplo, dos direitos derivados da propriedade intelectual, como os direitos do autor, direitos da propriedade industrial e direitos relacionados à criação e à utilização de softwares, Lei n.º 9.610/98, Lei n.º 9.279/96 e Lei n.º 9.609/98. Na doutrina, esses temas são tratados como efeitos conexos do contrato de trabalho, isto é, não seriam decorrentes diretamente da natureza, do objeto e do “conjunto natural e recorrente das cláusulas

empregado são estruturados a partir do conflito entre, de um lado, os direitos da personalidade do empregado e, de outro, o poder diretivo do empregador.

O caminho seguido pela doutrina se assenta principalmente no fato de que, além de subordinado, o trabalho prestado pelo empregado é marcado pela pessoalidade, o que traz várias consequências. Primeiro, só a pessoa natural pode ser empregada e suas qualidades pessoais são ou podem ser sempre levadas em consideração pelo empregador.³⁶⁰ Segundo, o trabalho prestado não pode ser separado de pessoa que o presta. Terceiro, embora o poder de direção do empregador se exerça diretamente sobre o trabalho prestado, ele sempre envolverá indiretamente a pessoa do empregado. Assim, todas as etapas da relação que se estabelece entre empregador e empregado se não abrangem diretamente direitos da personalidade do último, estarão sempre muito próximas deles.

A colisão é ora qualificada como conflito de direitos, ora como conflito de interesses.³⁶¹ Quanto aos direitos em conflito, normalmente são referidos o direito de propriedade e a autonomia privada, de um lado, e a intimidade e a vida privada, de outro. Os meios eletrônicos, como e-mails, telefones e conexão com a Internet, são vistos como ferramentas de trabalho ou meios de produção. Em regra, o conflito é tratado como assente diretamente em direitos fundamentais.

Se levarmos em conta o contrato de trabalho no tempo é possível identificar operações de tratamento da informação (principalmente as de obtenção e uso) em situações que vão desde as tratativas pré-contratuais até outras que persistem mesmo após o fim da relação jurídica. No que tange ao momento pós-contrato, vale ressaltar que, ainda que o empregado esteja “desligado da empresa”, um importante acervo de informações relativas a ele permanece no “sistema” do empregador, por razões diversas. Portanto, o término do

contratuais trabalhistas”. Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 568.

³⁶⁰ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Campo de aplicação do direito do trabalho – sujeitos: empregador e empregado. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho*, v. 2. São Paulo: LTr, 2008, p. 75.

³⁶¹ Por exemplo, Simón trata da colisão como conflito de direitos (cf. SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 121-126), assim como: DRIESEL, Patricia Méri; e CARDOSO, Sandra Geara. Direitos fundamentais. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 280. Já Lewicki a trata como colisão de interesses, cf. LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 191-215.

contrato de trabalho não elimina as conjecturas sobre os limites que devem ser observados no seu trato. A estrutura dogmática do problema também não nos parece idêntica em todas as fases, considerando-se que, tanto nas tratativas pré-contratuais quanto nas situações pós-contratuais, não há mais subordinação e não se tem ostensivamente o poder de direção do empregador. Como os desafios teóricos não parecem ser idênticos em todas essas fases, é pertinente a pergunta sobre se e como a doutrina e a jurisprudência argumentativamente avaliam esses aspectos.

2.1. Poder de direção e subordinação: limites

“Subordinação jurídica” e “estar sujeito ao poder de direção” não são conceitos que tenham fronteiras bem determinadas. O trabalho autônomo pode, em certa medida, estar condicionado às orientações recebidas pelo parceiro contratual. Por exemplo, o advogado, quanto à questão sobre se deve ou não recorrer em determinado caso, poderá receber instruções de seu cliente. O empregado está, em regra, muito mais intensamente sujeito ao poder de direção do empregador.³⁶²

Na legislação brasileira não há definição legal de “subordinação jurídica” nem de “poder de direção”, sendo os conceitos construídos pela doutrina e pela jurisprudência com base nos arts. 2.º e 3.º da CLT. Há, contudo, normas que se relacionam com o poder de direção, como as regras associadas ao *jus variandi* (por exemplo, art. 469 da CLT) e as regras que fixam limites ao exercício do poder disciplinar (art. 474 da CLT, exemplificativamente).

Com efeito, o art. 2.º da CLT considera empregador aquele que “*assumindo os risco da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*”. Aqui vemos no texto da lei a presença da palavra “*dirige*”, que é central para a construção do conceito de poder de direção.

³⁶² BROX, Hans. Grundbegriffe des Arbeitsrechts. 7.ª ed. Stuttgart, Berlim, Colônia, Mainz: Kohlhammer, 1985, p. 9.

Já o art. 3.º da CLT define empregado como sendo a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual sob a dependência do empregador e mediante salário. O núcleo do conceito de subordinação se concentra na expressão “*sob a dependência*”, que consta do texto legal.

Na nossa tradição, os conceitos de subordinação e de poder de direção são articulados com base na definição legal das posições de empregado e de empregador.³⁶³ Note-se que estes dois últimos são entendidos como conceitos complementares porque estão de tal modo interrelacionados que sua compreensão deve ser feita necessariamente levando-se em conta a dupla, e não um só deles.³⁶⁴ A construção de conceitos de subordinação do empregado e poder de direção do empregador como “antípodas” é um caminho possível, mas não é o único. Outras tradições articulam esses conceitos baseando-se em pontos de apoio distintos, como, por exemplo, não fazendo uma relação necessária entre subordinação jurídica e poder de direção, isto é, não considerando a subordinação o reverso do poder de direção – portanto, não reconhecendo a complementaridade entre os termos – e estabelecendo ambos os conceitos exclusivamente no contrato.³⁶⁵

Para nortear a presente investigação será utilizado o conceito proposto por Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, para quem objetivamente a subordinação “*consiste na integração do trabalhador na organização da empresa, mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o trabalhador submete a sua atividade ao poder diretivo do empregador.*”³⁶⁶

³⁶³ A construção de conceitos “antípodas” de subordinação e subordinação a partir das posições de empregado e empregador é um caminho possível, mas não único. Outras tradições articulam esses conceitos baseando-se em pontos de apoio distintos desses, como, por exemplo, não fazendo uma ponte necessária entre subordinação jurídica e poder de direção, isto é, não considerando a subordinação como o reverso do poder de direção e estabelecendo ambas exclusivamente a partir do contrato e das características da personalidade envolvida na prestação do trabalho.

³⁶⁴ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Campo de aplicação do direito do trabalho – sujeitos: empregador e empregado. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho*, v. 2. São Paulo: LTr, 2008, p. 55.

³⁶⁵ Cf. BROX, Hans. *Grundbegriffe des Arbeitsrechts*. 7.^a ed. Stuttgart, Berlim, Colônia, Mainz: Kohlhammer, 1985, p. 25, 37 e 43-44; e GAMILLSCHEG, Franz. *Arbeitsrecht I*. Individualarbeitsrecht. Bd. 1, 6.^a ed. Munique: Beck, 1983, p. 12-13.

³⁶⁶ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Campo de aplicação do direito do trabalho – sujeitos: empregador e empregado. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho*, v. 2. São Paulo: LTr, 2008, p. 78.

Esse conceito permite que se vislumbre aspectos que são de interesse para o tema aqui estudado. Primeiro, na doutrina brasileira, a subordinação é entendida como o signo mais marcante do contrato de trabalho,³⁶⁷ sendo o poder diretivo visto como seu reverso.³⁶⁸ Segundo, do conceito transparece igualmente certo grau de incompletude da obrigação de prestar serviço do empregado, eis que a “atividade” do empregado fica submetida ao “poder diretivo” do empregador. De fato, no momento da celebração do contrato de trabalho não é possível antever integralmente qual será efetivamente a prestação do empregado, porque ela será em parte determinada pelo poder de direção do empregador no curso da execução do contrato.³⁶⁹

A terminologia utilizada para designar o poder de direção do empregador ou seus desdobramentos não é uniforme, mas é denominador comum o reconhecimento de que a ao poder de direção são associados principalmente três aspectos na sua exteriorização: poder organizacional, poder disciplinar e poder de controle.³⁷⁰ A despeito dos problemas próprios de cada um deles, as expressões “poder diretivo” ou “poder de direção”³⁷¹ aqui utilizadas pretendem designar indiferenciadamente todas as facetas do fenômeno.

³⁶⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr 2002, p. 135.

³⁶⁸ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 86.

³⁶⁹ Id., Campo de aplicação do direito do trabalho – sujeitos: empregador e empregado. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho*, v. 2. São Paulo: LTr, 2008, p. 75. A questão é referida também em SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. O contrato de trabalho e o sutiã: reflexões sobre as obrigações principais e acessórias. *Revista LTr* 72-04. São Paulo: LTr, 2008, p. 407.

³⁷⁰ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 106-107; e LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188-189. Oliveira aponta que, embora divirja a doutrina quanto à existência de um poder disciplinar, ele é amplamente aceito pelos tribunais trabalhistas. Cf. OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Comentário de decisões judiciais*: dano pessoal e prova. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *O Mundo do Trabalho*, v. 1. Leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 368, nota 2.

³⁷¹ A expressão “poder diretivo” é encontrada em Oliveira, cf. OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Campo de aplicação do direito do trabalho – sujeitos: empregador e empregado. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho*, v. 2. *direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 78. A expressão “poder de direção” é utilizada, por exemplo, por Martins, cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 216. A expressão foi adotada por Assis, doutrinador português, como título de recente de monografia sobre o tema. Cf. ASSIS, Rui. *O poder de direcção do empregador*: configuração geral e problemas actuais. Coimbra:

Se pensarmos nas práticas que governam a obtenção e o uso pelo empregador da informação relativa ao empregado, veremos que uma reflexão sobre elas abrangerá o poder diretivo em todos os seus aspectos. No acervo de decisões levantadas entre os recursos interpostos no TST,³⁷² é possível vislumbrar exemplos de como elas podem ser percebidas na órbita do exercício do poder disciplinar³⁷³ e do poder de controle e fiscalização.³⁷⁴ Não foram encontrados casos envolvendo claramente o poder organizacional, embora seja possível associar práticas que antecedem a contratação ao exercício desse aspecto do poder diretivo do empregador. Ilustrativamente, faremos referência a dois casos, cada um deles relacionado a um dos aspectos do poder de direção do empregador.

Primeiro, um exemplo de como o exercício de poder disciplinar pode estar diretamente relacionado à coleta e ao uso de informações por meio de sistemas eletrônicos instalados pelo empregador. Trata-se de uma situação envolvendo um empregado de loja *duty free* em um aeroporto que recebeu 30 dólares de um cliente e os colocou na meia, porque a empresa na qual trabalhava proibia o recebimento de gorjetas. O fato foi filmado pelo circuito interno de televisão e flagrado pelos seguranças da loja. O empregado foi denunciado à polícia do aeroporto sob a acusação de furto. Não foram apuradas diferenças no caixa, mas ele foi dispensado por justa causa por ter descumprido a norma proibitiva da empresa. Como se depreende dos fundamentos do acórdão do TST,³⁷⁵ no ponto que aqui nos interessa, o debate girou principalmente em torno da justa causa aplicada pelo

Coimbra, 2005. Simón também a utiliza, cf. SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 105.

³⁷² Ver Anexo 2.

³⁷³ Exemplos associados ao exercício do poder disciplinar no uso de circuito interno de câmaras: BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 517.2003.070.01.40.0, Rel. Horácio Senna Pires, 6.^a Turma, DJ 18/03/2009; e BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 554.2003.402.14.40.1, Rel. Vantuil Abdala, 2.^a Turma, DJ 05/11/08. Ver Anexo 2.

³⁷⁴ Exemplos associados ao exercício do poder de fiscalização e ao controle no uso de circuito interno de câmaras: BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 615.2004.044.03.41.3, Rel. Vantuil Abdala, 2.^a Turma, DJ 21/05/2008; BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 1464.2004.206.01.40.9, Rel. Alberto Bresciani, 3.^a Turma, DJ 12/03/08; e BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 277000.32.2006.5.09.0673, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, 6.^a Turma, DJ 16/02/2011. Ver Anexo 2.

³⁷⁵ Embora o TST tenha negado provimento ao agravo de instrumento, o caso em si revela-se interessante pelos elementos que compõem a apresentação do problema. O texto é uma transcrição de trecho do acórdão regional, que, por sua vez, é citado no acórdão do TST, cf. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 517.2003.070.01.40.0, Rel. Horácio Senna Pires, 6.^a Turma, DJ 18/03/2009. Ver Anexo 2.

empregador, se ela representou uma correta dosimetria da pena para a conduta do empregado, qualificada como faltosa. O foco do problema jurídico ficou na conduta faltosa do empregado e na aplicação da pena disciplinar pelo empregador, como se depreende do trecho abaixo transcrito:

Um único ato do empregado de receber gorjeta não pode ser considerado como um ato faltoso a ensejar a ruptura do contrato de trabalho por justa causa, ainda que este ato seja proibido. Admitir a despedida por justa causa de um empregado cujo histórico funcional apresentado o era de um funcionário reconhecidamente bom, o que, inclusive determinou a sua promoção na empresa, seria de um excessivo e inaceitável, do ponto de vista da justiça social.³⁷⁶

Contudo, o olhar voltado para a proteção da informação relativa ao empregado deve incluir uma ordem de perguntas de outra natureza, dirigidas principalmente para o modo pelo qual a informação foi obtida pelo empregador – no caso, através de um circuito interno de televisão. Que fundamento legitima a coleta indiscriminada de imagens dos empregados? A que interesse do empregador servia o sistema de coleta de imagens na loja? Esse interesse era legítimo? Existe meio menos intrusivo de protegê-lo? Poderia a informação colhida por esse sistema ser usada pelo empregador para fins disciplinares se o circuito não tinha originariamente essa finalidade? Tinha o empregado ciência de que as imagens colhidas por esse meio seriam utilizadas com finalidades disciplinares? As imagens captadas pela câmara formam um imenso banco de dados e podem ser objeto de inúmeros tratamentos e associações com outros dados disponíveis no próprio acervo do empregador ou em outros bancos de dados, inclusive Internet. Essas questões, ao que parece, não foram debatidas no processo ou não foram consideradas relevantes para descrever e avaliar juridicamente o problema trazido para apreciação.

Outro exemplo envolve o exercício da fiscalização e o controle dos empregados ou do ambiente de trabalho e a coleta e o uso de informações por meio de sistemas eletrônicos

³⁷⁶ Trecho do acórdão regional transcrito pelo acórdão do TST, cf. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 517.2003.070.01.40.0, Rel. Horácio Senna Pires, 6.^a Turma, DJ 18/03/2009. Ver Anexo 2.

instalados pelo empregador. Como se verifica no acórdão do TST,³⁷⁷ o reclamante trabalhava em um ambiente integralmente monitorado por circuito interno de televisão, sendo as câmeras usadas para monitorar a segurança de um call center. Segundo o depoimento do preposto, os atendentes teriam acesso a informações sigilosas do usuário e do sistema e a vigilância seria também usada para impedir o furto de equipamentos da empresa e de outros empregados. A questão da gravação das conversas telefônicas no atendimento não foi trazida a debate, como pontua o juiz sentenciante, embora seja possível supor que esse recurso também tenha sido utilizado pelo empregador para fiscalização. No que tange à submissão à fiscalização permanente do circuito interno de televisão, o obreiro postula o pagamento de dano moral. Na fundamentação do acórdão, o Tribunal avalia a questão nos seguintes termos:

A controvérsia envolve o disposto no artigo 5.º, X, da Constituição Federal, ou seja, se o procedimento adotado pela reclamada, consistente na instalação de circuito fechado de TV no local de trabalho, visando a fiscalização, controle e segurança do trabalho e patrimonial, caracterizou dano moral ao empregado.

(...)

No caso, não há notícia de que tenha ocorrido excesso no ato da empresa de instalar as referidas câmeras, nem há qualquer remissão a lesão sofrida pelo reclamante, dado que a empresa instalou circuito fechado de TV com o fim de preservar o patrimônio, não tendo se verificado qualquer irregularidade na atuação da empresa, sendo impossível conferir ao empregado o dano moral, por se tratar tão-somente do exercício atinente à administração do negócio.

Faz-se essa digressão apenas com o fim de demonstrar que a prática, longe de ferir a dignidade e a intimidade da pessoa, é necessária e vem tradicionalmente sendo utilizada em diversos ambientes profissionais e comerciais, como shoppings e aeroportos e, também, em repartições públicas como os Tribunais, com o fim de proteger o patrimônio da repartição ou mesmo garantir a segurança dos empregados.

De um modo ou de outro, deve estar demonstrado o abuso quanto ao exercício regular de um direito, não havendo como se caracterizar dano

³⁷⁷ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 277000.32.2006.5.09.0673, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, 6.ª Turma, DJ 16/02/2011. Ver Anexo 2.

moral sem que estejam demonstrados os requisitos contidos no artigo 186 do Código Civil, in verbis:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

E, no caso, não se pode ter como caracterizado o dano moral, porque inexistente ato ilícito ou abuso de direito do empregador, eis que não se trata de adentrar em ambiente fora do trabalho, como banheiros e copa, e sim em local onde a supervisão é inerente à figura da empresa.

Vê-se que o acórdão sustenta ser lícita a fiscalização exercida pelo empregador por meio de câmeras de circuito fechado de televisão, salvo quando se trata de ambientes considerados fora do processo produtivo, como área de alimentação (copa) e sanitários.

Da fundamentação constante do acórdão citado infere-se que o meio de controle escolhido – videovigilância – e suas implicações para os direitos da personalidade do empregado não foram objeto expresso da argumentação desenvolvida. Não se considerou o fato de que o controle contínuo e permanente de alguém que desempenha um trabalho é comprovadamente um fator de stress físico e psíquico e principalmente não se examinou o problema no que concerne à obtenção e ao uso das informações relativas ao empregado. Da argumentação fica a impressão de que o empregador seria livre para eleger meios e métodos, independentemente do potencial intrusivo deles aos direitos da personalidade do empregado. Tudo indica não haver uma percepção da intrusividade do meio em si mesmo e dos riscos que ele carrega – o que provavelmente descarta a necessidade de exame exaustivo da justificativa para seu uso na argumentação apresentada. Também não se examina se as informações colhidas por esse meio eletrônico são realmente necessárias para a proteção do interesse do empregador, lembrando que há indicação de que outros meios de fiscalização eram concomitantemente utilizados, como as gravações telefônicas. É importante salientar que a tutela, se tivesse sido reconhecida pelo acórdão, se circunscreveria ao pagamento de dano moral.

Na doutrina pátria, há um claro esforço³⁷⁸ em construir os limites da parêntese conceitual “subordinação do empregado – poder de direção do empregador” com base na concepção dos fundamentos do segundo. A investigação nela baseada busca compreender o alcance de ambos e, com isso, fixar as fronteiras e os limites de um e de outro. O fundamento é o ponto a partir do qual o poder diretivo é exercido. Esse “a partir do qual” já oferece indicações de limites.

Se passarmos em revista os principais trabalhos que foram produzidos sobre o direito à intimidade e à vida privada do empregado,³⁷⁹ veremos que, em regra, eles transitam pelas diversas teorias propostas para explicar o fundamento do poder de direção do empregador e tomam posição sobre qual adotam para abordar o problema.

Mas o que significa perguntar pelo fundamento do poder de direção? Ou seja, que problema se pretende revelar com essa pergunta? Mauricio Godinho Delgado entende que o estudo do fundamento “*concerne à pesquisa acerca do fato jurídico que responde pela origem desse fenômeno ou instituto e que lhe confere validade no campo do Direito*”.³⁸⁰ Contudo, a resposta a essa pergunta parece ter também outras implicações. Como aponta Rui Assis, o modo como se concebe o poder de direção ultrapassa a mera descrição de um fenômeno, já que produz reflexo prático no modo como se pensa o próprio modelo de relações laborais.³⁸¹

³⁷⁸ Barakat destaca a importância da caracterização da natureza jurídica do poder de direção para esse fim. Cf. BARACAT, Eduardo Milléo. Poder de direção do empregador: fundamentos, natureza jurídica e manifestações. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32. Também Simón entende que é necessário identificar o fundamento do poder de direção para compreender o exato alcance da subordinação e conclui pela preponderância da propriedade, privilegiando a teoria da propriedade privada. cf. SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 109.

³⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009; SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

³⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 598. No mesmo sentido, Assis sustenta que o que nela está em jogo é “a procura da ‘razão jurídica explicativa’ da atribuição de tal poder”. Cf. ASSIS, Rui. *O poder de direção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 110.

³⁸¹ ASSIS, Rui. *O poder de direção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 110. As citações do parágrafo são todas dessa página.

A doutrina oferece três principais caminhos para explicar a origem e a validade do poder de direção: a propriedade privada, o institucionalismo e as teorias contratualistas.³⁸² As teorias serão referidas aqui exclusivamente com o sentido de chamar a atenção sobre a apropriação de certos aspectos nas soluções apresentadas para a tutela da informação relativa ao empregado no Direito brasileiro.

A *teoria da propriedade privada*, considerada provavelmente a mais antiga de todas, concebe o poder diretivo como fundado nas prerrogativas unilaterais deferidas pelo estatuto da propriedade a seu titular.³⁸³ Essa vertente, que é informada como não contratualista, parece muito semelhante ao que Assis descreve como sendo um contratualismo em sentido liberal, primeira expressão da vertente contratualista:

Os poderes unilaterais do empregador se ancoravam no próprio contrato, através do princípio da autonomia da vontade, contrato tido como naturalmente justo e donde se retirava a legitimidade do próprio direito de propriedade do empresário, considerado até numa perspectiva mais ampla, quase fazendo lembrar figuras próximas da já extinta servidão, no sentido de atribuir ao empregador uma certa propriedade relativamente ao trabalho dos operários.³⁸⁴

Alice Monteiro de Barros,³⁸⁵ Bruno Kewicki³⁸⁶ e Sandra Lia Simón, ao tratarem do conflito entre direito à intimidade e vida privada do empregado e o poder de direção do

³⁸² Simón identifica três principais teorias que explicariam o poder de direção do empregador: a teoria do contrato, a da instituição e a da propriedade privada, Cf. SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 109-112. Na percepção de Delgado, o rol deve contemplar ainda a corrente publicística, que na verdade tem forte parentesco teórico com a vertente institucionalista. Cf. DELGADO, op. cit., p. 598 e 601-602.

³⁸³ Delgado sustenta que um dos problemas nevrálgicos dessa vertente teórica é que, pela sua unilateralidade e pela redução que faz, ela não instrumentaliza o operador para distinguir as relações servis e escravagistas da relação empregatícia – esta última baseada no pressuposto da liberdade. Outro problema é: se o poder de direção é prerrogativa unilateral do proprietário, então como assimilar a ele as estruturas de participação da representação coletiva dos empregados? Por fim, salienta o autor que, contemporaneamente, propriedade e controle nem sempre coincidem: como explicar, então, o poder de direção quando não há propriedade? Cf. Id. Ibid., p. 599-600.

³⁸⁴ ASSIS, Rui. *O poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 114.

³⁸⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 39.

³⁸⁶ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 190.

empregador, fundam este último no direito de propriedade. Simón,³⁸⁷ por exemplo, ao refletir sobre o fundamento do poder de direção, conclui pela preponderância da propriedade, privilegiando essa teoria para dar suporte a limites que devam ser traçados a partir da colisão de direitos – direito de propriedade do empregador *versus* direito à intimidade e à vida privada do empregado. Propõe ainda que se considere como baliza na solução desse conflito o princípio da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que as soluções propostas por Simón não dispensam a percepção do contrato como referência para estabelecer limites ao poder de direção do empregador. Com efeito, ela considera que o empregador “*deverá limitar-se a tomar informações relacionadas às atividades profissionais que o candidato desempenhará se contratado, para aferir as suas aptidões*”.³⁸⁸ Esse aspecto – a atividade profissional contratada ou a função – só se constitui a partir do contrato. A invocação de uma referência contratual como parâmetro limitativo, ainda que a propriedade seja eleita como fundamento explicativo do poder diretivo, representa um sinal de que provavelmente esse fundamento não dá conta de explicar integralmente o fenômeno em questão.

Quando em jogo a proteção da informação relativa ao empregado, a perspectiva da propriedade privada como fundamento do poder de direção parece ser particularmente problemática. Isso porque não é possível tratar adequadamente dos dilemas atinentes à informação de uma forma geral e da informação relativa ao empregado em particular com supedâneo exclusivamente do estatuto de propriedade. De fato, nas situações que envolvem a coleta e o tratamento da informação, a propriedade comparece, em regra, apenas como meio ou suporte material. Esse é um aspecto especialmente relevante em um mundo marcado pelas tecnologias digitais, no qual a informação não só pode facilmente ser desconectada de seu suporte material – o fenômeno da desmaterialização da informação³⁸⁹ – como igualmente pode ser produzida de fragmentos aparentemente despidos de significado.

³⁸⁷ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 109, 111 e 128.

³⁸⁸ Id. Ibid., p. 130.

³⁸⁹ Ver item 1. do Capítulo II.

O *institucionalismo* é a vertente que concebe a empresa como um “organismo econômico-social em que se desenvolvem as relações de trabalho”³⁹⁰ – uma instituição, portanto. Para essa vertente, o poder de direção é exercido a partir do “interesse social da empresa”, que exigiria uma organização profissional do trabalho realizado pelos empregados. O fundamento do poder de direção do empregador estaria no reconhecimento de que existe uma comunidade de interesses em torno da empresa.

Mesquita, principal representante desse pensamento entre nós, não nega o fundamento contratual do poder de direção (poder hierárquico, na expressão do autor). Mas sustenta que ele coexiste com o derivado da instituição, eis que a atividade humana laboral do empregado é “*prestada e fornecida como colaboração*”.³⁹¹

Segundo Assis, as primeiras teses institucionalistas surgiram em reação ao entendimento contratual formulado pela perspectiva liberalista contratual e se localizam historicamente no início do século XX. Já nos seus primórdios elas encarnaram “*a recusa da aptidão dos mecanismos civis comuns, à luz dos quais o poder de direção do empregador seria equacionado apenas na perspectiva deste enquanto credor obrigacional*”. E, na sua gênese acentuariam a falência dos quadros civis para explicar não só a relação de emprego, mas também os poderes do empregador a ela associados. Os institucionalistas veem como fictícia a explicação contratual dos poderes do empregador, já que ela não considera a substancial desigualdade no posicionamento dos sujeitos contratuais.³⁹²

As teorias institucionalistas apoiam-se, em regra, na ideia de que o trabalhador se vincula pessoalmente e a relação de trabalho se assenta essencialmente na concepção unitária de finalidade da empresa. Ao fazê-lo, amortecem o choque de interesses entre empregado e empregador e tratam a relação jurídica e seu suporte fático desconsiderando

³⁹⁰ MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 65 (edição fac-similada por São Paulo: LTr, 1991, com introdução do autor e comentários de atualização).

³⁹¹ Id. Ibid., p. 63-64. O itálico é destaque do autor.

³⁹² ASSIS, Rui. *O poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 114-116.

qualquer sentido político ou de conflito. Além do que, não oferecem explicação satisfatória para situações em que a organização do empregador é precária ou insipiente.³⁹³

Por outro lado, para a integral compreensão do poder diretivo é inegável que o fator organizativo não seja totalmente ignorado. E, nesse sentido, deve ser creditada às teorias institucionalistas a valorização desse aspecto.

As novas *teorias contratuálistas* fundamentam poder diretivo do empregador no próprio contrato de trabalho. Nessas concepções o exame do poder de direção é feito com base no contrato de trabalho, que não guarda uma correspondência simétrica com o quadro de referência dos contratos civis comuns.

Assis observa que essas teorias evitam, de um lado, fundamentar o poder de direção a partir da organização empresarial externa ao próprio contrato de trabalho e, de outro, afastam-se do entendimento baseado na ideia liberal de autonomia da vontade. Para essas vertentes, o contrato de trabalho simultaneamente fundamenta e legitima o poder diretivo e marca a fronteira dentro da qual ele pode legitimamente ser exercido.³⁹⁴

As vertentes contratuálistas encontram várias formulações, entre as quais se inclui a denominada “fundamentação estrutural ou funcional”,³⁹⁵ que vê na subordinação jurídica, constituída a partir do contrato de trabalho, a fundamentação do poder diretivo. Outra formulação é a que reconhece que o contrato de trabalho inscreve o campo de aplicação das normas legais (públicas e imperativas) e convencionais que dariam estrutura à relação e atribuiriam poderes ao empregador.³⁹⁶

³⁹³ Nesse sentido, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 600-601; e ASSIS, op. cit., p. 123-124. Visão semelhante, isto é, a que nega a natureza conflituosa dos interesses que subjazem às obrigações trabalhistas, pode ver encontrada no modo como se confere tratamento jurídico a obrigações ou institutos do Direito do Trabalho. Para um exemplo de como o institucionalismo pode comparecer na apreciação das obrigações principais do contrato de trabalho, ver SANDEN. O contrato e o sutiã. *Revista LTr* 72-04/403-412, p. 407.

³⁹⁴ ASSIS, Rui. *O Poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 125-126.

³⁹⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 319

³⁹⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 327

Segundo Delgado, entre os juslaboristas brasileiros predomina a vertente teórica contratualista.³⁹⁷ O mesmo autor, em estudo monográfico sobre o poder diretivo, alerta para o fato de que essa concepção se revela extremamente insatisfatória como modelo explicativo dos poderes do empregador quando circunscrita ao “*modelo civilista rígido e inflexível de contrato bilateral entre sujeitos individuais*” e afirma que esse modelo é “*ainda bastante influente na teoria justrabalhista*”.³⁹⁸

Ainda que se reconheça a importância da estrutura contratual como referência prevalente e decisiva para conferir existência e validade ao fenômeno do poder de direção do empregador, é inegável que, para o exame do problema aqui proposto, não é indiferente a organização da empresa nem a própria realidade econômica subjacente à relação contratual.³⁹⁹ Quanto a esse aspecto, leciona Amadeu Guerra:

Este poder de direcção e de organização da actividade no posto de trabalho (quer no âmbito de uma empresa quer na Administração) dá-lhe, em abstrato, o direito de estruturar o seu sistema de informação para poder responder, com eficácia e rapidez, às múltiplas necessidades que se lhe deparam no exercício de sua actividade. Em termos de protecção de dados podemos aqui deixar uma consideração geral, a que voltaremos mais tarde, e que caracteriza o “princípio da necessidade”. Quer dizer, o tratamento pode apresentar-se como “legítimo” se se revelar necessário ao exercício da actividade económica do respectivo responsável.⁴⁰⁰

Eduardo Milléo Baracat defende que o poder de organização do empregador é anterior ao contrato, mas o poder de direção do empregador face ao empregado só passa a existir verdadeiramente a partir do contrato de trabalho.⁴⁰¹

De fato, não se pode ignorar que as escolhas que são feitas pelo empregador para organizar como a informação será obtida e a que tratamentos será submetida no ambiente de trabalho ou no processo produtivo têm importantes repercussões no que tange ao

³⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 602.

³⁹⁸ Id., *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996, p. 201.

³⁹⁹ Sobre as implicações da própria organização do empregador como expressão de exercício do poder diretivo e sobre as dificuldades de albergá-la nas teorias contratualistas, ver ASSIS, op. cit., p. 125.

⁴⁰⁰ GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 23.

⁴⁰¹ BARACAT, Eduardo Milléo. Poder de direção do empregador: fundamentos, natureza jurídica e manifestações. In: _____ (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32.

problema aqui estudado. Uma delas está no fato de que, em ambiente de processamento automático da informação, não é possível separar as informações relativas ao processo produtivo das que podem ser relacionadas ao empregado individual ou coletivamente.⁴⁰² Outro aspecto talvez menos óbvio é que as escolhas organizatórias certamente embutem percepções que o empregador tem da força de trabalho como um todo, sendo o “sistema” utilizado para captar esses “sinais” e nortear escolhas empresariais a serem aplicadas a indivíduos ou a grupos de indivíduos pertencentes à organização.

Podemos concluir com Rui Assis, para quem a compreensão dos poderes do empregador no contexto laboral envolve reconhecer, de um lado, sua polimorfia e, de outro, a prevalência da estrutura contratual:

(...)

O poder de direcção aparece, desde logo, como a expressão da própria liberdade de empresa, relacionando-se assim com o quadro mais geral do modelo económico constitucionalmente consagrado; mas o perfil do poder de direcção surge igualmente determinado, numa outra perspectiva, pelo próprio sistema ou modelo de relações laborais, também constitucionalmente definido e entendido como sistema delimitador de espaços recíprocos de poder entre trabalhadores e empresários; por outro lado, o poder de direcção pode também ser considerado no plano da estrutura contratual do contrato de trabalho; assim como o pode ser – aqui num plano já não propriamente jurídico – na perspectiva da relação do poder de direcção com a organização de facto da empresa.⁴⁰³

Por outro lado é fundamental ter em conta que o argumento organizativo pode consubstanciar o quadro explicativo da subordinação jurídica do trabalhador, mas não poderá traduzir-se em justificação continuada de todos os atos do empregador, sob pena de recordar concepções comunitárias hoje ultrapassadas. Do ponto de vista jurídico, o fundamento da posição subordinada do trabalhador não pode radicar senão no contrato de trabalho, por mais que este deva recolher e regular, em conformidade com o enquadramento legal, razões e aspectos de natureza económica e organizativa.⁴⁰⁴

⁴⁰² Cf. item 2. do Capítulo II, que trata do conceito de dados pessoais.

⁴⁰³ ASSIS, Rui. *O Poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 14.

⁴⁰⁴ ASSIS, Rui. *O Poder de Direcção do Empregador: Configuração Geral e Problemas Actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 47-48.

A breve incursão pelas teorias que explicam o fundamento do poder diretivo visou identificar, com alguns exemplos, que tipo de quadro de referência está sendo considerado na atualidade para a construção dos limites à “sede de saber” do empregador quanto às informações relativas ao empregado.

Os autores que mais de perto se ocuparam da questão dos limites da obtenção e do uso pelo empregador da informação relativa ao empregado advogam a ideia de que o problema reside no conflito entre o poder diretivo e os direitos da personalidade do empregado. Para a maioria, o fundamento do poder de direção do empregador reside primordialmente no direito de propriedade do empregador.⁴⁰⁵ Os exemplos baseados nos precedentes encontrados nos tribunais trabalhistas nos mostram que o direito de propriedade é neles igualmente prevalentemente invocado para armar um dos lados do cenário no qual o conflito se realiza. O outro lado é ocupado pelos direitos da personalidade do empregado. Ambos, isto é, o direito de propriedade e os direitos da personalidade, têm inegável expressão nos direitos fundamentais protegidos pela nossa Constituição.⁴⁰⁶ Os direitos da personalidade encontram tanto proteção constitucional voltada para aspectos específicos, como exemplificativamente na intimidade, na vida privada e na imagem (art. 5.º, inciso X, da CF), quanto uma proteção genérica na cláusula geral de tutela da personalidade, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CF).⁴⁰⁷ A propriedade tem proteção constitucional condicionada a que seja exercida atendendo à sua função social (art. 5.º, incisos XXII e XXIII, da CF).

⁴⁰⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 39; LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 190; SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 109, 111 e 128.

⁴⁰⁶ Os direitos da personalidade encontram tanto proteção a aspectos específicos, como exemplificativamente na intimidade, na vida privada e na imagem (art. 5.º, inciso X), quanto proteção genérica na “cláusula geral de tutela da personalidade”, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CF).

⁴⁰⁷ Sobre os principais problemas dos direitos da personalidade na atualidade, inclusive com referências de direito comparado, ver MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-23.

Da forma como posto na doutrina e nos precedentes encontrados, o problema da proteção da informação relativa ao empregado obtida ou usada pelo empregador deve ser localizado no campo da colisão de direitos fundamentais.

2.2. Colisão de direitos fundamentais, ponderação de interesses e critérios

É certo que a inserção do empregado no processo produtivo alheio não lhe retira os direitos de cidadania e da personalidade.⁴⁰⁸ Esses direitos têm ancora direta na Constituição. A questão está em saber por que caminhos eles são afirmados e que limites podem sofrer nas relações trabalhistas. Os direitos fundamentais – originariamente concebidos “*como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os particulares*”⁴⁰⁹ – produzem efeitos entre os particulares?

Como os principais trabalhos doutrinários juslaborais indicam que a solução do problema aqui estudado se realiza exatamente no campo da colisão de direitos fundamentais, admitir os efeitos horizontais⁴¹⁰ dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas é condição prévia para tratar de sua colisão.

A prática dos tribunais trabalhistas parece confirmar a tese dos efeitos horizontais diretos dos direitos fundamentais na relação entre empregado e empregador. De fato, nos precedentes⁴¹¹ encontrados na pesquisa realizada no Tribunal Superior do Trabalho debate-se muito frequentemente a aplicação direta de normas constitucionais, sem que haja uma

⁴⁰⁸ Vários autores salientam esse ponto, entre os quais BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 39.

⁴⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais na relação entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18.

⁴¹⁰ São complexos os debates que existem na doutrina sobre os efeitos horizontais dos direitos fundamentais e diversos os modelos propostos para equacionar esse problema e indicar as hipóteses em que haveria incidência direta ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais na relação entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴¹¹ Cf. Anexo 2.

referência normativa intermediária, por exemplo, por meio das estruturas contratuais ou pela invocação de algum dispositivo legal ou cláusula geral enunciada na legislação infraconstitucional.⁴¹² Isso permite afirmar que os efeitos horizontais diretos dos direitos fundamentais têm sido reconhecidos, pelo menos no que se refere a algumas situações ligadas ao tema aqui investigado.

O fato de a solução do problema dos limites do poder diretivo estar sendo formulada em termos de colisão de direitos sediados na Constituição já nos diz algo sobre os pressupostos sobre os quais ela está assentada. Um deles refere-se ao modo pelo qual os direitos fundamentais estão sendo concebidos e o outro refere-se à estrutura da solução.

Primeiro, uma colisão de direitos fundamentais que leve à necessidade de ponderação pressupõe que os direitos fundamentais sejam entendidos como mandamentos de otimização e que não sejam tidos em si mesmos como ilimitados,⁴¹³ isto é, sejam concebidos como princípios. Como explica Silva, a ponderação não faz nenhum sentido para o conflito de normas jurídicas que têm a estrutura de uma regra, uma vez que, nesse caso, ele é resolvido com base no raciocínio do “*tudo ou nada*”. As regras, se válidas, devem ser integralmente realizadas, os princípios “*exigem que algo seja realizado na maior medida possível*”, considerando as “*possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto*”. De acordo com o autor, a colisão de princípios pode significar a realização de um ou mais deles de forma parcial ou total no caso concreto.⁴¹⁴ Embora não existam

⁴¹² Silva denomina essa visão de “constitucionalismo total”. Cf. SILVA, op. cit., p. 114-115, p. 124-125. Barroso e Barcellos pontuam que a interpretação constitucional que vingou antes da Constituição de 1988 foi marcada pelo desrespeito à legalidade constitucional, sendo que a nova interpretação constitucional vem justamente a ela se contrapor. Cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 272 e 275.

⁴¹³ Como salienta Cabral, nesse âmbito o primeiro postulado é de que os direitos não são ilimitados. Cf. CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

⁴¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais na relação entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33-35, sendo que as expressões transcritas constam das p. 33-34.

princípios absolutos, isso não significa que não existam princípios que, em tese, tenham maior probabilidade de prevalecer, como o da inviolabilidade da dignidade humana.⁴¹⁵

Segundo, quanto à estrutura da solução ela pode ser qualificada como “aberta”, isto é, sem desfecho preestabelecido.⁴¹⁶ Na solução por ponderação não é possível estabelecer aprioristicamente o que irá prevalecer sem examinar, de um lado, os interesses que estão em conflito e, de outro, os princípios da Constituição que devem ser realizados de forma otimizada e que norteiam o intérprete na solução.

Contudo, como adverte Assis, não terá um ponto de partida neutro o equilíbrio a ser buscado no tratamento dos diferentes problemas concretos envolvendo o direito à vida privada e à intimidade do trabalhador e o exercício do poder diretivo que com ela colida. Nas relações de subordinação, “*o trabalhador acaba por ver aí também envolvida sua própria personalidade e sua própria autonomia, as quais perdem, em maior ou menor medida, a amplitude que conhecem fora do âmbito da relação laboral*”. Esse é um aspecto absolutamente central na própria evolução do Direito do Trabalho e constitui inclusive a principal justificativa para a criação de regras especiais e distintas do Direito Civil.⁴¹⁷

A racionalidade da argumentação na ponderação é estruturada na identificação e na exegese dos direitos fundamentais colidentes, de um lado, e na noção de interesses em conflito, de outro. Em relação a cada um desses aspectos estruturantes, há peculiaridades a serem consideradas quando o tema tratar dos limites à obtenção e ao uso da informação relativa à pessoa do trabalhador.

Em relação aos direitos fundamentais colidentes, em regra, nas situações envolvendo limites ao poder diretivo face aos direitos da personalidade do empregado, eles são identificados como sendo o direito de propriedade, de um lado, e a garantia de inviolabilidade da vida privada e da intimidade, de outro. Contudo, considerando a centralidade da informação nas relações sociais e produtivas e, principalmente, a proliferação de fontes públicas de acesso a informações pessoais, parece pertinente

⁴¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111-114.

⁴¹⁶ SILVA, op. cit., p. 35.

⁴¹⁷ ASSIS, Rui. *O poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 207-214, sendo que o trecho transcrito se encontra na p. 208.

interrogar se a colisão não envolveria outros direitos fundamentais, como o próprio direito à informação do empregador. Esse é uma questão que ainda não foi devidamente explorada.

Em relação ao interesse, nesse tipo de solução espera-se que os interesses em conflito sejam efetivamente considerados pelo aplicador para que ele possa “*verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar*” o estado ideal de coisas a ser atingido, isto é, a realização de determinada finalidade.⁴¹⁸

O conceito de interesse é muito mais amplo do que o de direito subjetivo. A personalidade humana pode estar presente numa situação digna de tutela, embora não formulável em termos de direito subjetivo. O interesse é utilizado para inscrever as posições conflitantes que são objeto de ponderação na colisão de direitos fundamentais, nas quais em última instância está em jogo determinado estado de coisas, e não a descrição de uma conduta determinada.

O interesse é caracterizado como uma vantagem e perpassa as diversas relações humanas. Três aspectos devem ser considerados na sua determinação: a vantagem, a relação de sua realização com determinado acontecimento ou eventualidade e o fato de ela estar relacionada a uma pessoa determinada. Na verdade, não é a vantagem em si, mas uma vantagem que parece estar na dependência da ocorrência de determinado acontecimento ou eventualidade. É, portanto, a vantagem, percebida nessa relação ou associação. A vantagem pode ser material ou ideal. Pode se tratar de uma vantagem que se queira adquirir ou manter. Cohnfeldt explica que o acontecimento ao qual se condiciona a vantagem deve ser entendido no sentido mais amplo possível: pode ser um fazer ou um não fazer, um ser ou um não ser; um acontecer ou um não acontecer; uma ação decorrente da vontade ou um fato da natureza. O acontecimento pode ter ocorrido ou ainda não ter ocorrido. Por último, o interesse é determinado pelo fato de estar relacionado a uma pessoa

⁴¹⁸ Ávila busca distinguir as regras dos princípios considerando suas relações com o comportamento descrito e com a finalidade pretendida. Nas regras, o comportamento estaria imediatamente descrito e a finalidade estaria mediamente contemplada. Elas instituem o dever de adotar determinado comportamento para realizar um estado de coisas. Já os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, embora isso não signifique a impossibilidade de pensá-las do ponto de vista do comportamento. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 71-73. Observe-se que o trecho transcrito no corpo do trabalho encontra-se na p. 71.

determinada. O que é do interesse de um pode não ser do interesse de outro. O que está verdadeiramente em jogo no interesse não é o fato de a vantagem ser efetivamente real, já que basta que ela seja hipotética.⁴¹⁹

Além da concretização da prestação do empregado, o empregador pode ter interesse em outros aspectos relativos à atividade desenvolvida pelo empregado. Um deles, por exemplo, é evitar a prática de atos que possam desaguar na sua responsabilidade. Alexander Raif⁴²⁰ noticia que na Alemanha estudos recentes indicam a prática de atos criminosos em cerca de 50% das empresas.

O empregador pode, destarte, estar interessado em evitar esses comportamentos por parte de seus empregados. Em relação a esse aspecto, as modernas tecnologias oferecem não só facilidades para se desincumbir desse desiderato, como também a possibilidade de uma esperteza bastante detalhada dos empregados. As facilidades descortinadas estão assim acopladas a uma grande invasão dos meios – o que implica forte potencial de conflito. Como proteger o empregado da intrusão dos meios empregados e, ao mesmo tempo, colocar na mão do empregador ferramentas eficazes para evitar a prática de ilícitos?

A ponderação é uma resposta que pressupõe um final sempre aberto. Se assim não fosse, não seria ponderação, ou seja, não se estaria considerando na situação concreta o legítimo interesse do empregador e o interesse digno de proteção do empregado. Nela não se pode antecipar a conclusão sem examinar as premissas.

Para que o interesse seja considerado nas operações relacionadas à ponderação, é necessário que ele seja efetivamente percebido como tal pelos envolvidos diretamente na situação de conflito e na sua solução. Nos precedentes judiciais encontrados, há situações que poderiam ter sido abordadas da perspectiva dos limites à obtenção e ao uso pelo empregador da informação relativa ao empregado, mas não o foram. A ausência dessa perspectiva pode prejudicar a adequada avaliação da posição do empregado e a avaliação de restrições a seus direitos da personalidade, mormente considerando os riscos das

⁴¹⁹ COHNFELDT, Richard. *Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht*: mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung. VIII. Leipzig: Tauchnitz, 1865, p. 56-57.

⁴²⁰ RAIF, Alexander. *Beschäftigungsdatenschutz*: Wird alles neu bei der Arbeitnehmerkontrolle? *ArbRAktuell*. Munique: Beck, 2010, p. 359.

tecnologias da informação. E não só isso. Também a avaliação jurídica da necessidade de informação do empregador e da legitimidade de seu interesse em obtê-la demanda uma abordagem mais abrangente no que diz respeito ao papel da informação no próprio processo produtivo. A falta dessa referência na argumentação retira da apreciação o elemento que talvez seja o mais valioso na atualidade – a informação; e o que ela pode significar no próprio processo produtivo e nas relações de poder instauradas na relação laboral.

Ao se referir à ponderação, Bruno Lewicki trata-a como um raciocínio que envolve valores e que não se rege por um raciocínio lógico-formal e, com base em Sarmento, entende que esse raciocínio se rege pelo “princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”. Esses são os critérios apresentados para a ponderação de interesses nas colisões de princípios em geral, e as observações seguintes são baseadas no trabalho do autor.⁴²¹

Quando o caso não é de colisão, isso pode ser aferido por dois caminhos: verificação da existência dos chamados limites imanentes dos direitos, que resultariam da especificidade do bem que visam proteger; e verificação dos limites que seriam internos ao próprio direito.

O autor refere a necessidade de o poder diretivo ser exercitado dentro dos limites do estrito cumprimento das obrigações contratuais do empregado. Não fica claro como esse critério integra o roteiro da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para desenvolver o raciocínio trifásico aplicando a proporcionalidade, Lewicki entende que é necessário antes estabelecer o peso genérico e o peso específico de cada um dos interesses. O peso genérico atribuído a cada interesse serviria de “indiciário” do peso específico que cada princípio vai assumir na ponderação. De acordo com o autor, é certo que, “na colisão entre o poder de direção e a privacidade”, deve-se ter em conta a

⁴²¹ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Sobre o raciocínio de regência e os princípios que regem a ponderação, p. 191-192; quanto ao roteiro a ser observado para verificar se o caso é ou não de colisão, p. 193-195; para o raciocínio trifásico aplicando a proporcionalidade, p. 199-201; quanto ao exame da necessidade ou da exigibilidade, p. 202-205; para critérios na determinação do ônus e dos benefícios, p. 209.

“inequívoca superioridade atribuída pelo constituinte às situações existenciais sobre as meramente patrimoniais”.

Depois de estabelecido o peso genérico e o peso específico, o intérprete passaria à ponderação propriamente dita, que envolveria as seguintes operações:

1) Exame da adequação da medida: a medida estaria apta para alcançar os fins a que se propõe considerando-se o regular exercício do poder diretivo para o desenvolvimento da atividade pactuada?

2) Exame da necessidade ou exigibilidade: a constrição é a menor possível? Nessa etapa, o autor parece considerar a finalidade e a atividade concreta como parâmetros e propõe critérios para determinar a extensão dos ônus e dos benefícios.

Observa-se, contudo, que a ponderação realizada nos precedentes judiciais não parece obedecer a esse roteiro proposto pelo autor.

3. Proteção da informação nas tratativas pré-contratuais, no curso do contrato e no pós-contrato

No item precedente foram sumariamente apresentados os alicerces doutrinários sobre como são dogmaticamente estruturados os limites impostos ao empregador no exercício do poder diretivo e como é concebido o conflito entre os interesses do empregado (principalmente os protegidos pelos direitos da personalidade) e os interesses do empregador no exercício do poder de direção. Com esses elementos, nos voltaremos para os aspectos mais diretamente relacionados à proteção da informação pessoal do empregado para elaborarmos um quadro geral.

Se considerarmos o desdobrar natural da relação de emprego, teremos de incluir um momento que lhe é anterior – o de seleção. Esse momento que antecede a celebração de um contrato de trabalho é, contudo, normalmente carregado de intensa atividade em busca de informação relativa ao candidato. Existem várias práticas no setor privado, sendo as mais comuns os formulários (muitas vezes em portais on-line), as entrevistas, os testes e as

pesquisas com terceiros ou na Internet por meio de algum recurso de busca, sendo um dos mais populares o Google. No setor público, a seleção é feita por concursos públicos.

Muitas vezes essa etapa é realizada por representantes dos empregadores ou por pessoas ou empresas que agem em seu interesse (empresas de colocação, *headhunters* etc.). A informação é obtida tanto diretamente do candidato, mediante aplicação de questionários, apresentação de currículos, entrevistas, quanto com terceiros, como empregadores anteriores, certidões negativas ou informações fornecidas por órgãos públicos ou bancos de dados e testes.

Estratégia recente é o recrutamento via Facebook.⁴²² O candidato, que talvez nem se perceba como tal, pode, sem sair da rede social e enquanto interage com os demais integrantes da rede, clicar em *links* disponibilizados na plataforma e ser transferido automaticamente para o sítio da companhia interessada no engajamento. Até sítios de compras coletivas estão montando páginas específicas que permitem a captação via Facebook para fins de recrutamento. Nesse modelo de negócios não fica claro se e até que ponto as informações compartilhadas na rede são ou podem ser utilizadas no processo de seleção do candidato.

Outra prática comum é o cadastramento dos interessados em sítios das companhias na procura de vagas. A obtenção da informação é feita diretamente do candidato. Há notícia de que esses cadastros recebem até 420 mil currículos por ano. De acordo com declarações dos responsáveis pelos sítios de recrutamento, em razão da quantidade de candidatos, a primeira “peneira” da seleção é necessariamente eletrônica e consiste no cruzamento automático de informações. Ao que consta, o departamento de recursos humanos da empresa interessada alimenta o software do banco de dados com o perfil que pretende e o aplicativo se encarrega de filtrar os currículos adequados. Na imprensa não há informação sobre as regras dessa peneira, se há, por exemplo, critérios que o próprio sistema não admite e se os candidatos são instruídos sobre tal procedimento.⁴²³

⁴²² Essas informações estão em reportagem publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*. SCHELLER, Fernando. Empresas agora caçam talentos no Facebook. *Negócios, Carreiras*. São Paulo: 28 abr. 2012, p. B23.

⁴²³ Notícia extraída de: SCHELLER, Fernando. Grandes empresas recebem mais de mil currículos ao dia. *O Estado de S. Paulo - Caderno Economia & Negócios*. São Paulo: 18 ago. 2011, p. B1.

A execução do contrato de trabalho dá igualmente azo à obtenção e ao uso de informação relativa ao empregado. Na era virtual, as velhas questões afetas ao controle do empregador sobre a quantidade e a qualidade do trabalho prestado pelo empregado subsistem intocadas. As formas de controle, contudo, como já aqui destacado, não são as mesmas. Se antes tínhamos fiscalização e vigilância realizadas de fora do processo produtivo, através de pessoas ou de equipamentos periféricos, hoje temos sua realização a ele integrada. Nessa nova apresentação, o controle é feito de forma contínua e total, não diferenciando entre o processo produtivo e as pessoas nele envolvidas. A informação pode ser explorada em contextos variados por combinações livres para atender a diversas necessidades e propósitos do empregador, podendo a seu talante fazer parte do processo decisório.

As informações obtidas ficam registradas nos sistemas do empregador. Assim, a informação relativa ao empregado obtida e mantida pelo empregador pode ser utilizada mesmo depois da extinção do contrato de trabalho, para cumprimento de obrigações legais do empregador (por exemplo, atender a deveres de informação junto à Administração) ou mesmo para atender a seus interesses (por exemplo, servir de prova em processos judiciais ou em procedimentos administrativos). O acervo de informações pode também ser útil para recuperar informações de interesse do próprio empregado. Na arquitetura da proteção de dados pessoais proposta nas normas internacionais citadas no Capítulo II, esses usos são qualificados como atos de processamento e são compreendidos na órbita de proteção.

Os aspectos anteriormente mencionados estão relacionados de forma mais direta com o problema dos limites para a obtenção e o uso da informação. Se tomarmos como referência o “tripé” de questões proposto pelas normas internacionais de proteção de dados pessoais, além desses limites, teríamos de acrescentar a averiguação sobre as obrigações atribuídas aos responsáveis pelo acervo de informações relativas ao candidato ou ao empregado, assim como os direitos daqueles a quem as informações se referem.

3.1. Limites à obtenção e ao uso da informação relativa ao candidato ou ao empregado

3.1.1. *Quadro normativo*

No Brasil não há regras expressas que estabeleçam apriorística e genericamente os procedimentos de seleção para o setor privado. Mas existem regras desenhadas para serem aplicadas a certos aspectos pontuais relacionados ao contrato de trabalho ou à atividade que antecede sua formalização. Elas podem ser indicativas ou de autorização para a coleta e o processamento de determinada informação ou de um parâmetro limitatório para sua obtenção ou uso.

Um dos aspectos para o quais elas existem é o que diz respeito aos exames médicos admissionais. A lei exige que eles sejam feitos, obriga o empregador contratante a pagá-los e determina que seu resultado seja comunicado ao empregado – art. 168, inciso I e § 5.º, da CLT. Esses exames, que compreendem avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental e exames complementares, devem ser realizados de acordo com os termos especificados na NR-07.⁴²⁴ Essas regras autorizam a coleta da informação médica do candidato, sendo que vedam peremptoriamente o acesso do empregador a ela, salvo quanto à conclusão do médico sobre a aptidão ou não do empregado para exercer a função proposta.⁴²⁵

Outro aspecto para o qual existem regras envolve algumas condutas ou métodos, cuja prática ou utilização foram vedadas pelo legislador. Entre elas estão as previstas na Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Nela há tipificação de condutas na esfera privada, assim como na pública,

⁴²⁴ Cf. NR-07, item 7.4.2.

⁴²⁵ Curiosamente, os processos trabalhistas veiculam informações médicas relativas ao empregado com muita prodigalidade, sem nenhum cuidado especial. Se elas forem objeto de debate no processo, estiverem referidas nas razões de decidir e o processo não estiver correndo em segredo de justiça, estarão disponíveis para consulta pública e poderão ser acessadas por qualquer um, com alguns “cliques”, via Internet. Como o nome e outros identificadores da pessoa não estão protegidos na publicação, é possível saber exatamente a quem elas se referem.

que são qualificadas como crimes e envolvem práticas que se inscrevem na órbita das relações de trabalho, como “*negar ou obstar emprego em empresa privada*” por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, como se vê no art. 4.º da referida lei.

Podemos citar igualmente as vedações previstas na Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995, que “proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”. A lei estabelece uma espécie de cláusula geral antidiscriminação (art. 1.º da Lei n.º 9.029/95), assim como criminaliza algumas condutas (art. 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.029/95), entre as quais está aquela que exige “*teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou ao estado de gravidez*”.

Os procedimentos de seleção devem ainda observar as proibições trazidas pela Lei n.º 9.799, de 26 de maio de 1999, que altera, entre outros, o art. 373-A da CLT. As vedações⁴²⁶ nela estabelecidas podem ser interpretadas como limites à coleta e ao uso de informações nas atividades que precedem a contratação. O dispositivo faz referência especificamente a elas, eis que entre as condutas reguladas estão algumas próprias da praxe de recrutamento, como “*publicação de anúncio de emprego*”, “*recusar emprego*” e “*impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas*”.⁴²⁷ A proibição de publicação de

⁴²⁶ As vedações foram introduzidas no capítulo da CLT que trata da proteção do trabalho da mulher. Sua redação e localização são muito criticadas, e sustenta-se que deva ser interpretado ampliativamente em adequação ao princípio da isonomia, cf. MALLETT, Estevão. *Direitos da personalidade e direito do trabalho*. In: Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, ano I, n.º 1, Porto Alegre: Livraria e Editora Magister Ltda., jul./ago. 2004, p. 12-27, p. 19.

⁴²⁷ “Art. 373A. *Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:*

I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de

anúncio de emprego com referência a sexo, idade, cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade assim o exigir, sinaliza que o empregador (ou quem faz suas vezes nos procedimentos de seleção) não só está desautorizado a perquirir o candidato sobre essa informação como também não deve considerá-la em seu processo decisório.

Já para o setor público, nosso ordenamento jurídico fixa alguns parâmetros específicos para o recrutamento de empregados. Com efeito, a diretriz maior está posta no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que determina que a investidura em emprego público se faça por meio de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com o tipo e a complexidade do emprego.

Existe, além disso, legislação infraconstitucional na esfera federal que regula tanto o processo de seleção dos servidores públicos⁴²⁸ (Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990) quanto disciplina o regime do emprego público na administração federal direta, autárquica e fundacional (Lei n.º 9.962, de 22 de fevereiro de 2000). Todas essas regras estabelecem expressamente o meio pelo qual o recrutamento pode ser realizado – concurso público de provas ou de provas e títulos –, devendo a escolha de um ou outro meio estar em consonância com a natureza e a complexidade do emprego para o qual se recruta.

No que tange aos empregados públicos, as regras acima mencionadas têm pelo menos três implicações do ponto de vista da obtenção e do uso da informação pelos meios autorizados pelo ordenamento. Primeiro, que a seleção por outros meios que não os previstos na norma está claramente desautorizada pelo ordenamento. Segundo, que as informações relativas ao candidato colhidas na realização do concurso podem e devem ser

remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.”

⁴²⁸ Os servidores públicos podem ser regidos pelo chamado regime administrativo e nesse caso “não formam vínculo contratual privatístico com os entes estatais a que servem – mas vínculo de natureza pública”, cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 299. O itálico é destaque do autor.

utilizadas na avaliação do candidato e na tomada de decisão pela Administração. Terceiro, que a escolha entre “concurso público de provas” e “concurso público de provas e títulos” deve ter uma relação de proporcionalidade com a natureza e a complexidade do emprego para o qual concretamente se recruta.

Contudo, essas regras não oferecem orientação expressa sobre que outras informações a Administração está autorizada a exigir dos candidatos que está a selecionar.⁴²⁹ Sobre a exigência de realização de exame psicotécnico, o STF fixou o entendimento na Súmula n.º 686, de que ele só pode ser exigido de candidato a cargo público se isso for determinado por lei.⁴³⁰ No TST há igualmente precedentes não admitindo a exigência de submissão a exames psicotécnicos e físicos, na ausência de lei que assim determine.⁴³¹

Quanto à obtenção e ao uso da informação relativa ao empregado no curso do contrato, os principais lineamentos do quadro normativo já foram apresentados no item 7. do Capítulo III, assim como no item 2. do Capítulo IV. Em linhas gerais, não existem regras específicas estabelecendo *a priori* restrições quanto aos meios e estabelecendo condições para o exercício da fiscalização e do controle sobre os empregados.

A legislação obriga alguns setores ou alguns espaços de circulação pública a instalar sistemas de segurança, como no caso dos estabelecimentos financeiros, mas não se

⁴²⁹ A aptidão física e mental é requisito básico para a investidura no cargo público no regime administrativo instituído pela Lei n.º 8.112/90 (cf. inciso VI do art. 5.º).

⁴³⁰ Súmula 686 do STF: “*Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público*”.

⁴³¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 436-55.2010.5.22.0103, Rel. Emmanoel Pereira, 5.ª Turma, DJ 09/11/11. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=118785&ano_int=2011&qtd_acesso=3715455&novportal=>>. Acesso em: 17 fev. 2012. Emendado nos seguintes termos: *RECURSO DE REVISTA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO. NECESSIDADE DE EXAME FÍSICO E PSICOTÉCNICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.*

*O concurso público de provas ou de provas e títulos é fator denotador da exigência da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, sendo requisito indispensável para a investidura em cargo ou emprego público. O art. 37, I e II, da Constituição Federal, por sua vez, remete à legislação específica a possibilidade de imposição de requisitos para o acesso a cargo ou emprego público. Extrai-se que a pretensão do constituinte foi assegurar a igualdade entre os participantes e garantir que os aprovados sejam pessoas capazes e competentes. No caso concreto, incontroversa a ausência de lei disciplinando ou prevendo a exigência de submissão a exames físico e psicotécnico de caráter eliminatório para o ingresso no serviço público estadual da reclamada. Assim, a decisão do Regional em manter a exigência imposta via edital, a despeito de inexistir previsão legal para tanto, implica em inobservância às regras de acessibilidade aos cargos públicos contidas no art. 37, da Constituição Federal. **Conhecido e provido.***

preocupa em regular como devem ser tratadas as informações colhidas que se relacionem às pessoas que trabalham no local.⁴³² É de salientar que, em um país no qual prolifera a cultura da “segurança”, as práticas de controle são muito disseminadas e não se circunscrevem ao ambiente corporativo.⁴³³

Merece ser salientado que a revista íntima é um dos poucos meios definitivamente proibidos pelo legislador (inciso VI do art. 373-A da CLT). Ela é considerada atentatória aos direitos da personalidade do empregado. Na perspectiva da proteção da informação, trata-se de clara vedação ao meio de obtê-la, isto é, o empregador está proibido de praticar o ato da revista íntima. Há, contudo, outro aspecto para o qual entendemos que essa regra tem igualmente aplicação: toda e qualquer informação obtida em violação a ela não pode ser utilizada validamente pelo empregador. Assim, a informação eventualmente obtida pelo empregador em uma revista íntima fica “contaminada” pela invalidade do meio utilizado.

O fluxo de informação relativa ao empregado após o término do contrato é escassamente objeto de regras específicas. Como exemplo de regra existente e aplicável a uma situação que envolve a obtenção e o uso de informação após o término do contrato, há a gestão da saúde ocupacional na exposição a asbesto. O Anexo 12 da NR-15 do MTE exige um acompanhamento da saúde do trabalhador por um período de 30 anos, mesmo após o término da relação.⁴³⁴

⁴³² Como exemplo, a Lei n.º 7.102, de 20 junho de 1983, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Seu art. 2.º tem a seguinte redação: “Art. 2.º – O sistema de segurança referido no artigo anterior inclui pessoas adequadamente preparadas, assim chamadas vigilantes; alarme capaz de permitir, com segurança, comunicação entre o estabelecimento financeiro e outro da mesma instituição, empresa de vigilância ou órgão policial mais próximo; e, pelo menos, mais um dos seguintes dispositivos: I – equipamentos elétricos, eletrônicos e de filmagens que possibilitem a identificação dos assaltantes; II – artefatos que retardem a ação dos criminosos, permitindo sua perseguição, identificação ou captura; e III – cabina blindada com permanência ininterrupta de vigilante durante o expediente para o público e enquanto houver movimentação de numerário no interior do estabelecimento.”

⁴³³ SBRISSIA, Maria Fernanda; SILVA, Marilza Lima da. Tutela do interesse público. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 88.

⁴³⁴ Cf. Anexo 12 da NR-15 do MTE, principalmente os seguinte item: “19. Cabe ao empregador, **após o término do contrato de trabalho** envolvendo exposição ao asbesto, manter disponível a realização periódica de exames médicos de controle dos trabalhadores **durante 30 (trinta) anos**.” (Grifos apostos.)

Depreende-se do que foi anteriormente apresentado que o quadro normativo atualmente existente para regular a obtenção e o uso de informações relativas ao candidato a emprego, empregado ou ex-empregado é muito semelhante. O legislador não concebeu um modelo abrangente, talhado especificamente para autorizar ou proibir a coleta e o uso com princípios protetivos a serem aplicados. Os referenciais são construídos com base nas normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais e de situações pontualmente tratadas na legislação infraconstitucional.

3.1.2. Doutrina e precedentes

Os trabalhos doutrinários que se ocupam da privacidade e da intimidade do empregado costumam tratar do assunto considerando determinadas situações que usualmente são enfrentadas na contratação ou na execução do contrato. Não há um padrão que se repita em todos os trabalhos. No rol de situações estão normalmente contemplados os procedimentos utilizados no recrutamento,⁴³⁵ as exigências de exames médicos,⁴³⁶ os procedimentos de monitorização e controle (por exemplo, revistas pessoais,⁴³⁷ uso de polígrafo,⁴³⁸ uso de equipamentos audiovisuais,⁴³⁹ controle do correio eletrônico e do acesso à Internet,⁴⁴⁰ controle de ida ao toalete⁴⁴¹) ou procedimentos de obtenção de informação através de terceiros (por exemplo, detetives particulares⁴⁴²).

⁴³⁵ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 129-130; BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 56-70 e 133-135.

⁴³⁶ SIMÓN, op cit., p. 129-130; BARROS, op. cit., p. 62, 92-110; LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-131.

⁴³⁷ SIMÓN, op cit., p. 62; BARROS, op. cit., p. 144-150.

⁴³⁸ BARROS, op. cit., p. 62.

⁴³⁹ SIMÓN, op cit., p. 129-130; BARROS, op. cit., p. 83-88; LEWICKI, op. cit., p. 91-107.

⁴⁴⁰ SIMÓN, op. cit., p. 129-130; BARROS, op. cit., p. 156-161; LEWICKI, op. cit., p. 108-118.

⁴⁴¹ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Comentário de decisões judiciais: dano pessoal e prova. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *O Mundo do Trabalho*, v. 1. Leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 365-381.

⁴⁴² SIMÓN, op. cit., p. 129-130; BARROS, op. cit., p. 179-181.

Como já salientado, o problema objeto deste estudo, isto é, o dos limites na obtenção e no uso da informação relativa ao empregado, não é percebido pela doutrina atual como um objeto apartado dos demais que preenchem o conceito de privacidade e intimidade do empregado. Embora frequentemente entrelaçado às situações tratadas, ele não se confunde necessariamente com elas. A mesma situação pode exigir raciocínio jurídico diferenciado, dependendo da pergunta que se faça. Por exemplo, a pergunta sobre se ao empregador é lícito exigir que o empregado não receba gorjeta de clientes não se confunde com a que envolve a obtenção da informação sobre se o empregado está ou não atendendo à proibição que lhe é feita ou se o método utilizado provoca constrangimento ou sofrimento.⁴⁴³ A primeira pergunta envolve um juízo sobre se o empregador pode ou não exigir determinado comportamento de seu empregado. A segunda leva à reflexão sobre os meios de obter a informação, o tipo de informação coletada e as condições para a obtenção. A terceira, investiga a dor moral e não tem relação direta com o problema da informação em si mesmo. Assim, mesmo que se conclua pela legitimidade da exigência do empregador quanto à conduta do empregado – o que, em princípio, legitima a obtenção de informação a respeito, o exame sobre como a informação foi obtida e usada pode lhe ser desfavorável. Isso porque, mesmo que legitimado, o empregador não está autorizado a obter informação relativa ao empregado por qualquer meio e a seu talante. Saliente-se que, pela lógica, o exame da primeira pergunta deve obrigatoriamente preceder o da segunda.

Não se ignora que cada uma das situações que integram o rol antes mencionado tenha suas peculiaridades e que estas devam ser consideradas na proposta de solução jurídica da pergunta que for feita. Não obstante, o que nos interessa aqui é observar a estrutura mais genérica da resposta que é apresentada pela nossa doutrina e nos precedentes e que tipo de proteção ela oferece para o problema que apresentamos no Capítulo I.

⁴⁴³ A situação foi examinada em decisão do TST, que negou provimento ao agravo de instrumento. As transcrições da fundamentação do Tribunal de origem revelam que essa diferenciação não foi considerada. Cf. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 517.2003.070.01.40.0, Rel. Horácio Senna Pires, 6.^a Turma, DJ 18/03/2009. Ver Anexo 2.

Do exame dos alicerces dos poderes de direção do empregador,⁴⁴⁴ observamos que a construção de limites ao seu exercício tem sido feita predominantemente mediante uma visão apequenada do contrato de trabalho, cuja estrutura não é explorada, quer para inscrever deveres de proteção e de lealdade das partes, quer para se aplicar normas públicas ou os direitos fundamentais. A argumentação jurídica encontrada na doutrina e nos precedentes tem sido formulada principalmente com base nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais. Tudo leva a crer que a proteção da informação relativa ao empregado vem sendo formulada com essas mesmas características. Em se tratando de proteção escudada na aplicação direta de princípios constitucionais que tutelam valores e interesses potencialmente conflitantes e que podem estar em rota de colisão,⁴⁴⁵ a abrangência, a racionalidade e a clareza da proteção dependerão da existência de uma sistemática uniforme para resolver os conflitos.

Vejamos, então, os principais vetores mencionados na doutrina e como eles comparecem na argumentação das soluções envolvendo os problemas da informação relativa ao empregado.

Na doutrina juslaboral brasileira, a fixação de limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado pode ser associada a um dos seguintes aspectos:

- a) limitação dos meios ou métodos utilizados para obtê-la;
- b) proteção de alguns tipos de informação (dados sensíveis);
- c) limites ao direito de perguntar do empregador⁴⁴⁶ (ou de quem age em seu interesse).

Tratemos inicialmente do que é vedado quanto aos meios e métodos utilizados para obtenção. As proibições expressas são escassas no nosso Direito.⁴⁴⁷ Isso não impede,

⁴⁴⁴ Ver item 2 deste capítulo.

⁴⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286.

⁴⁴⁶ Alguns usam a expressão “direito de mentir do empregado”. Preferimos, no entanto, a expressão “limites ao direito de perguntar do empregador”, porque nomina diretamente o aspecto sob o qual deve incidir o limite. O direito de mentir seria a eventual consequência da não observância pelo empregador do limite que lhe é imposto.

contudo, o exame da admissibilidade do uso de certos meios ou métodos, como o polígrafo.

Barros sugere que os métodos adotados sejam analisados do ponto de vista de sua “aceitação ética” e sejam limitados à “*avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções*”.⁴⁴⁸ Quanto à utilização do polígrafo, posiciona-se pela sua inadmissão, pois o método infringiria a proteção da intimidade do empregado.⁴⁴⁹ No trecho do acórdão que cita em apoio⁴⁵⁰ de sua posição, a argumentação é construída sobre os seguintes pilares: não há provas seguras de que o polígrafo é capaz efetivamente de aferir se alguém está mentindo ou não; as perguntas formuladas não têm relação com o vínculo empregatício e configuram violação do art. 1.º da Lei n.º 9.029/95, ou seja, as perguntas seriam discriminatórias.⁴⁵¹

Simón não trata especificamente do uso do polígrafo, mas, quanto aos métodos utilizados pelo empregador, entende que, além da necessidade de se observar o princípio da não discriminação e da limitação às informações relacionadas às atividades profissionais que serão realizadas, não se admitem métodos de obtenção de informação que subrepticamente impliquem no desnudamento de aspectos da personalidade relativos à vida íntima e à privacidade do candidato.⁴⁵²

Há precedente recente no TST que analisa a admissibilidade do uso de polígrafo no nosso Direito. A decisão do TRT de origem havia entendido que a conduta da companhia aérea de submeter indiscriminadamente empregados do setor de segurança ao polígrafo não afeta o direito da personalidade do empregado, porque as perguntas não seriam ofensivas e o uso do aparelho seria compatível com a função do contrato, já que visava à preservação do patrimônio e à segurança de tripulação, passageiros e sociedade em geral.

⁴⁴⁷ Ver item 3.1.1. deste capítulo.

⁴⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 63.

⁴⁴⁹ Id. *Ibid.*, p. 65.

⁴⁵⁰ TRT/SP – 01275-2003-311-02-00-9-RO, 6.ª Turma, 20050694051, Rel. Valdir Florindo, DE 14.10.2005. *Synthesis* 42/2006, p. 214. Cf. BARROS, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁵¹ O citado artigo da Lei n.º 9029/95 tem a seguinte redação: “Art. 1.º – Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição Federal”.

⁴⁵² SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 130.

O acórdão do TST frisa que, no caso analisado, não se debate a “*utilização do polígrafo com o fim de admissão ou apuração de falta grave de emprego*”, sendo que o que estaria em discussão seria apenas o uso com a finalidade de promover segurança ao aeroporto, aos tripulantes, aos passageiros e à sociedade em geral. Salienta igualmente o acórdão do TST que o exame jurídico que realizou não considerou a consequência dada pela empresa em razão do resultado do teste realizado com o empregado, sendo que a análise se circunscreveu apenas à “*submissão da autora ao teste do polígrafo como circunstância caracterizadora, ou não, da ofensa moral*”. Sob esse prisma, o acórdão do TST sustentou a não admissibilidade do método, com o argumento de que, além de eficácia duvidosa, violaria o princípio assegurado na Constituição da Federal de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Se considerarmos os pressupostos escolhidos pelo acórdão na abordagem do caso, não fica claro se a resposta apresentada deve ser aplicada para a utilização de polígrafo na admissão ou na apuração de falta grave.⁴⁵³

Do ponto de vista da proteção da informação, a discussão sobre o uso de polígrafo, por exemplo, pode ser interpretada como atinente preponderantemente à limitação nos meios de obter informação. Nada impede, porém, que numa situação específica estejam presentes concomitantemente os outros aspectos a que nos referimos anteriormente, isto é, a proteção de alguns tipos de informação (dados sensíveis) e os limites ao direito de perguntar do empregador. Na realização de testes de aptidão e desempenho, por exemplo, há indubitavelmente questões relacionadas aos limites do direito de perguntar do empregador (o que legitimamente o empregador pode perguntar relativamente ao candidato ou empregado?), mas também pode estar presente o debate sobre os meios utilizados na obtenção (determinado tipo de teste, por ser invasivo, por exemplo, pode ou não ser utilizado para a obtenção da informação?) ou mesmo se determinada informação tem uma proteção especial, tendo em vista que carrega em si mesma particular potencial de vulnerabilidade para o empregado (por exemplo, origem étnica, convicções políticas, vínculos sindicais).

⁴⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 73500-44.2002.5.02.0036, Rel. Lelio Bentes Corrêa, 1.^a Turma, DJ 22/11/10. Ver Anexo 1.

Quanto à proteção de alguns tipos de informação – os chamados dados sensíveis⁴⁵⁴ – e aos limites ao direito de perguntar do empregador, são invocados principalmente dois parâmetros limitatórios. O primeiro é que a atividade do empregador de obtenção de informação relativa ao empregado ou candidato não deve implicar discriminação. O outro é que ela deve se limitar “*a obter dados sobre a capacidade profissional do empregado, imprescindíveis a uma eficiente organização do trabalho*”.⁴⁵⁵

A proibição de discriminação é extraída diretamente de princípios albergados na Constituição da República, principalmente o insculpido no art. 3.º, inciso IV, ou no Art. 7.º, inciso XXX.

Sinteticamente, pode-se dizer que o termo discriminação aponta para a utilização de uma característica ou qualidade do sujeito como suporte para uma distinção não admitida pelo Direito e que lhe traz desvantagem ou prejuízo aprioristicamente.⁴⁵⁶

Barros sustenta que existe conexão entre o princípio da não discriminação e a inviolabilidade dos direitos da personalidade. O princípio funcionaria como limite à autonomia do empregador de obter dados sobre o candidato, mesmo antes do contrato de trabalho. De acordo com a autora, por sua atuação, o empregador deveria se abster de fazer perguntas atinentes a origem racial, convicções políticas e religiosas e participação em atividade sindicais, podendo o candidato a emprego ocultar tais circunstâncias. Admite, contudo, exceções se a veracidade da informação for de fundamental importância para a execução da atividade a ser desenvolvida.⁴⁵⁷

Simón, igualmente, sustenta que a não discriminação deve ser uma das regras básicas a serem observadas pelo empregador no processo de seleção e afirma que “*perguntas relativas a aspectos íntimos (opção sexual, convicções políticas, credo religioso) e privados (situação familiar, atividades recreativas) do candidato, que podem dar ensejo a qualquer tipo de discriminação, não podem ser feitas pelo empregador*”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Ver item 7.2. do Capítulo II.

⁴⁵⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.ª ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 56.

⁴⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.ª ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 56.

⁴⁵⁷ Id. *Ibid.*, p. 61.

⁴⁵⁸ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 130

Entretanto, nem sempre o problema jurídico está no acesso a determinada informação pela atividade inquiratória do empregador. Com efeito, dados pessoais sobre idade, sexo, cor e situação familiar constam geralmente dos documentos de identificação dos indivíduos.⁴⁵⁹ A apresentação de informações em relação à limitação física ou psíquica pode ser necessária para cumprimento de obrigações legais, como as relativas às cotas⁴⁶⁰ estabelecidas em políticas públicas.⁴⁶¹ Assim, a lesão a direitos da personalidade do empregado ou a violação do princípio da igualdade (não discriminação) não se perfazem necessariamente pelo mero acesso a essas informações.

Inegavelmente, existem informações sobre o indivíduo que podem colocá-lo em situação de uma desvantagem *a priori* na contratação ou no curso do contrato, como as relativas a sexo, idade, origem étnica, pertencimento a entidade sindical, ser portador de alguma deficiência ou apresentar antecedentes criminais. No nosso ordenamento, existem algumas regras que vedam a obtenção ou o uso de determinadas informações relativas ao empregado ou ao candidato.⁴⁶² Existem ainda as que autorizam expressamente sua obtenção ou seu uso.⁴⁶³ Parece então lógico que o critério da significação contratual da

⁴⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 69.

⁴⁶⁰ Cf. art. 93 da Lei n.º 8.213/91, cujo teor é o seguinte: “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – até 200 empregados.....	2%;
II – de 201 a 500.....	3%;
III – de 501 a 1.000.....	4%;
IV – de 1.001 em diante.	5%.

§ 1.º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2.º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados”.

⁴⁶¹ Há notícia de que o governo federal prepara um programa nacional de ação afirmativa com cotas para negros que incluirá ações no mercado de trabalho. Notícia retirada da revista *Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/cotas-raciais-podem-chegar-ao-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

⁴⁶² Ver item 3.1.1. deste capítulo.

⁴⁶³ Exemplo: art. 93 da Lei n.º 213/91 e art. 168, inciso I e § 5.º, da CLT.

informação⁴⁶⁴ deva ser utilizado como parâmetro limitatório principalmente para as situações não contempladas expressamente pelas vedações ou autorizações legais.

O que é entendido como significação contratual da informação⁴⁶⁵ ou “*informação relacionada às atividades profissionais que o candidato desempenhar*”⁴⁶⁶ Os autores admitem que os questionamentos abrangem não só aspectos relativos à aptidão do candidato para desenvolver certa atividade, mas também suas características psíquicas, estas últimas para fins de avaliação de repercussão na regular execução do contrato. Para eles, esses métodos seriam em princípio lícitos, desde que não interferissem além do necessário na esfera privada.⁴⁶⁷

Há entendimento de que as perguntas, independentemente do meio adotado na investigação prévia, devem se circunscrever diretamente à aptidão profissional exigida, sendo compatíveis as relativas à formação e à atividade profissional – por exemplo, certificados, diplomas, cursos, experiências profissionais e locais de trabalho anteriores.⁴⁶⁸

Em relação às informações sobre antecedentes criminais, por exemplo, Barros entende que só podem ser realizadas se o saber sobre a conduta delituosa for importante para o contrato,⁴⁶⁹ já que a legislação brasileira teria abolido os atestados de bons antecedentes.

Em princípio, o candidato deve responder com acuidade às perguntas, mas admite-se a possibilidade de recusa em respondê-las se versarem sobre aspectos pessoais e a informação não for de fundamental importância para o cumprimento das obrigações contratuais.⁴⁷⁰

A significação contratual da informação é indubitavelmente um critério eminentemente referido ao contrato de trabalho. Considerando as explicações encontradas

⁴⁶⁴ BARROS, BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 69.

⁴⁶⁵ Id. Ibid., p. 69.

⁴⁶⁶ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 130.

⁴⁶⁷ BARROS, op. cit., p. 63 e 68; e SIMÓN, op. cit., p. 130.

⁴⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 63 e 68.

⁴⁶⁹ Id. Ibid., p. 63 e 69.

⁴⁷⁰ Id. Ibid., p. 63 e 68.

na doutrina, que giram em torno da informação que pode repercutir na regular execução do contrato, tende-se a concluir que a informação, cuja obtenção está autorizada, estaria adstrita apenas a circunstâncias relacionadas exclusivamente à prestação de trabalho pelo empregado.⁴⁷¹

A importância de estabelecer claramente o significado desse critério, isto é, a significação contratual da informação ou da relação da informação com as atividades a serem desempenhadas pelo candidato, não é uma questão menor, como pode parecer à primeira vista. Dependendo de como seja concebido, o limite fixado para legitimar a atividade de obtenção de informação será estruturado de maneira visivelmente diferente e demandará também argumentação jurídica diversa. Se a obtenção da informação pessoal estiver circunscrita exclusivamente à prestação de trabalho, então teremos que inferir que, ou todas as outras informações que possam estar relacionadas ao processo decisório do empregador não poderão ser validamente obtidas e utilizadas, ou será necessário buscar outra justificativa jurídica fora do contrato para obtê-las ou usá-las (por exemplo, a autorização legal expressa).

A necessidade de reflexão sobre o exato significado desse critério será melhor dimensionada a partir de uma situação concreta que foi levada à Justiça do Trabalho e ao TST e envolveu exatamente esse problema.⁴⁷²

⁴⁷¹ Há, contudo, circunstâncias que podem autorizar a obtenção de informação relativa ao empregado, embora não tenham uma relação direta com a prestação do trabalho ou com as obrigações contratuais, mas podem ter relevância para a decisão a ser tomada pelo empregador, desde que possam ser legitimamente consideradas em seu processo decisório ou, em alguns casos, obrigatoriamente consideradas. Isso é o que Zöllner chama de “*Zweckzusammenhang*”. A doutrina alemã faz distinção entre “*Zweckzusammenhang*” e “*Zweckbeziehung*” da informação para o contrato. A segunda expressão teria o sentido próximo ao que se extrai da nossa doutrina. Cf. ZÖLLNER, Wolfgang. *Daten – und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*. Colônia; Berlim; Bonn; Munique: Heymanns, 1982, p. 34.

⁴⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 9890900-82.2004.5.09.0014, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5.^a Turma, DJ 29 set. 2010. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=219685&ano_int=2006&qtd_acesso=5531595&novoportal=>>. Acesso em: 23 jun. 2012. Ementado nos seguintes termos: “**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER. EMPRESA DE BANCO DE DADOS. OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS DOS CANDIDATOS A EMPREGO. DANO MORAL COLETIVO NÃO CONFIGURADO.** 1. A controvérsia, diz respeito a exigência de informações pessoais dos candidatos a emprego. O Tribunal Regional reformou em parte a sentença, a fim de excluir da condenação a determinação para que a reclamada se abstenha de exigir de empregados e candidatos a empregos em seus quadros certidões ou atestados de antecedentes criminais; e excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais coletivos.

Em ação civil pública, o Ministério Público do Trabalho sustentou que a consulta feita por uma empresa de telefonia a informações relativas a antecedentes criminais e ao ajuizamento de ações trabalhistas afrontaria a garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assim como a dignidade de pessoa humana dos candidatos. Pediu que a ré se abstinhasse de exigir informações relacionadas a antecedentes e de consultar o banco de dados sobre propositura de ações judiciais e se abstinhasse também de adotar qualquer critério de seleção de pessoas fundamentado em sexo, idade, cor ou estado civil. A ação continha ainda pedido de condenação em dano moral coletivo.⁴⁷³ A sentença deu pela procedência do pedido. Em recurso ordinário, a ré pede que seja afastada a determinação para que se abstenha de solicitar aos candidatos a apresentação de certidão ou atestados de antecedentes criminais, mas não se insurge contra a determinação sentencial de que se abstenha de utilizar bancos de dados para consulta de antecedentes trabalhistas.

É possível afirmar que tanto as informações sobre os antecedentes criminais quanto as informações sobre propositura de ações trabalhistas não têm nenhuma relação direta com a prestação do trabalho objeto da contratação, porque rigorosamente essas informações não são condição necessária para o desempenho do trabalho em si mesmo pelo futuro empregado. Diferente seria, por exemplo, se exigisse comprovação de inscrição na OAB para contratação de um empregado na função de advogado. É claro que, nesse caso, a habilitação na OAB é condição absolutamente necessária para exercer a função contratada.

2. Assinalou o Tribunal que -não se pode negar o direito da ré de obter informações acerca dos antecedentes criminais de candidatos a emprego. A empresa não pode ser surpreendida por um ato ilícito de seu empregado, quando podia ter se precavido neste sentido-. Esclareceu, ainda, que a reclamada tem interesse no acesso às informações criminais, porquanto -seus empregados têm acesso ao interior das residências de clientes em razão de sua atividade estar ligada à instalação de linhas telefônicas. Parece, pois, razoável que a ré tenha restrição quanto à eventual contratação de um candidato à vaga de instalador que tenha em seus antecedentes criminais registro de condenação por furto (artigo 155 do CP)-. A meu juízo, o Tribunal conferiu interpretação **razoável** às normas legais pertinentes, o que atrai o óbice da Súmula 221, II, desta Corte. Por essa razão tenho por inútil a arguição de violação às disposições legais e constitucionais mencionadas. Recurso de Revista de que não se conhece”.

⁴⁷³ O pedido ministerial é inferido da sentença prolatada no caso. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, ACP 98909-2004-014-09-00-5, 14.^a VT/Curitiba, Juiz Felipe Augusto de Magalhães Calvet, DJ 30/06/05. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPlc=AAAS5SABaAACygMAAF> Acesso em: 20 mai. 2012.

Como a empresa não recorreu da proibição de obter informações sobre propositura de ações trabalhistas em bancos de dados, só é possível acompanhar nos acórdãos a argumentação jurídica desenvolvida pelos envolvidos em relação à exigência de informações referentes a antecedentes criminais.

Quanto aos antecedentes criminais, no essencial depreende-se do relatório do acórdão do TST e do acórdão do TRT de origem⁴⁷⁴ que o principal argumento ministerial para a propositura da ação foi que “*a divulgação de informações concernentes a antecedentes criminais tem caráter restrito e se dá por autorização legal expressa tão somente*”, como no caso da Lei n.º 7.102/83⁴⁷⁵ (Lei dos Vigilantes) e da Lei n.º 5.859/72⁴⁷⁶ (Lei dos Trabalhadores Domésticos) e nas normas federais, estaduais e municipais que disciplinam o acesso a cargos públicos. Como se trata de obtenção pelo empregador de informação não diretamente relacionada à própria prestação de trabalho (a informação sobre antecedentes criminais não é condição necessária para a execução da função), infere-se que o Ministério Público do Trabalho sustentou a interpretação de que elas só podem ser obtidas e utilizadas pelo empregador se houver expressa autorização legal nesse sentido. Na falta dessa autorização, o empregador não teria fundamento para exigir a informação.

Já o TRT da 9.^a Região, que examinou o caso em sede de recurso ordinário, reconheceu a existência do interesse legítimo do empregador em obter e usar as informações relativas a antecedentes criminais dos candidatos em seu processo decisório. Primeiro, argumentou que o empregador teria acesso a elas, assegurado pelo art. 2.º da Lei n.º 9.051/95,⁴⁷⁷ que “dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações”, isto é, a própria empresa poderia obter, se quisesse, a informação diretamente dos órgãos competentes. Segundo, reconheceu o interesse do

⁴⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, RO 98909-2004-014-09-00-5, Rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, 4.^a Turma, DJ 14 dez. 2005. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPlc=AAAS5SABaAACygMAAF> Acesso em: 20 mai. 2012.

⁴⁷⁵ O art. 12 da Lei n.º 7.102/83 tem a seguinte redação: “Art. 12 – Os diretores e demais empregados das empresas especializadas não poderão ter antecedentes criminais registrados”.

⁴⁷⁶ O art. 2.º da Lei n.º 5859/72 tem a seguinte redação: “Art. 2º – Para admissão ao emprego deverá o empregado doméstico apresentar: I – Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – Atestado de boa conduta; III – Atestado de saúde, a critério do empregador”.

⁴⁷⁷ O art. 2.º da Lei n.º 9051/95 tem a seguinte redação: “Art. 2.º – Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido”.

empregador, porque em razão da atividade desenvolvida – instalador –, os empregados teriam acesso à residência de clientes, o que justificaria o interesse em saber da existência de eventual antecedente criminal por condenação por furto. Quanto às exigências expressas em lei quanto à necessidade de ausência de antecedentes criminais (como a contida na Lei n.º 7102/83⁴⁷⁸), interpretou-as como “pressuposto para o exercício de determinadas profissões”, o que confirmaria a possibilidade de que a obtenção da informação estaria autorizada pelo ordenamento. Terceiro, o Tribunal ressaltou que a recusa de um candidato pela mera existência de um antecedente criminal não seria legítima, sendo que o empregador só poderia considerar em seu processo decisório o antecedente criminal que “desqualifica profissionalmente” o candidato, isto é, que guarda uma relação direta com a situação concreta em que a atividade é executada.⁴⁷⁹

As duas diferentes concepções acima delineadas apontam para a importância em estabelecer mais claramente o sentido do critério da necessidade de que a informação pessoal tenha relação com as atividades a serem desempenhadas pelo candidato. O modo como se concebe esse critério implicará, necessariamente, caminhos diferentes na avaliação do problema e, provavelmente, soluções finais também diversas.

Em relação à obtenção e ao uso da informação pessoal na seleção e no recrutamento, há outro ponto que apresenta dificuldade. Se considerarmos que a argumentação jurídica sobre os limites para a obtenção e o uso da informação pessoal do empregado se faz com base na subordinação do empregado e nos poderes de direção do empregador, em que ela se assentaria na situação de seleção, já que nela não há ainda contrato de trabalho? Esse é um ponto que ainda não foi considerado diretamente pela doutrina sob essa perspectiva. A argumentação doutrinária se atém ao fato de que, em regra, o trabalhador precisa do emprego para “subsistência própria e de sua família”⁴⁸⁰ e

⁴⁷⁸ A Lei n.º 7102/83 dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

⁴⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região, RO 98909-2004-014-09-00-5, Rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, 4.ª Turma, DJ 14 dez. 2005. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPlc=AAAS5SABaAACygMAAF> Acesso em: 20 mai. 2012.

⁴⁸⁰ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p 129.

que isso o colocaria numa posição de vulnerabilidade desde o processo de seleção encetado pelo empregador.

Ainda que se reconheça a fragilidade de uma das posições, a questão jurídica da fundamentação dos limites permanece em aberto. Os limites são construídos diretamente da Constituição da República e das leis? Qual o papel reservado ao contrato de trabalho? A questão foi enfrentada indiretamente pelo TRT da 9.^a Região na ação civil pública a que nos referimos anteriormente. Nela se travou um debate sobre a competência da Justiça do Trabalho, uma vez que a controvérsia residiu no exame da legalidade de critérios e métodos adotados para a seleção de candidatos pela empresa. O argumento apresentado no acórdão para sustentar a competência da Justiça do Trabalho revela o lugar que o contrato de trabalho ocupa na construção dogmática da solução:

Muito embora, de fato, as partes litigantes não sejam empregado e empregador, é valioso salientar que a competência desta Justiça especializada não se restringe apenas às relações de emprego, tampouco, à fase contratual do contrato de trabalho. Alcança toda controvérsia decorrente da relação de trabalho em sentido amplo, bem como às fases *pré* e *pós* contratual. Isto porque o contrato de trabalho, no final das contas, é a causa principal de eventual controvérsia que possa precedê-lo e sucedê-lo.

Ainda que este não venha se concretizar, a competência desta Justiça se impõe porque a controvérsia decorreu de uma relação de trabalho (ainda que de forma potencial).

Evidentemente que se trata de discussão decorrente da relação de trabalho, uma vez que cinge-se à fase de *pré* contrato de trabalho.⁴⁸¹

(Os grifos não constam do texto original)

O trecho transcrito nos revela que o contrato é percebido primordialmente como causa externa ao problema discutido. Outra visão possível seria a de extrair as consequências previstas no contrato, mesmo que ele não esteja ainda concluído, porque a lei estabelece a necessidade de observar os princípios da probidade e da boa-fé a partir do

⁴⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, RO 98909-2004-014-09-00-5, Rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, 4.^a Turma, DJ 14 dez. 2005. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPlc=AAAS5SABaAACygMAAF> Acesso em: 20 mai. 2012, fls. 4.

momento em que o contrato é uma referência na atividade desenvolvida pelas partes – art. 422 do Código Civil. Portanto, o empregador na atividade de contratar já está referenciado juridicamente como empregador e, nesse condição, lhe são impostos deveres em relação à outra parte contratante – o candidato. Nessa visão, o contrato não é apenas uma causa externa na atividade de contratar, mas, sim, uma referência que é interna à própria atividade, por ela já estar inserta em uma ordem diferenciada de deveres e direitos.

Identifica-se na doutrina uma inegável preocupação com o estabelecimento de limite ao direito de perguntar do empregador,⁴⁸² principalmente na fase de recrutamento. Em princípio, o candidato deve responder com acuidade às perguntas, mas admite-se a possibilidade de recusa em respondê-las se versarem sobre aspectos pessoais e a informação não for de fundamental importância para o cumprimento das obrigações contratuais.⁴⁸³

Há igualmente a percepção de que o problema de estabelecer limites para a atividade inquiritória do empregador comporta uma visão coletiva, isto é, dirigida não apenas ao indivíduo, mas à força de trabalho como um todo. Barros, por exemplo, chega a sugerir a participação de representantes do empregado ou de autoridade pública nas indagações contidas nas entrevistas e nos questionários aplicados nos procedimentos de seleção, a despeito de inexistir disposição legal nesse sentido.⁴⁸⁴

3.2. Obrigações referentes ao acervo de informações em poder do empregador, direitos pleiteados e âmbito da proteção

No item precedente apresentou-se o quadro teórico doutrinário existente no Direito do Trabalho brasileiro sobre os principais problemas envolvendo a formulação dos limites

⁴⁸² SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 130.

⁴⁸³ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 63 e 68.

⁴⁸⁴ Id. *Ibid.*, p. 63.

à obtenção da informação relativa ao empregado e as relevantes indefinições que ainda subsistem.

Esse item irá se ocupar em aferir como atualmente são compreendidas no nosso Direito as responsabilidades do empregador em relação ao acervo de dados pessoais do empregado que está em seu poder e que tipo de tutela é pedida pelo empregado (ou em seu interesse) na Justiça do Trabalho. A ideia é oferecer um quadro com elementos que minimamente permitam a formulação de um juízo sobre os limites para o empregador obter e usar a informação relativa ao empregado e sobre o tipo de controle que é efetivamente exercido em relação ao acervo de informações que está em seu poder.

Como já destacado, o acervo de informações pessoais colhidas tem vida própria, uma vez que, por meio de ferramentas tecnológicas, pode-se retirar dele informações sobre a pessoa que originariamente não foram solicitadas nem cogitadas, mas que potencialmente podem ser extraídas do conjunto ou de seus fragmentos. É preciso que se remarque que, sob esse ângulo, o assunto envolve a percepção de um desequilíbrio na relação de poder que se estabelece entre os envolvidos. Saber algo sobre alguém pode se exprimir numa vantagem para quem detém o conhecimento, mormente em uma sociedade na qual a informação desempenha um papel central e de valor. Não deve ser esquecido ainda o fato de que, como a informação é hoje uma *commodity*, quem a tem pode, eventualmente, usá-la até para fins comerciais. Esses aspectos são contemplados na proteção atualmente oferecida à informação contida no acervo sob responsabilidade do empregador?

A que obrigações está sujeito o empregador, isto é, como deve ele tratar esse acervo? Por quanto tempo ele pode ou deve armazenar a informação relativa ao empregado? Quem está autorizado a acessar a informação armazenada? Existe um rol de obrigações quanto a como isso deva ser feito?

Não há regras expressas e organizadas de forma sistemática para responder a todas essas perguntas, isto é, o legislador não pensou previamente em um modelo específico. A falta de normas expressas não significa, contudo, que as questões não possam ser apreendidas ou respondidas mediante a aplicação das existentes no ordenamento ou os deveres construídos com base no próprio contrato de trabalho.

A informação médica ou relacionada à saúde do empregado e as obrigações de quem a detém ou de algum modo a guarda são um bom exemplo de situação que apresenta aspectos expressamente regulados pela legislação. Quanto a essas informações, há regras referentes ao dever de sigilo e à exigência de prazo obrigatório de armazenamento da informação.

Em princípio, qualquer informação relativa aos exames está protegida pelo sigilo médico, independentemente do fato de o médico coordenador do PCMSO⁴⁸⁵ ser empregado ou contratado da empresa, ou seja, a informação não pode ser revelada, salvo autorização do paciente. Ainda, de acordo com o disposto na NR-07, o prontuário contendo-as deve ser mantido pelo prazo prescricional previsto em lei.⁴⁸⁶

Mas a informação médica é muitas vezes mantida no próprio sistema do empregador, em relação ao qual usualmente não se sabe quais os critérios de organização e, principalmente, quais as proteções existentes para impedir o acesso a esse acervo de dados protegidos pelo sigilo. Essas informações podem colocar o empregado ou mesmo grupos de trabalhadores em situação de extrema vulnerabilidade, podendo trazer óbices e dificuldades no emprego que ocupa ou para recolocação no mercado de trabalho.

Na literatura jurídica pesquisada, não encontramos uma reflexão mais aprofundada sobre os deveres que incidem para o empregador na administração desse conjunto de informações.

À pergunta sobre se os dados colhidos nos procedimentos de recrutamento de empregados e armazenados nos computadores da empresa devem ser destruídos, Barros anota que efetivamente não há previsão na nossa legislação. Podemos acrescentar que também não há previsão quanto ao tempo que devam ser preservadas ou mantidas pelo responsável por sua coleta inicial, nem sobre o que ele está autorizado a fazer com o conjunto da informação colhida. Da mesma maneira, nossa legislação não prevê sobre os

⁴⁸⁵ PCMSO é o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, que tem por objetivo promover e preservar a saúde do conjunto dos trabalhadores.

⁴⁸⁶ O art. 177 do antigo Código Civil estabelecia a prescrição para ações pessoais em 20 anos. O atual Código Civil, art. 205, estabelece o prazo de 10 anos, quando a lei não fixar prazo menor.

deveres de informar os interessados quanto ao modo de acesso à informação relativa a eles contida no acervo e ao modo como o conjunto de informações deve ser administrado.

A autora observa que não são comuns reclamações dos interessados quanto à forma como o recrutamento foi conduzido ou quanto à utilização de critérios discriminatórios na seleção, e que os sindicatos não têm mostrado interesse digno de nota, inclusive nas normas coletivas, no que se refere a essas questões.⁴⁸⁷ Embora a observação date de um estudo publicado originariamente em 1997 e reeditado em 2009, a impressão que se tem é a de que não houve alterações significativas nesse cenário.⁴⁸⁸

No Brasil, Simón é uma das raras vozes que estabelecem uma conexão entre o direito de autodeterminação informativa dos empregados e um conjunto de direitos que dele decorrem diretamente, como o direito à correção, à destruição ou à oposição face às informações ou aos dados mantidos pelo empregador. Fiel a essa premissa, a autora defende que a ausência de previsão legal sobre o destino dos dados colhidos no processo seletivo e não aproveitados não retiraria o direito dos trabalhadores à autodeterminação informativa, isto é, o direito de exercer o controle sobre eles. No entendimento da autora, esse direito não parece estar limitado apenas à situação de recrutamento, abrangeria igualmente o período contratual e além dele, tendo em vista que graves lesões ao direito à intimidade e à vida privada poderiam se configurar em situações desde o recrutamento até após o término do contrato de trabalho. Com base em Santos Cifuentes, ela propõe um rol de situações que configurariam limites ao poder de direção do empregador face à preponderância do direito à autodeterminação informativa do empregado. Nesse rol, a autora propõe, por exemplo, que “*extinto o contrato de trabalho, a manutenção dos dados na empresa dependa de autorização do empregado, exceto para os casos previstos em lei*”.⁴⁸⁹

Embora concordemos com a asserção externada pela autora de que a ausência de previsão legal quanto aos deveres incidentes sobre o conjunto de dados coletados não

⁴⁸⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 70.

⁴⁸⁸ Nesse sentido, também LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 163 e 185-186.

⁴⁸⁹ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 164-166. A citação transcrita é da página 165.

implica exclusão do direito à autodeterminação informativa dos trabalhadores mesmo após o término contratual, não nos parece que a solução apresentada – condicionar a manutenção dos dados pessoais à autorização do empregado, salvo as hipóteses expressas em lei – possa efetivamente servir de parâmetro para resolver adequadamente o problema da proteção da informação que remanesce em poder do empregador após o término do contrato. Já na fixação do que deva ser entendido como “dados pessoais” de determinado trabalhador teríamos um óbice intransponível se utilizássemos exclusiva e isoladamente a definição que os descreve como qualquer informação relativa a um indivíduo.⁴⁹⁰ Com efeito, vimos que uma informação ou até mesmo um fragmento dela pode, concomitantemente, não só ser um dado pessoal de pessoas diversas como também uma informação relativa ao processo produtivo. Como então escolher os dados que devem ser excluídos após o término do contrato de trabalho se não houver autorização do empregado para mantê-los no sistema do empregador? Essa dificuldade demonstra que o critério sugerido não pode servir exclusiva e isoladamente como solução genérica para proteger essa informação.

Ao tratar da defesa da intimidade do empregado nas situações em que há registro de dados em meios eletrônicos, Barros entende que no Brasil, além dos direitos previstos no art. 2.º, inciso VIII, da Lei n.º 7.232/84, que dispõe sobre a política nacional de informática,⁴⁹¹ devem ser considerados ainda o direito “*a eliminação de dados conseguidos ilicitamente e a proibição de transmissão de dados obtidos pelo empregador a terceiros*”. Defende que, para fins probatórios, os dados registrados em meios tecnológicos devem ser “*lícitos quanto à origem*” e sujeitos a ser periciados quanto a sua autenticidade caso contestados pela pessoa contra quem foram produzidos. Sustenta que informações referentes, por exemplo, a bens, vencimentos e rendas ou sobre a vida particular e familiar do empregado, independentemente de estarem ou não registrados em meios eletrônicos, só

⁴⁹⁰ Ver item 2 do Capítulo II.

⁴⁹¹ Sobre a política nacional de informática e seus desdobramentos no tocante à criação de mecanismos e instrumentos de proteção às informações, ver item 3.4.

poderiam ser reveladas a terceiros mediante consentimento “*explicitado em documento hábil*”.⁴⁹²

Revela notar que a autora externa esses posicionamentos partindo da ideia de que seria possível separar claramente os dados “*relevantes para a relação trabalhista*” dos dados pessoais do empregado.⁴⁹³ Essa visão, contudo, contrasta com a sustentada no discurso das normas internacionais relativas à proteção de dados pessoais em geral e dos empregados em particular, que parte de premissa oposta, ou seja, de que essa separação não seria mais possível. Exatamente para lidar com as dificuldades criadas por essa impossibilidade, entre outras questões decorrentes do processamento automático, é que foram formulados o conceito de “dados pessoais” e os princípios de proteção.⁴⁹⁴

A par da proteção enunciada nos direitos fundamentais e na cláusula geral de promoção da pessoa em sede constitucional, no âmbito do contrato de trabalho a doutrina reconhece a existência de obrigações acessórias e correlatas ao direito do empregador de cobrar a prestação do trabalho, estando entre elas a de respeitar os direitos da personalidade do empregado.⁴⁹⁵ Além das expressões mais tradicionais desses direitos, como os relativos à honra, à imagem, à integridade física, à saúde e à intimidade, há ainda o direito à autodeterminação informativa.⁴⁹⁶

Se são reconhecidos direitos, a eles deve corresponder algum tipo de tutela, sob pena de não serem efetivos. Além do que, examinando a tutela que de fato é oferecida, temos a oportunidade de perceber mais claramente a exata dimensão de determinado direito em um sistema jurídico específico.

São diversas as tutelas admitidas pelos estudiosos para a proteção da privacidade e da intimidade do empregado. Considerando o que é pedido, é possível pensá-las como

⁴⁹² BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 169.

⁴⁹³ Id. *Ibid.*, p. 169.

⁴⁹⁴ Ver arcabouço da proteção de dados pessoais apresentado no Capítulo II.

⁴⁹⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho*: identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas. 2.^a ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 109 -110.

⁴⁹⁶ Ver item 6 do Capítulo III.

preventivas, reativas e de responsabilidade pelo dano.⁴⁹⁷ Todos esses tipos de tutela podem ser individuais ou coletivos. Entre os pedidos formulados, os mais comuns são os seguintes: pedido de indenização por aplicação da despedida indireta (art. 483, “a” e “e”, da CLT);⁴⁹⁸ reintegração para o portador de estabilidade ou de garantia de emprego ou, com base em construção da jurisprudência, no caso do exercício abusivo pelo empregador do direito de despedir;⁴⁹⁹ pagamento de indenização por dano material ou moral e pessoal; responsabilidade criminal e imposição de obrigações de fazer ou de não fazer. Outro caminho seria referir os meios processuais utilizados para alcançar a tutela pretendida na Justiça, como a ação reclamatória, a ação civil pública e o *habeas data*, entre outros.

Aqui nos interessa particularmente a tutela que, no campo trabalhista presentemente, pode ser associada ao exercício do direito à autodeterminação informativa do empregado. Assim, as observações quanto aos direitos pleiteados e às possibilidades de tutela se limitarão a esse restrito universo. Além do que, como já esclarecido alhures, o trânsito nesse tema tem o objetivo de levantar elementos para permitir a formulação de um juízo sobre os direitos e a tutela envolvendo a informação relativa ao empregado e os deveres incidentes sobre o acervo de informações mantido em poder do empregador.

Ao direito de autodeterminação informativa é usualmente associado um rol de direitos. Como a autodeterminação informacional é entendida como um direito de proteção, e não como um simples direito de defesa, há necessidade de nominar como e em

⁴⁹⁷ BURMANN, Marcia Sanz. *A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho*. 159 páginas. Tese de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011, p. 132-144.

⁴⁹⁸ O art. 483 da CLT tem a seguinte redação: “Art. 483 – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários”.

⁴⁹⁹ Por exemplo, se houver infringência das convicções filosóficas ou políticas do empregado, Cf. BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 171.

que aspectos essa proteção deve ser oferecida.⁵⁰⁰ Daí porque as normas internacionais referem-se ao direito de acesso, correção, atualização, oposição e exclusão dos dados ou ao direito de ser informado sobre que dados relativos à pessoa são mantidas no acervo, seu período de conservação, a finalidade da coleta e do processamento, como são tratados e quem são os destinatários da informação. Há, assim, uma visível necessidade de explicitação, para que a proteção possa ser operacionalizada. Queiroz admite, contudo, que a expressão concreta desse rol pode variar nas diferentes ordens jurídicas.⁵⁰¹

Entre nós, poucos são os estudiosos que se ocupam especificamente da tutela de direitos associados diretamente à proteção da informação relativa ao empregado⁵⁰² e ao exercício do controle por parte do empregado interessado pela informação em poder do empregador. Na literatura juslaboral, encontra-se referência ao direito de o empregado acessar a informação, corrigi-la e atualizá-la, bem como o direito de exigir que ela não seja divulgada ou utilizada para finalidade diversa para a qual originalmente foi obtida.⁵⁰³ Contudo, o tema ainda não encontrou eco digno de nota nas discussões na Justiça do Trabalho ou nas instituições que de algum modo promovem o direito do trabalhador, como sindicatos e Ministério Público do Trabalho. Assim, além de não existirem normas expressas instituindo esses direitos, não há ainda elementos para dimensionar seu exato conteúdo e forma de exercício com base na casuística disponível.

Com efeito, dos precedentes encontrados sobre o tema⁵⁰⁴ observa-se que o debate ainda não alcançou a tutela dos direitos tipicamente associados ao controle do empregado sobre sua informação pessoal em poder do empregador, a que nos referimos no parágrafo anterior. Também não há neles preocupação em estabelecer sistematicamente deveres e responsabilidades do empregador como responsável por esse acervo de informações

⁵⁰⁰ Sobre os principais direitos associados à autodeterminação informativa do empregado no contexto internacional, ver item 11 do Capítulo II.

⁵⁰¹ QUEIROZ, Cristina. A proteção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 292.

⁵⁰² Cf. item 2 deste capítulo.

⁵⁰³ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 165.

⁵⁰⁴ Nos precedentes localizados no TST não é nenhum que se ocupe da tutela do direito de acesso ou do direito de corrigir ou atualizar a informação. Ver Anexo 2.

pessoais que mantém – por exemplo, que medidas tomou para manter a confidencialidade e a segurança quanto ao acesso, à divulgação, ao uso não autorizado, à perda ou à mutilação dos dados pessoais que estão em seu poder? Ou quais são as condições e os prazos para a manutenção ou o descarte da informação pessoal do empregado contida nos registros ou no sistema do empregador?

Verifica-se que as discussões na Justiça do Trabalho envolvem primordialmente as seguintes questões: a) pedido de obrigações de fazer ou não fazer por práticas discriminatórias na obtenção ou no uso da informação relativa ao empregado; b) dano moral individual ou coletivo, sendo que aqui o leque de situações é bastante diversificado, pois inclui tanto práticas discriminatórias quanto as que são de algum modo ilícitas; não há diferenciação entre o que seria da ordem do exame da licitude na obtenção e no uso da informação e o que seria da ordem do exame da licitude na exigência pelo empregador de determinada conduta por parte do empregado; c) justa causa ou de despedida indireta, para cuja aplicação são examinados a obtenção e o uso da informação pessoal ou a prática de determinada conduta pelo empregado ou pelo empregador. O foco central da discussão está dirigido ao exercício dos poderes do empregador e aos direitos da personalidade do empregado.

Entre os precedentes encontrados envolvendo a proteção de informação relativa ao empregado, parece prevalecer as ações com pedido de dano moral. Saliente-se que um dos pressupostos para a concessão do dano moral de cunho trabalhista é o sofrimento íntimo que uma das partes causou na outra como decorrência do contrato de trabalho.⁵⁰⁵ Entretanto, esse pressuposto poderá ou não estar presente nas situações que envolvem a fixação de limite à obtenção e ao uso da informação relativa ao empregado. O mesmo vale em relação ao interesse de o empregado pedir o acesso, a correção, a atualização, a complementação ou a exclusão de alguma informação pessoal sua contida nos registros do empregador. Nas situações em que o sofrimento íntimo pode eventualmente não estar lá, pode independentemente disso haver inegável interesse do empregado a ser protegido.

⁵⁰⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho*: identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas. 2.^a ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 143.

Ao lado da tutela individual, a doutrina refere igualmente a importância da tutela coletiva.⁵⁰⁶ Nessa segunda possibilidade é sempre considerada a atuação das entidades sindicais que representam o empregado e o Ministério Público do Trabalho.

Com apoio em observações formuladas por alguns doutrinadores,⁵⁰⁷ tudo indica que a atuação das entidades sindicais não é expressiva, a despeito das possibilidades de atuação previstas na legislação que abarcam tanto o contencioso quanto a esfera negocial no estabelecimento das normas coletivas pelo exercício da autonomia coletiva.

Os doutrinadores destacam as possibilidades de atuação do Ministério Público do Trabalho para a tutela de interesses coletivos e de individuais homogêneos.⁵⁰⁸ Nos precedentes judiciais encontrados há exemplos de atuação judicial da instituição, principalmente na tutela antidiscriminatória. Na esfera extrajudicial, existe igualmente atividade na promoção de direitos dos trabalhadores, por meio da celebração de termos de ajustamento de conduta. Considerando os direitos tipicamente relacionados à autodeterminação informativa e os precedentes encontrados, a atuação ministerial é ainda tímida, possivelmente espelhando a demanda que lhe é apresentada pela sociedade.

Quanto aos instrumentos utilizados para a tutela de direitos diretamente relacionados à autodeterminação informativa, Simón admite ainda o uso do *habeas data* pelo empregado para acessar seus dados pessoais que estejam em poder do empregador e fazer valer direitos de acesso, correção e complementação.⁵⁰⁹ Não obstante possam ser contestadas as premissas consideradas pela autora para a admissão desse instrumento processual para esse fim,⁵¹⁰ o fato é que não são corriqueiros os precedentes na Justiça do

⁵⁰⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p.63, 70; SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 200-205; e LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 175-187.

⁵⁰⁷ BARROS, op. cit., p. 70; e LEWICKI, op. cit., p. 186.

⁵⁰⁸ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 200-205; e LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 175-187.

⁵⁰⁹ SIMÓN, op. cit., p. 198-200.

⁵¹⁰ O art. 20 da Lei n.º 9.507/97 regula a competência para seu julgamento, levando em consideração que o ato seja praticado por autoridade na esfera federal ou estadual.

Trabalho envolvendo o pleito de direitos por esse meio.⁵¹¹ Mesmo se admitido para pleitear o conhecimento de informação pessoal ao empregador privado, o instrumento é marcado por condições que tornam sua aplicação operosa e desinteressante do ponto de vista prático. A Súmula n.º 2 do STJ, por exemplo, condiciona o cabimento do *habeas data* à existência de recusa de informações por parte da autoridade administrativa.⁵¹² A escassa literatura atualizada sobre esse instrumento processual possivelmente revela que ele teve pouca repercussão prática até para as hipóteses nas quais é admitido sem contestação.⁵¹³

4. Proteção da informação e proteção de dados pessoais do empregado: confluências e desencontros

No Capítulo II vimos que a principal função da proteção de dados pessoais do empregado é protegê-lo do que se considera ser um risco, ainda que simplesmente suposto, face às possibilidades acenadas pelo processamento automático da informação. Para essa resposta jurídica, pouco importa se o empregador venha ao final saber efetivamente algo sobre o empregado – e esse é um ponto absolutamente central para a compreensão. Isso porque o que se pressupõe é que o simples acesso à informação pessoal do empregado, mesmo que aparentemente insignificante ou sem nenhuma vantagem ou sofrimento para quem quer que seja, dá ao empregador uma situação privilegiada de poder em relação ao empregado. Doneda refere a presença dos fatores controle e eficiência como justificativa

⁵¹¹ Alves Jr. noticia os seguintes precedentes no STF que se relacionam diretamente com o tema: a) RE 165.304, Relator Ministro Octávio Galloti, no qual ex-empregada do Banco do Brasil pede a revelação de ficha pessoal, sendo que foi dada pela ilegitimidade passiva. b) AG HD 127, Relator Ministro João Otávio Noronha, ementado nos seguintes termos: *habeas data*. Concurso Público. Acesso a informações sobre os critérios utilizados na correção de prova discursiva. Improriedade da via eleita. Cf. ALVES JR., Luís Carlos Martins. O *habeas data*. *Jus Navigandis*. Teresina: ano 11, n. 1258, 11 dez. 2006, p. 11. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9264>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

⁵¹² Ver item 3 do Capítulo III e ALVES JR., Luís Carlos Martins. O *habeas data*. *Jus Navigandis*. Teresina: ano 11, n. 1258, 11 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9264>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

⁵¹³ Ver item 3 do Capítulo III e ALVES JR., Luís Carlos Martins. O *habeas data*. *Jus Navigandis*. Teresina: ano 11, n. 1258, 11 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9264>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

para a atratividade da informação pessoal na realização de interesses tanto do Estado quanto privados.⁵¹⁴

O arcabouço conceitual e principiológico da proteção de dados pessoais convida a deter mais o olhar sobre o problema da informação relativa ao empregado, sua obtenção e seus usos. Ele parte do pressuposto de que a informação ocupa um papel central nas relações econômicas e sociais e que as novas tecnologias apresentam inegáveis facilidades, mas, igualmente, significativos riscos para a pessoa humana.

No contexto das relações de emprego, essas circunstâncias são agravadas por certas peculiaridades. Primeiro, a natureza da relação entre as partes – marcada pela subordinação jurídica. Segundo, a percepção coletiva da força de trabalho, que determina as escolhas realizadas pelo empregador para explorar a mão de obra contratada, com reflexos no modo como recruta, vigia e controla e põe em prática as imposições de eficiência, produtividade e segurança ditadas pela lógica do mercado.

Com as tecnologias de processamento de dados, o empregador teve consideravelmente aumentada sua capacidade de coleta, armazenamento, tratamento e incorporação da informação de outras fontes. Acresça-se o fato de que, na atualidade, a vida está cada vez mais on-line e as fronteiras entre a vida pessoal e a vida profissional ficam mais e mais enevoadas. O uso de aplicações e ferramentas da Internet, como as redes sociais, os mundos virtuais, os projetos realizados em colaboração (Wiki), os blogs e outras ferramentas e aplicações, tudo isso faz parte do cotidiano da vida no trabalho e é permeado de informações pessoais.

Conforme Fragale e Alvim, essas inovações não transmudam substancialmente as velhas questões associadas à relação de emprego quanto à qualidade e à quantidade de trabalho realizado pelo empregado.⁵¹⁵ E a resposta a essas perguntas vem necessariamente carregada de informação relativa ao empregado. Em que medida o empregador pode obter essas informações no exercício legítimo do controle para assegurar a correta contraprestação do empregado? Também subsistem as questões relativas à vigilância do

⁵¹⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

⁵¹⁵ FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Information technology and workers' privacy: the Brazilian law. In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 23, Issue 2 (Winter 2002), p. 287.

empregador com propósitos disciplinares, tanto para verificação de cumprimento das políticas e normas da empresa quanto para verificação do cumprimento da lei.

Em última análise, a proteção de dados pessoais visa, de um lado, neutralizar ou minimizar o visível desequilíbrio no *status quo* informacional e, de outro, permitir que o empregado tenha acesso e controle sobre o acervo de dados pelo empregador mantidos ou sob sua responsabilidade.

Há inegáveis esforços doutrinários no sentido de apresentar uma abordagem que busque se apropriar juridicamente dos efeitos da tecnologia nas relações de trabalho, principalmente no que concerne à observância da inviolabilidade da intimidade e da vida privada do empregado. Contudo, a proteção da informação pessoal do empregado atualmente oferecida no nosso Direito não parece guardar exata correspondência com o arcabouço protetivo designado nas normas internacionais como proteção de dados pessoais. O desencontro é perceptível não só no que diz respeito aos pressupostos como também em relação à função protetiva.

Quanto aos pressupostos, no âmbito da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a proteção é fundada principalmente na tutela na hipótese de violação, e não no risco. Assim, a proteção dos direitos da personalidade, inclusive da informação relativa ao empregado, é estruturada primordialmente como tutela de lesão ou de ameaça de lesão do bem jurídico protegido. No caso da proteção de dados pessoais, como já expusemos, a função protetiva mais importante visivelmente não é essa.⁵¹⁶

Ainda quanto aos pressupostos, para a obtenção do resultado protetivo almejado, a proteção de dados pessoais do empregado parte, obrigatoriamente, de uma restrição prévia e geral à coleta e à utilização da informação relativa ao empregado. Essa arquitetura implica necessariamente uma importante restrição ao direito de informação do empregador. A proteção tradicional da informação com fundamento na inviolabilidade da intimidade e da vida privada do empregado não se baseia na restrição prévia e geral para a obtenção e o uso da informação.

⁵¹⁶ Ver também item 13 do Capítulo II.

Quanto à função, a literatura juslaboral tem salientado que o principal vetor na proteção da intimidade e da vida privada do empregado, mormente nas situações de obtenção de informação, seria a proibição de discriminar. Não se afigura exato afirmar que essa função teria a mesma centralidade na resposta formulada pela proteção de dados pessoais. Com efeito, a abrangência da noção de risco que justifica sua arquitetura é manifestamente mais ampla do que a de discriminação. Na proteção de dados pessoais não é necessário que se configure o risco de discriminação. Mesmo que a informação não seja discriminatória, o empregador pode não estar autorizado a colhê-la, porque pode lhe faltar fundamento de legitimidade para tal (violação do princípio da licitude e da lealdade).

No Direito brasileiro, os problemas decorrentes da proteção da informação relativa ao empregado não são tratados de forma diferenciada. A jurisprudência considera principalmente o respeito pela dignidade do empregado e, em algumas situações, usa como referência a atividade desenvolvida para legitimar os procedimentos de vigilância ou a obtenção pelo empregador de informação do empregado.

Embora se reconheçam problemas na construção de limites às condutas patronais (assim como na de empregados) que são claramente associados às novas tecnologias e se identifiquem abusos, não há ainda um sistema uniforme de tutela direcionado para o problema da informação relativa ao empregado e de sua proteção.⁵¹⁷ Algumas observações nos parecem pertinentes para visualizar o estado dos debates.

Primeiro, em regra, nos trabalhos doutrinários e em precedentes judiciais, não há preocupação em diferenciar sistematicamente as situações envolvendo a obtenção e o uso da informação relativa ao empregado das demais condutas que, de algum modo, provocam desconforto e constrangimento e, por isso, deságuam na violação de direitos da

⁵¹⁷ Lewicki afirma que “neste tema como em todos os demais aqui aventados – pouquíssimo explorados em nossos tribunais, com exceção das revistas íntimas – é difícil determinar, prévia e abstratamente, para qual lado a balança deverá pender”, cf. LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210. Em trabalho recentemente publicado na *Revista do Advogado*, Moro aponta algumas das principais questões envolvendo condutas patronais e obreiras no trato com a Internet. Cf. MORO, Luís Carlos. A internet nas relações de trabalho e limites às condutas patronais e de empregados. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: Ano XXXII, abr. de 2012, n.º 115, p. 87-98.

personalidade do obreiro.⁵¹⁸ Essa característica tem efeito no estabelecimento dos fatos relevantes que são considerados na argumentação jurídica e na solução dos casos. Nos casos que são levados aos tribunais, observa-se, por exemplo, que existem situações que envolvem a indagação sobre os limites na obtenção e no uso da informação relativa ao empregado, mas elas não são consideradas no raciocínio ou na argumentação apresentada. Uma possível explicação para a falta de necessidade de diferenciação pode estar no fato de que a consequência jurídica que se persegue em juízo é, em regra, o pedido de pagamento de dano moral.

A segunda observação é que, embora presente a referência contratual, tanto na argumentação doutrinária quanto na solução dos casos levados à apreciação judicial transparece uma visão bastante apequenada do contrato de trabalho. Com efeito, na construção limites do poder diretivo do empregador, a estrutura contratual não é explorada como um espaço preponderante no qual se inscreveriam eventuais deveres de proteção ou de lealdade das partes e a partir do qual se aplicariam as normas de natureza pública ou os direitos fundamentais. No modo como as soluções são propostas para os casos concretos parece ser ainda muito presente a visão do contrato de trabalho da perspectiva do “*modelo civilista rígido e inflexível de contrato bilateral entre sujeitos individuais*”, confirmando a observação de Delgado quanto à forte influência dessa concepção entre nós.⁵¹⁹

Terceiro, como a estrutura contratual considerada na solução dos conflitos não é densa, o debate se articula diretamente entre a aplicação de direitos fundamentais das partes, sem fazer nenhuma “estação intermediária” na estrutura contratual. O quadro de referência utilizado são quase exclusivamente os princípios e os direitos fundamentais. Prevalece na doutrina a ideia de que o conflito de direitos fundamentais no campo trabalhista se articularia em torno do núcleo direito de propriedade *versus* direitos da personalidade (principalmente da intimidade e da vida privada).⁵²⁰ Contudo, sob a ótica da

⁵¹⁸ MORO, Luís Carlos. A internet nas relações de trabalho e limites às condutas patronais e de empregados. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: Ano XXXII, abr. de 2012, n.º 115, p. 88.

⁵¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996, p. 201.

⁵²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 39

proteção de dados pessoais, existem outros núcleos de conflito; por exemplo, o direito a livre acesso à informação *versus* os direitos da personalidade.

Quarto, praticamente não há na doutrina critérios estabelecidos especificamente para fins de ponderação de interesses em conflitos envolvendo a obtenção e o uso da informação.

Por fim, a despeito do seu reconhecimento, o direito à autodeterminação informativa parece não ter encontrado ainda uma expressão concreta bem definida no que diz respeito às informações pessoais do empregado obtidas e mantidas pelo empregador. Com efeito, a gerência do estoque de informações relativas ao empregado armazenadas ou sob a responsabilidade do empregador praticamente não é tematizada nem na doutrina, nem na jurisprudência. Não existe um rol consolidado de deveres a que estaria sujeito o empregador quanto ao tempo de armazenamento, às medidas de segurança para proteção da informação e às condições que devem ser observadas para o acesso ou a transmissão da informação relativa ao empregado. Nos precedentes que localizamos⁵²¹ são poucos os casos em que se pede algo próximo aos direitos associados à proteção de dados pessoais na esfera internacional, como o direito de ser informado, o direito de acesso, o direito de retificar, corrigir e apagar informações. Algo que se avizinha desse rol de direitos pode ser vislumbrado nas ações civis públicas⁵²² propostas pelo Ministério Público do Trabalho, versando sobre a obtenção de informação relativa a candidatos a emprego em procedimentos de recrutamento, mas sempre na visada da discriminação. Nelas há pedido para que o empregador ou os que agem em seu interesse se abstenham de exigir determinada informação dos candidatos.

⁵²¹ Ver Anexo 2.

⁵²² Essas ACPs serão mencionadas no item 3 deste capítulo. Aqui nos referimo ao acórdão prolatado em RO referente a ACP. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, RO 98909-2004-014-09-00-5, Rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, 4.^a Turma, DJ 14 dez. 2005. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPlc=AAAS5SABaAACygMAAF>. Acesso em: 20 mai. 2012.

CAPÍTULO V

RUMO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO NO DIREITO BRASILEIRO

1. Perspectivas e prospecções

Ao cabo do percurso realizado no capítulo anterior, parece-nos pertinente retomar a pergunta sobre em que consiste a proteção de dados pessoais do empregado e como ela deve e pode ser articulada no Direito do Trabalho brasileiro. A retomada da questão é aqui posta em um patamar diferente daquele do Capítulo II. Lá o foco estava em um esforço de compreensão do que era prometido no arcabouço proposto nas normas internacionais que foram desenhadas para regular a obtenção e o uso da informação pessoal nas relações empregatícias. Aqui, considerando a timidez com que esse tema e suas implicações está posto na agenda dos debates domésticos e no modo como as questões a ele afetas têm sido resolvidas na prática judicial brasileira, é pertinente, ainda assim, insistir na necessidade de que o problema seja percebido e levado em conta?

Com o advento do processamento automático da informação, a liberdade de informação “*implica um novo poder de conhecimento*”.⁵²³ Todavia, as inegáveis vantagens e facilidades proporcionadas pela automação não devem ao mesmo tempo levar ao enfraquecimento das posições dos que têm seus dados estocados ou tratados. O poder proporcionado por essa facilidade deve trazer consigo a correspondente responsabilidade social de quem usa a informação, tanto no setor público quanto no setor privado.⁵²⁴ Essas preocupações e a necessidade de harmonizá-las com os ditames da livre circulação de

⁵²³ CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 38.

⁵²⁴ CONSELHO DA EUROPA. *Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data*. Explanatory Report, item 2. Memorando da Convenção 108. Ver Anexo 2.

pessoas, bens e informações nos espaços transfronteiriços deflagraram várias iniciativas internacionais, sendo algumas talhadas especificamente para o setor laboral.

Embora as preocupações iniciais estivessem voltadas para o processamento automático da informação, não é mais possível aprisionar a proteção de dados pessoais a essa hipótese. A difusão e a “bagatelização” do uso das tecnologias da informação e da comunicação não permitem mais traçar fronteira entre o que é processamento automático e o que circunstancialmente não o é.

Como apresentado no Capítulo IV, afigura-se, no modo como as soluções estão sendo articuladas no Direito brasileiro, que os riscos para os direitos da personalidade do empregado decorrentes dos usos da informação nas relações empregatícias em ambiente de processamento automático não estão sendo devidamente considerados na argumentação jurídica que tem prevalecido. É possível observar que frequentemente os fatos ou as condutas a eles associados não adquiriram ainda o que se poderia chamar de relevância jurídica. Embora estejam presentes nos relatos levados aos tribunais, eles não são sistematicamente submetidos a uma avaliação jurídica que inclua deliberadamente o problema e os perigos que necessariamente estão envolvidos quando em jogo a obtenção e o uso da informação pessoal. Essa dificuldade não deve ser debitada exclusivamente aos juízes e tribunais brasileiros. Entre nós parece não haver ainda uma consciência clara do que está implicado no uso da informação pessoal, mesmo na atuação sindical e em várias iniciativas em que se propugna uma ampliação do acesso à informação.⁵²⁵

Essa dificuldade de percepção parece não se circunscrever apenas à avaliação dos riscos aos direitos da personalidade do empregado e, em última instância, a seus interesses dignos de proteção. Ela também é encontrada no tocante à identificação da necessidade de informação do empregador e no estabelecimento de limites à sua realização.⁵²⁶ O lado que concerne à necessidade de informação do empregador – o que juridicamente poderia ser

⁵²⁵ Recentemente, entrou em vigor a Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011). Contudo, o país não dispõe ainda de um marco regulatório para tratar dos importantes conflitos entre o direito à autodeterminação informativa (proteção de dados pessoais) e a garantia da proteção da privacidade e da intimidade das pessoas, de um lado, e o direito ou a liberdade de informação, do outro.

⁵²⁶ A propósito do interesse do empregador, PATRUNI, Patrícia Mauad. Tutela do interesse do empregador. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do emprego pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63-85.

qualificado como o interesse legítimo do empregador – tem igualmente importância capital no resultado final que qualquer solução pretenda alcançar. As restrições a serem imputadas ao empregador e ao empregado dependerão enormemente de como esses elementos são juridicamente equacionados e quais as razões que justificam essas escolhas.

A mesma dificuldade pode ser verificada em relação ao entrelaçamento do interesse público e suas vinculações com as demandas de informação pessoal do empregado ou candidato nas relações empregatícias. Com efeito, o empregador é, em regra, o responsável pela realização de políticas públicas que vão desde a inserção de determinados trabalhadores (por exemplo, a implementação das cotas para deficientes) até o cumprimento de padrões no atendimento a clientes (por exemplo, o serviço de atendimento ao consumidor) e o cumprimento de normas de segurança para a proteção de terceiros (por exemplo, o serviço de transporte público).⁵²⁷

Não temos ainda um marco legal para regular a obtenção e o uso da informação pessoal. Mas entre nós é pródigo e difundido em escala crescente o uso das tecnologias da informação e da comunicação, particularmente nas relações empregatícias.

Considerando o quadro até aqui apresentado, o que se pode fazer para poder oferecer uma proteção adequada aos interesses dignos de proteção do empregado no Direito brasileiro?

Compreender o papel da informação pessoal do empregado nas modernas relações empregatícias auxilia a traçar um panorama mais claro dos interesses envolvidos no problema e a oferecer ao intérprete as bases para encontrar soluções que melhor atendam às especificidades setoriais. O esquema regulatório proposto pelas regras de proteção de dados pessoais traz à baila a pergunta sobre se é necessário uma lei para alcançar os fins protetivos potencialmente anunciados nos valores de maior relevância e prestigiados pela nossa Constituição. Por fim, convém esboçar algumas possibilidades de solidificar a construção de uma proteção da informação pessoal do empregado com as potencialidades

⁵²⁷ Raros são os trabalhos que se ocupam diretamente desse tema. Entre os poucos está o de SBRISSIA, Maria Fernanda; SILVA, Marilza Lima da. Tutela do interesse público. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 87-114.

do arcabouço normativo atualmente existente, considerando as situações referidas ao longo do Capítulo IV.

2. O papel da informação pessoal do empregado nas relações empregatícias e os interesses em conflito na sua obtenção e uso

Nas práticas de obtenção e coleta de informação pessoal, os autores identificam três posições envolvidas e buscam, na análise dos direitos, das expectativas e das pretensões desses diferentes atores, traçar a lógica do setor no que diz respeito à informação pessoal do empregado. As posições consideradas são: os interesses dos empregados, os interesses do empregador na informação pessoal do empregado e os interesses relacionados à realização de políticas públicas.

No caso brasileiro, a despeito do clamor por proteção de dados pessoais não ter ainda encontrado clara expressão nas práticas sociais e nos pleitos judiciais, as práticas que governam o setor no tocante à informação pessoal acompanham as tendências delineadas na economia globalizada. Assim, o exame empreendido dos principais interesses colidentes e de como eles se interconectam pode ser usado como referência para a compreensão do problema entre nós.

Mark Freedland propõe uma análise mais acurada e diferenciada para expressar o significado da proteção de dados pessoais, suas relações com os direitos fundamentais dos empregados e com os demais interesses presentes no contexto empregatício. As posições são examinadas considerando inicialmente o que se atribui como sendo a finalidade da proteção de dados pessoais.

Em geral, a proteção do direito à privacidade é vista como a principal finalidade das regras de proteção de dados pessoais. O autor propõe uma análise mais complexa desse núcleo e sustenta que, no campo empregatício, os direitos que realmente importam parecem ultrapassar o que usualmente se inscreve com o que substancialmente se entende

como sendo direito à privacidade. O autor propõe uma análise mais complexa desse núcleo e sustenta que, no campo empregatício, os direitos que realmente importam parecem ultrapassar o que usualmente se inscreve com o que substancialmente se entende como sendo direito à privacidade. Também remarca a necessidade de distinguir o que é interesse do empregador daquele que decorre de exigências para o cumprimento de políticas públicas.⁵²⁸

O autor advoga que se deve reconhecer que o direito à privacidade se tornou um conceito complexo no contexto empregatício. Ele engloba um número diferenciado de aspectos e precisa ser subdividido para ser entendido na sua integral extensão, assim como nas suas ramificações. Afirma que o conceito de privacidade, mesmo articulado de forma ampla, não mais fornece integralmente um panorama dos direitos e das expectativas que efetivamente estão em jogo nessas relações.⁵²⁹

Quais seriam os principais interesses dos empregados em relação à privacidade? A reivindicação, quando associada a medidas para responder aos desenvolvimentos relacionados ao emprego de computadores, tende a ser formulada em termos de duas ideias nucleares. A primeira seria a expectativa de confidencialidade e sigilo dos dados pessoais. A segunda refere-se ao direito do indivíduo poder estar isolado ou apartado da vigilância de outros. Freedland observa que a evolução de quadros legais coerentes depende, contudo, do reconhecimento de que esses direitos, interesses ou expectativa sejam elucidados de forma mais ampla em relação à finalidade e ao conteúdo. Assim, considera particularmente relevante na relação empregatícia que o direito à vida privacidade e intimidade seja amplamente visto como o reconhecimento da pretensão dos indivíduos em verem respeitadas a sua dignidade e autonomia. Embora esse pleito se revista de um grau elevado de genericidade, entende ser possível observar que essa ideia de respeito à dignidade e autonomia pode ser desdobrada em dois aspectos principais. Primeiro, ela comporta a noção de respeito às liberdades civis, principalmente as liberdades de expressão,

⁵²⁸ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 11-12.

⁵²⁹ Id. *Ibid.*, p. 13.

associação, credo religioso ou político. Segundo, ela representa a ideia de proteção e preservação de um espaço pessoal, de uma zona de opacidade, para que as pessoas possam existir e se desenvolver como indivíduos impregnados de sentido próprio e que possam escolher o seu estilo de vida. É evidente que as relações empregatícias constituem um palco particularmente propício para o desdobramento dessas ideias.⁵³⁰

Mesmo que se atribua um amplo sentido aos conceitos de vida privada e intimidade, eles não parecem oferecer sozinhos o quadro completo dos direitos fundamentais básicos do empregado que estão em jogo na tutela visada pela proteção de dados pessoais. Existem ainda dois feixos de direitos e pretensões que obrigatoriamente devem ser considerados. O primeiro é composto pelas pretensões associadas à saúde, à segurança e ao bem-estar no trabalho. O segundo é composto por direitos, pretensões e expectativas relacionados à igualdade, à não discriminação e à mobilidade social e econômica. Esses dois conjuntos de direitos, pretensões e expectativas normalmente são contemplados de uma forma ou outra na legislação.⁵³¹

Contudo, não é óbvio, e por isso merece justificativa, afirmar que esses outros direitos, pretensões e expectativas referidos no parágrafo anterior estão também em jogo nos regimes de proteção de dados pessoais dos empregados.

Com efeito, os danos resultantes de estresse e de traumas psicológicos têm sido cada vez mais incluídos no rol de direitos e expectativas associados à saúde, à segurança e ao bem-estar no trabalho. E emerge cada vez mais claramente que existem várias formas de usos de informações e dados pessoais que podem ter efeitos nesse sentido sobre tais direitos e expectativas.⁵³²

Por outro lado, as tecnologias da informação incrementam a capacidade do empregador e até o incentivam a aplicar várias formas de discriminação e desigualdade tanto no recrutamento quanto nas próprias relações laborais, e essas questões pertencem nitidamente ao conjunto de direitos, pretensões e expectativas associados à igualdade, à

⁵³⁰ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 13-15.

⁵³¹ Id. *Ibid.*, p. 15-16.

⁵³² Id. *Ibid.*, p. 16.

não discriminação e à mobilidade social e econômica. Essas questões se revestem de crescente relevância na medida em que existem formas de discriminação prescritas ou controladas. Tudo isso faz com que as especificações de direitos, expectativas e pretensões dos trabalhadores nesse particular sejam um processo dinâmico que não se equivale aos casos de discriminação circunscritos exclusivamente a determinado tipo de informação, como ocorre na discriminação por orientação sexual ou por deficiência.⁵³³

No que tange ao interesse do empregador, ele obtém e usa dados ou informações pessoais do empregado por razões diversas, entre elas o cumprimento da lei, para auxiliar na seleção, no treinamento e na promoção no emprego, para assegurar a higiene pessoal, para fins de controle de qualidade, para garantia de atendimento ao cliente ou para a proteção da propriedade. Freedland salienta que as ações de coleta e uso da informação se desenvolvem em um contexto no qual a empresa deve explorar todas as maneiras possíveis de aumentar sua competitividade mediante o uso cada vez maior e efetivo das tecnologias da informação e da comunicação. E é justamente nesse ambiente que os empregadores exercitam o direito *prima facie* de livre informação, obtendo e usando a informação que não está especificamente controlada.⁵³⁴

No que diz respeito ao interesse público, as relações laborais são consideradas um palco privilegiado para a realização e a efetivação de políticas públicas. Se considerarmos essa perspectiva, já no exame do que está em jogo nos direitos, expectativas e pretensões dos empregados, veremos que elas envolvem questões que, pelo menos mediatamente, se inscrevem na órbita das políticas públicas. Com efeito, parece incontestável que existe um nítido interesse público em garantir ao trabalhador o exercício da cidadania, a proteção da saúde, a segurança e o bem-estar no trabalho.⁵³⁵

Além dessa visível relação entre direitos, expectativas e pretensões dos empregados e interesse público, Freedland salienta que as relações empregatícias são frequentemente utilizadas para concretizar ou efetivar leis e políticas públicas em vários campos que

⁵³³ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 16.

⁵³⁴ Id. *Ibid.*, p. 17-18.

⁵³⁵ Id. *Ibid.*, p. 18.

podem ir desde o combate à criminalidade e o cumprimento de obrigações fiscais e tributárias até a implementação de integração racial ou étnica ou mesmo a garantia de que o serviço prestado ao público está sendo realizado em conformidade com a legislação.⁵³⁶ Isso significa, como já salientado no Capítulo I, que existe uma expectativa de que o empregador possa obter e usar informações relativas ao empregado para esses propósitos.

No Brasil, um bom exemplo desta última hipótese é o serviço de atendimento a clientes, prestado em calls centers e serviços de atendimento ao consumidor (SACs).⁵³⁷ Ele é regido por normas que fixam a qualidade do atendimento e o acompanhamento de demandas com implicações diretas na necessidade de obtenção e disponibilização de informações pessoais dos empregados que executam o serviço (por exemplo, gravação do atendimento realizado pelos operadores e manutenção desses registros). Outros exemplos são a implementação das regras relacionadas ao acesso à informação no setor público⁵³⁸ e as políticas de acesso às informações processuais e à publicação das decisões judiciais nos sítios da Justiça do Trabalho.⁵³⁹ É intuitivo que em múltiplas situações o acesso à informação no setor público implicará aquisição de informação pessoal de servidores e empregados públicos. O mesmo raciocínio pode ser seguido quanto às políticas de obtenção de informações processuais e decisões judiciais de nossa Justiça especializada nas relações trabalhistas – aí também é disponibilizado ao público um grande banco de dados com informações pessoais de empregados. Em todos esses casos, a realização de

⁵³⁶ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 18.

⁵³⁷ Cf. Decreto n.º 6523, de 31 de julho de 2008, que regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – CDC, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), principalmente os capítulos que tratam da qualidade de atendimento (arts. 8 a 14) e do acompanhamento de demandas (arts. 15 a 16).

⁵³⁸ Cf. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5.º, no inciso II do § 3.º do art. 37 e no § 2.º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. O art. 31, que trata das informações pessoais, é bastante impreciso quanto às que devem ser consideradas protegidas. Ver também arts. 55 a 62 do Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012.

⁵³⁹ A possibilidade de realizar pesquisa e consultas nos sítios dos tribunais utilizando-se do nome do reclamante já levou o TST a determinar a proibição desse tipo de busca, por meio de circular do Presidente do Tribunal em 30 de agosto de 2002. Ver igualmente MTE Portaria n.º 367, de 18 de setembro de 2002, do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, e Resolução n.º 121, de 5 de outubro de 2010, do Presidente do Conselho Nacional de Justiça.

políticas públicas pode ao mesmo tempo implicar a frustração dos direitos e expectativas do empregado quanto à proteção de sua informação pessoal.

O quadro delineado nos mostra que o cenário para fins de ponderação de interesses é visivelmente mais complexo do que o que vem sendo apresentado. Primeiro, porque os direitos fundamentais que sustentam a ideia de proteção de dados pessoais do empregado no setor empregatício são muito mais extensos e multifacetados do que à primeira vista poderia parecer, sendo que o que está em jogo provavelmente vai muito além do que usualmente se associa às ideias de intimidade e privacidade. Segundo, esses direitos e expectativas dos empregados devem ser sopesados em contraposição a uma gama extensa de interesses do empregador e a um número expressivo de questões relacionadas a políticas públicas.⁵⁴⁰

Parece-nos particularmente importante para compreender a lógica que atualmente governa o fluxo de informação nas relações empregatícias, principalmente da informação pessoal do empregado, observar que função ela exerce no gerenciamento dessas relações. Os autores salientam que o modo como a informação pessoal tem sido usada no contexto empregatício mudou substancialmente. Ela passou a desempenhar papel mais importante do que tradicionalmente vinha ocupando no gerenciamento das relações empregatícias. E essa nova maneira de usá-la tem implicações ainda mais profundas nos direitos fundamentais, nas expectativas e nos interesses identificados anteriormente.⁵⁴¹

De fato, nas relações empregatícias, a informação pessoal do empregado que tinha tradicionalmente funções relativamente limitadas, adstritas principalmente à seleção e à disciplina, passou a ter funções significativamente ampliadas relacionadas à motivação, ao incentivo e à aculturação de trabalhadores e ao controle de seu comportamento, sendo a

⁵⁴⁰ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 18; e SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 356-358.

⁵⁴¹ FREEDLAND, op. cit., p. 26-28; e SIMITIS, op. cit., p. 356-358.

crecente centralidade dos sistemas de premiação de todo tipo apenas um exemplo desse fenômeno.⁵⁴²

Essa dinâmica está profundamente ligada a mudanças ocorridas no próprio trabalho e na forma como ele é percebido. Quando se fala em “sociedade da informação”, aponta-se para um estado de coisas no qual o trabalho e a organização produtiva das empresas e das políticas consistem crescentemente em transações com informações. Então, o trabalho das pessoas constitui-se cada vez mais em comunicar e cada vez menos em produzir fisicamente, como no sentido mais tradicional. Isso não quer dizer que o trabalho de produzir informação não tenha existido antes, apenas indica uma tendência no sentido de uma dominância dele face ao modelo tradicional do trabalho como associado a uma atividade física.⁵⁴³

Essa tendência é acompanhada e reforçada pelo que Freedland chama de “tecnização da comunicação humana”, que se faz presente no modo como a comunicação se realiza (por exemplo, uso de e-mails e outros serviços eletrônicos) e no modo como ela é percebida. Quanto a esse segundo aspecto, afigura-se haver uma propensão em entender a comunicação como um fato técnico, um dado, e não como a expressão de opiniões e pensamentos.⁵⁴⁴

Todo esse quadro parece fomentar uma mudança no modo como as relações empregatícias são geridas, isto é, no próprio exercício do que juridicamente se qualifica como sendo o poder diretivo. O trabalho não é mais um processo de produção baseado no engajamento físico do trabalhador, ele passa por um processo baseado na comunicação interpessoal. A gerência da relação empregatícia finda por ser vista como a administração

⁵⁴² FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 27; e SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 356-358.

⁵⁴³ FREEDLAND, op. cit., p. 27; e CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 108. Este último usa a expressão “penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias”.

⁵⁴⁴ FREEDLAND, op. cit., p. 27.

de transações envolvendo informações, sendo a obtenção e o uso de informação pessoal do empregado parte integrante desse processo.⁵⁴⁵

Essas mudanças têm implicações diretas tanto no que diz respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores e às expectativas a eles relacionadas quanto no tocante ao próprio interesse do empregador. Com efeito, essas mudanças do papel da informação no gerenciamento aumentam efetivamente as ameaças atuais e potenciais aos direitos fundamentais dos empregados e às expectativas a eles relacionadas. Ao mesmo tempo, elas marcam e expressam uma crescente identificação do interesse do empregador em eficiência e competitividade com a utilização alargada da informação pessoal no gerenciamento da mão de obra. Isso significa que, do ponto de vista do empregador, por exemplo, o monitoramento e os sistemas de premiação são vistos como verdadeiramente essenciais para o gerenciamento efetivo da mão de obra e, assim, a maioria das ameaças aos direitos da personalidade dos empregados tem essa motivação, e não o desejo de ferir sentimentos ou dar um tratamento indigno ao empregado. É claro que essa motivação não pode justificar por si só as práticas em questão. Mas ela mostra a absoluta centralidade das questões envolvendo a obtenção e o uso da informação pessoal do empregado em uma gama relevante de controvérsias nas relações empregatícias.⁵⁴⁶

Nesse panorama, a proteção de dados pessoais aponta como um requerimento absolutamente central para as modernas relações de trabalho e para a maneira como elas são gerenciadas.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 27.

⁵⁴⁶ Id. Ibid., p. 27-28.

⁵⁴⁷ Id. Ibid., p. 28.

3. Sobre a necessidade de um marco regulatório

Se o direito à autodeterminação informativa é reconhecido pela doutrina brasileira como claramente enraizado nos direitos fundamentais, quer na garantia de inviolabilidade da vida privada e da intimidade, quer na cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade consubstanciada no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, qual seria a necessidade de um marco legal para a proteção de dados pessoais do empregado?

Como já referido neste trabalho, a proteção de dados pessoais é uma resposta nascida para contrabalançar uma situação que é de desequilíbrio e cuja abordagem não pode ser neutra, o que não significa que deva ser unilateral. O problema central aqui examinado está posto numa “encruzilhada” de direitos fundamentais e exige que o intérprete estabeleça a ligação a ser alcançada com um rol de valores erigidos como finalidade, considerando, de um lado, os interesses dignos de proteção do empregado e, de outro, os interesses legítimos do empregador. Esses interesses e sua articulação com os direitos fundamentais são muito mais complexos do que possa parecer à primeira vista⁵⁴⁸ e ultrapassam o que é perceptível nas situações individuais. Se as soluções pretendem sinalizar limites coerentes e racionais e surtir efeitos no mercado como um todo,⁵⁴⁹ é recomendável que sejam objeto de um juízo de ponderação prévio a ser realizado pelo legislador.

O marco legal pode ainda sinalizar claramente que o acesso à informação pessoal deva ser feito sempre com restrições. Essa indicação revela-se apropriada, principalmente quando se sabe que hoje grande parte dessa informação pode ser obtida por fontes externas, isto é, não promana da pessoa a quem ela se refere. O acesso a essa informação é,

⁵⁴⁸ As complexas relações entre os direitos fundamentais dos empregados e os interesses do empregador e das políticas públicas serão referidas mais detalhadamente no item 2 deste capítulo.

⁵⁴⁹ No setor de transporte de carga perigosa, por exemplo, existem empresas independentes que fazem gestão de riscos. Entre os serviços oferecidos estão a análise e a consulta de perfil de motoristas carreteiros. Há exigência por parte dos clientes das transportadoras de que o motorista que transportará a carga contratada seja cadastrado nessas empresas de gestão de risco. As empresas seguradoras da carga fazem usualmente também essa exigência. Eis uma pequena amostra de como a pressão por obtenção de informação pessoal do empregado pode não ser diretamente do próprio empregador.

em princípio, livre e assim, em tese, os empregadores ou as agências de colocação, ao se servirem dessas fontes, estariam exercendo a liberdade geral de obter e usar informação não expressamente controlada. O marco legal de proteção de dados pessoais teria como um de seus efeitos estabelecer limites, criando zonas em relação às quais não seria possível esse trânsito desregulamentado. De acordo com Daniel Solove, a lei também pode auxiliar na tarefa de abandonar a visão binária de privacidade, reconhecendo situações que, embora de exposição pública, estariam acobertadas pela proteção da privacidade.⁵⁵⁰

Um dos pilares do tripé no qual se assenta o arcabouço da proteção de dados pessoais está nos deveres do responsável pelo armazenamento da informação. O espectro desses deveres é bastante amplo e vai desde os sistemas de segurança dos dados armazenados e o controle de acesso a eles até as operações de transmissão internas, o tempo de armazenamento da informação e as formas de descarte da informação, entre outros aspectos. O marco regulatório pode oferecer coerência, racionalidade, simetria, transparência e segurança jurídica na concretização desses deveres, permitir certa “padronização” nas condutas esperadas de quem tem sobre si a responsabilidade de manter dados pessoais de empregados ou candidatos e estabelecer as sanções na hipótese de descumprimento. O mesmo raciocínio vale para o exercício dos direitos diretamente relacionados ao acesso e ao controle da informação pessoal pelos empregados ou por seus representantes.

Embora a lei definitivamente não resolva todos os problemas, ela pode inaugurar uma cultura mais sintonizada com as múltiplas questões implicadas no amplo acesso e uso das informações pessoais dos empregados nas relações empregatícias. Ela pode ainda se aliar, por exemplo, ao que os autores americanos chamam de “poder da arquitetura” ou do “código” (*code*)⁵⁵¹ no desenho e nas opções oferecidas pelas tecnologias disponíveis, construindo-as mais compatíveis com as exigências de respeito à vida privada e à dignidade da pessoa do trabalhador.

⁵⁵⁰ SOLOVE, Daniel J. *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the internet*. New Haven; Londres: Yale University Press, 2007, p. 190.

⁵⁵¹ Id. *Ibid.*, p. 200; LESSING, Lawrence. *Code 2.0*. Cambridge: SoHo Books, 2010, p. 4.

A obtenção e o uso da informação pessoal do empregado deveria merecer no Brasil uma regulamentação própria, especialmente talhada para o setor empregatício? Essa pergunta usualmente pressupõe que já exista uma estrutura normativa regulatória de múltipla abrangência para os dados pessoais. Em jogo estaria então uma questão de especialização, justificada pela necessidade de melhor adequar a proteção ao setor.

Alguns autores se fizeram essa pergunta, embora em contextos um tanto diferentes. Spiros Simitis⁵⁵², que no final dos anos 1990 analisa a questão tanto do ponto de vista europeu quanto do alemão, entende que essa regulamentação setorial seria necessária para dar respostas adequadas aos problemas específicos do setor tanto num como noutro caso. Já Wolfgang Zöllner,⁵⁵³ que se manifesta considerando o quadro normativo e doutrinário alemão dos anos 1980, sustenta que o marco legal geral da proteção de dados pessoais com suas regras de múltipla abrangência oferece em princípio proteção adequada, até porque o setor empregatício estaria também regulado pelas normas de proteção do Direito do Trabalho. Freedland, em estudo realizado no final dos anos 1990, igualmente examinou a necessidade de uma norma setorial específica para a proteção de dados do empregado no contexto da União Europeia.⁵⁵⁴ Todos traçam o diagnóstico setorial a partir de um cenário com uma sólida cultura de proteção de dados pessoais.

No que diz respeito ao papel da informação pessoal do empregado nas relações trabalhistas, reconhece-se que existem inegáveis peculiaridades envolvendo os interesses que estão em jogo e suas interconexões.⁵⁵⁵ Considerar esses aspectos em uma agenda de proteção de dados pessoais específica para o setor empregatício dentro de uma proposta mais ampla de regulação pode aumentar as chances de que o processo de sopesamento

⁵⁵² SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 351-371

⁵⁵³ ZÖLLNER, Wolfgang. *Daten – und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*. Colônia; Berlim; Bonn; Munique: Carl Heymanns, 1982, p. 1-12.

⁵⁵⁴ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999 (o estudo versa na sua integralidade sobre esse assunto).

⁵⁵⁵ Cf. Item 2 deste capítulo.

entre os interesses conflitantes leve a soluções mais racionais e com maior grau de aceitação.⁵⁵⁶

No Brasil não há ainda um arcabouço regulatório geral nem uma cultura estabelecida de valorização da proteção de dados pessoais. Já existe, contudo, movimentação para que o problema seja regulamentado. Pelo menos duas iniciativas devem ser referidas. A primeira é um anteprojeto elaborado pelo Ministério da Justiça em 2010.⁵⁵⁷ A segunda é o PL 4060 de 2012, de iniciativa do deputado Milton Monti, apresentado em Plenário da Câmara dos Deputados em 13 de junho de 2012 e atualmente em tramitação.⁵⁵⁸

Quanto ao anteprojeto do Ministério da Justiça, ele ainda não foi apresentado em nenhuma das casas legislativas. Depreende-se que ele está sintonizado com os aspectos mais relevantes já consolidados no arcabouço protetivo internacional. O sistema que institui abrange amplamente o tripé da proteção a que nos referimos anteriormente, e o tratamento de dados pessoais dos empregados estaria no campo de abrangência de suas normas (art. 2.º e art. 3.º).

Quanto ao PL 4060 de 2012, sua atual redação não oferece um sistema consistente de proteção para nenhuma das pontas do tripé de proteção de dados (condições claras para a coleta e o uso; deveres gerenciais e de transparência consistentes para o responsável pelo tratamento; e normas para o exercício de direitos relacionados à autodeterminação informativa).⁵⁵⁹ De acordo com o art. 6.º, os dados pessoais dos empregados estariam fora

⁵⁵⁶ FREEDLAND, FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 18.

⁵⁵⁷ Para o inteiro teor do anteprojeto, ver <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2489423/governo-federal-inicia-debate-publico-sobre-protecao-de-dados-pessoais-da-sociedade-e-nao-distingue-tratamento-as-bases-de-dados-dos-cartorios>>. Acesso em: 22 de jun. de 2012. Conforme notícia no Portal do Ministério da Justiça, o envio de propostas se estendeu até abril de 2011, cf. <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ08DEBD27ITEMID713CB028EB4D494C85AC7589D7FCF131PTBRNN.htm>>, acesso em: 23 de jun. de 2012.

⁵⁵⁸ Para o inteiro teor do PL 4060 de 2012, de iniciativa do Deputado Milton Monti, apresentado em Plenário da Câmara dos Deputados em 13 de junho de 2012, ver <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>. Acesso em: 22 de jun de 2012.

⁵⁵⁹ Bastante preocupante é a atual redação do art. 14, que estabelece uma espécie de carta branca para o compartilhamento de dados para fins comerciais, e o parágrafo único do art. 15, que permite o envio de

de seu campo de aplicação.⁵⁶⁰ O projeto está mais preocupado em regular questões comerciais dos responsáveis pelo tratamento de dados e não parece estar afinado com a principal preocupação da proteção de dados pessoais no discurso internacional, que é a proteção da pessoa natural e de seus direitos fundamentais. De qualquer sorte, mantida a exclusão do art. 6.º, esse Projeto de Lei visivelmente não teria impacto no setor empregatício.

Como as práticas setoriais daqui se alinham às tendências mundiais, a proteção de dados pessoais do empregado revela-se uma questão nevrálgica nas nossas relações de trabalho. É possível que o quadro normativo atual e as tradições sociais, políticas e jurídicas brasileiras dificultem entre nós a identificação do que está em jogo nos conflitos de interesse envolvendo a obtenção e o uso da informação pessoal. Sobre se uma regulamentação setorial seria o melhor caminho para solucioná-los no Brasil, isso envolve a avaliação de vários fatores, inclusive o da necessidade de existência prévia de um marco regulatório mais amplo. Na sua ausência, parece-nos prematuro formular uma conclusão a esse respeito neste estudo.

4. Efeito protetivo *de lege lata*: caminhos possíveis

Apresentado o problema – a necessidade de traçar limites para a obtenção e o uso pelo empregador da informação pessoal do empregado – e percorridos vários de seus aspectos, cumpre-nos, na reta final deste estudo, refletir sobre o que é possível fazer com o material normativo atualmente existente para responder no Direito do Trabalho brasileiro aos grandes dilemas apresentados.

comunicações comerciais ou sociais, salvo solicitação de bloqueio do titular dos dados. Para acesso ao inteiro teor, ver nota anterior.

⁵⁶⁰ Com efeito, o art. 6.º estabelece as hipóteses para as quais a proteção nele prevista não se aplicaria e o inciso II desse artigo expressamente exclui “*dados relativos a pessoas físicas, quando se referirem, exclusivamente, a informações relativas às suas atividades profissionais e/ou comerciais*”.

Não temos até o momento um marco regulatório para a proteção de dados pessoais, nem geral, nem setorial. Temos uma cultura que parece não ser fortemente reivindicativa na exigência de proteção da informação pessoal. As relações laborais oscilam entre a mais sofisticada modernidade e um alto grau de servilismo. Há quase uma fascinação pelas facilidades descortinadas pelas tecnologias da informação e da comunicação. E talvez perpassse no imaginário uma ideia de que a demanda de proteção nessa área possa significar um porto seguro para encobrir eventuais malfeitorias do sujeito da tutela.

Por outro lado, as relações trabalhistas entre nós estão também imersas em um contexto no qual a informação tem um lugar de centralidade e ela mesma é matéria-prima das tecnologias da informação e da comunicação.⁵⁶¹ Assim, o conflito de interesses entre empregados, empregadores e políticas públicas na obtenção e no uso de informação pessoal do empregado se desfralda em termos gerais com as mesmas características do resto do globo e não está imune a dilemas referidos no item anterior, mesmo que eles não tenham encontrado ainda uma expressão clara nas demandas formuladas na Justiça.

Como uma das funções mais importantes do Direito do Trabalho é estabelecer um marco civilizatório nas relações que visa regular, é certo que não lhe são alheias as mudanças sofridas no modo de exercício do poder de direção e suas implicações no que diz respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores e às expectativas a eles relacionadas.

No Direito do Trabalho brasileiro, já existe uma proteção da informação relativa ao empregado, embora seus contornos ainda não sejam bem definidos, como demonstrado no Capítulo IV. Em razão dessa fragilidade, são muito imprecisos os sinais emitidos aos jurisdicionados. A lábil proteção da informação pessoal do empregado, sem estrutura definida, está longe de responder adequadamente aos desafios inerentes a seu atual papel nas relações empregatícias. Nesse cenário, a proteção atualmente oferecida em nosso Direito parece estar longe de contemplar os problemas visados no arcabouço internacional referido no Capítulo II.

Não obstante, no material normativo existente há potencialidades que podem e devem ser exploradas, visando uma proteção mais próxima das finalidades para as quais a

⁵⁶¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 108.

proteção de dados pessoais é pensada. E o suporte para a exploração dessas potencialidades tem claro fundamento constitucional, como indicado no Capítulo III.

Entendemos que o primeiro passo rumo à construção de uma proteção mais consistente está na percepção dos interesses que estão em jogo na obtenção e no uso da informação pessoal do empregado. Essa compreensão abre as portas para que o problema adquira relevância jurídica e ingresse, com robustez, na argumentação e nos processos de justificativa pública da lei.⁵⁶²

Não havendo lei que preveja a proteção de dados pessoais do empregado, descortinam-se, em princípio, duas vias para construí-la: a contratual, por meio de obrigações acessórias do empregador, e a tutela dos direitos da personalidade do empregado. A aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais é compatível com ambas e deve se fazer para minimizar a coleta, cercando e delimitando a necessidade legítima do empregador na obtenção da informação.

O conceito de dado pessoal pode ser usado como referência na argumentação. Contudo, sem uma sólida construção dogmática e jurisprudencial parece-nos problemático que ele possa ser explorado nas bordas mais externas de suas fronteiras, nas quais a noção de dado praticamente se despe da noção de informação cognoscível.

Na via contratual, os princípios da proteção de dados pessoais, principalmente os relacionados aos limites na obtenção da informação e aos deveres de gerência do acervo de dados mantidos sob responsabilidade do empregador, podem ser articulados aos deveres e às obrigações contratuais. Isso pode ser de utilidade para identificar e qualificar as fronteiras dos interesses em jogo e auxiliar na tarefa de sopesar o conflito no campo contratual trabalhista, nas hipóteses em que esse sopesamento seja pertinente.

Os princípios da proteção de dados pessoais também podem ser usados se a via eleita for extracontratual, visando à proteção dos direitos da personalidade do empregado. Eles podem auxiliar na tarefa de aplicar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo

⁵⁶² A justificativa pública da lei, encarnada principalmente na atividade do Judiciário, é parte da concepção procedimental do Estado de Direito e é considerada uma das pré-condições para o exercício da democracia. Cf. WEBBER, Jeremy. Democratic decision making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Coord.). *The Least Examined Branch*. Cambridge; Nova York: Cambridge University, 2006, p. 414-415.

nas hipóteses de colisão de direitos ou princípios. Nesse contexto são particularmente importantes o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito) e o princípio da necessidade.⁵⁶³

Independentemente de seguirmos o caminho contratual ou extracontratual para construir os limites, não se deve perder de vista o fato de que já existe uma gama significativa de normas que regulam vários aspectos das atividades nas quais o trabalho subordinado se realiza. Elas devem ser consideradas um suporte no processo de aferição da necessidade de informação do empregador e na aplicação dos princípios de proteção para minimizar a obtenção e regular e o uso da informação pessoal colhida. Na nossa avaliação, a exploração dos parâmetros fornecidos pela legislação em vigor, ainda que atomizada e pontual, parece não ter sido devidamente considerada na doutrina e na jurisprudência trabalhista.

Nos itens subsequentes retomaremos as principais questões apresentadas nos itens 4.3.1. e 4.3.2. do Capítulo IV, para apresentar algumas ideias na estruturação da construção de limites à obtenção e ao uso das informações pessoais do empregado pelo empregador, partindo do que já se debate na doutrina e nos precedentes judiciais aqui mostrados.

4.1. Princípios da proteção e da construção de limites à obtenção e ao uso da informação pessoal do empregado: algumas sugestões

Se nas relações empregatícias levarmos o direito à autodeterminação informativa a sério, existe uma questão que deve ser enfrentada necessariamente sempre em qualquer operação de tratamento da informação relativa ao empregado ou ao candidato. Trata-se de uma pergunta que decorre do princípio da licitude e da lealdade e que pode ser formulada nos seguintes termos: há fundamento de licitude para a obtenção da informação pessoal ou para a realização da operação de processamento que se pretende realizar? A resposta a essa

⁵⁶³ Cf. Item 9 do Capítulo II.

pergunta conduzirá o intérprete à próxima etapa da análise que será diferentemente estruturada, dependendo do fundamento de licitude que se tenha como justificativa.

Observe-se que a atividade inquisitória do empregador ou a obtenção de informação pode juridicamente se apresentar como expressão do poder diretivo, mas não necessariamente. Há situações nas quais não há ainda subordinação jurídica e, portanto, não parece exato falar em poder diretivo. Confirmam essas exceções, por exemplo, as pesquisas, os testes e as perguntas dirigidos ao pretendente à vaga nos procedimentos de seleção pelo empregador ou por quem atua em seu interesse. Igualmente o cadastramento dos candidatos em sítios das companhias na Internet e a captação de candidatos por intermédio do Facebook e das redes sociais,⁵⁶⁴ o que normalmente ocorre por atividade do próprio candidato, não podem ser considerados como expressão do poder de direção. Outra situação para a qual não parece adequado subsumí-la como exercício do poder diretivo é a atinente à obtenção de informação relativa ao empregado para cumprimento de um dever legal, como é o caso, por exemplo, para atender a exigências de políticas públicas. O modo, portanto, como juridicamente se exprime a atividade de o empregador obter informação sobre o empregado não parece ser uniforme, já que pode decorrer de múltiplas causas, sendo o poder diretivo apenas uma delas.

Nas situações em que o poder de direção não está configurado, como o problema da proteção da informação pessoal do empregado poderia ser juridicamente estruturado para que seus interesses dignos de proteção sejam adequadamente alvo de proteção? Em princípio, é possível apelar para as forças do contrato como elemento organizador da atividade de obtenção e uso da informação. As diligências prévias à formação do contrato são também regidas pelos princípios da probidade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil e parágrafo único do art. 8.º da CLT). A estrutura contratual oferece um quadro normativo de referência mais concretizado, no qual pode ser mais claro dimensionar os interesses em

⁵⁶⁴ Esse modelo de negócios – captação de candidatos pelo Facebook e pelas redes sociais – merece melhor análise para a exata compreensão de como ele está estruturado, que interesses estão nele implicados e como é financiado. À primeira vista, o modo como a informação pessoal é usada parece ser bastante opaco.

conflito. Outra opção é buscar apoio diretamente na lei ou na Constituição, por exemplo, no art. 21 do Código Civil ou no Art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal.

Usualmente, as leis de proteção de dados pessoais estabelecem as hipóteses em que o processamento é considerado lícito. Embora no Brasil ainda não exista lei que estabeleça genericamente esses parâmetros, é razoável afirmar que o contrato de trabalho e as diligências que o antecedem podem se apresentar como fundamento de licitude se a pessoa em causa for uma das partes e as operações foram necessárias para a formação ou a execução do contrato. Outro fundamento de licitude para justificar a obtenção ou o uso seria o cumprimento de um dever estabelecido em lei.

Quanto ao contrato de trabalho ou às diligências que o antecedem, embora possam ser condição necessária (fundamento de licitude) para a obtenção e o tratamento da informação pessoal, sua invocação não é suficiente para embasar a conclusão final sobre se o empregador (ou quem em seu interesse aja) estaria autorizado a realizar determinado processamento da informação. É preciso verificar se a obtenção ou o uso são necessários para os fins contratuais (isto é, se eles têm significação contratual ou importância na regular execução do contrato), se estão sendo feitos para as finalidades anunciadas e se a escolha, entre as alternativas possíveis, está amparada pelo Direito. Em cada uma dessas etapas existem várias questões a serem resolvidas e eventualmente autorizações, restrições ou proibições já estabelecidas na legislação.

Seguindo esse raciocínio, veremos que nem sempre ele nos levará a uma situação que exija a ponderação de interesses em conflito. Com efeito, pode ser que o problema ou parte dele já esteja previamente resolvido na legislação⁵⁶⁵ e, então, não haja espaço para a aplicação da proporcionalidade em sentido amplo. Por exemplo, o empregador está autorizado a gravar as ligações atendidas – e, conseqüentemente, a voz do operador atendente – nos serviços de atendimento ao consumidor por telefone. O fundamento para a obtenção dessa informação pessoal do empregado está na necessidade de atender a uma exigência de política pública de proteção do consumidor. Com efeito, o Decreto n.º 6.523, de 31 de julho de 2008, que regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 –

⁵⁶⁵ Sempre é possível discutir se a norma jurídica que oferece previamente a solução está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e que lhe confere fundamento de validade.

CDC, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) –, estabelece no § 3 do art. 15 que: “§ 3.º *É obrigatória a manutenção da gravação das chamadas efetuadas para o SAC, pelo prazo mínimo de noventa dias, durante o qual o consumidor poderá requerer acesso a seu conteúdo*”⁵⁶⁶ Nesse exemplo, o aspecto abordado não exigiu que fossem sopesados interesses em conflito e que fosse aplicado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, pois o legislador já se encarregou dessa tarefa.⁵⁶⁷ Saliente-se, contudo, que a finalidade da coleta é atender a necessidade de oferecer documentação para o consumidor. Isso significa que o fato de a informação assim obtida estar disponível para o empregador não o autoriza a usá-la para fins diferentes do que motivou a coleta original, como, por exemplo, para a punição ou a premiação dos empregados.

A porta de entrada da informação pessoal no sistema do empregador ou em seu processo decisório é a coleta. No arcabouço da proteção de dados pessoais, ela é controlada pela aplicação de vários princípios, cujo objetivo final é reduzi-la ao mínimo necessário e torná-la transparente para o candidato ou para o empregado. Trata-se de uma operação inicial e necessária para as demais, porque por meio dela a informação ou seu fragmento ingressa no sistema do empregador e, a partir daí, pode sofrer outros tratamentos. Sem coleta não há operações subsequentes. Embora não a conceituem, tanto a Recomendação n.º R(89)2 quanto o RRP-OIT estabelecem que, em princípio, os dados pessoais devem ser obtidos do trabalhador.⁵⁶⁸ A justificativa para colocar o empregado como principal fonte da informação a ser obtida se assenta no objetivo central perseguido pela proteção de dados pessoais – proporcionar a possibilidade de o indivíduo ter controle sobre a informação sobre si mesmo.

⁵⁶⁶ Em um caso julgado pelo TST e referido no item 4.2.1., o empregado trabalhava em um call center que, além de gravar o atendimento, fiscalizava o ambiente com um circuito fechado de TV. A verificação de licitude e o exame dos demais pontos devem ser feitos em relação às informações obtidas e ao meio utilizado. O acórdão está disponível em BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 277000.32.2006.5.09.0673, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, 6.ª Turma, DJ 16/02/2011. Ver Anexo 2.

⁵⁶⁷ Se assim foi estabelecido pelo legislador, supõe-se que ele exerceu a ponderação prévia entre os direitos fundamentais implicados. Em situações extraordinárias, a desconsideração dessa prévia ponderação é, contudo, possível.

⁵⁶⁸ Cf. item 4.1. da R(89)2 e item 6.1. do RRP-OIT.

Do ponto de vista estritamente do processamento automático de dados pessoais, a coleta só terá realmente importância se armazenada. De fato, para realizar qualquer outra operação de tratamento automático, a informação ou o dado devem estar registrados ou armazenados em algum meio ou suporte. Essa é provavelmente uma das razões que levaram algumas normas de proteção de dados pessoais a excluírem de seu âmbito de proteção as informações pessoais mantidas em ficheiros não estruturados.⁵⁶⁹ Assim, diligências investigatórias ou inquirições podem eventualmente não se materializar em coleta para fins de tratamento se as informações e os dados colhidos não puderem ser armazenados ou não tiverem seu armazenamento autorizado.⁵⁷⁰ Esse posicionamento não pode, contudo, ser transposto para o contexto empregatício, porque ele visivelmente não oferece proteção suficiente ao empregado.

Em relação ao empregado, a obtenção de informações pessoais já se inicia nos trâmites de seleção e contratação. Por essa razão, as normas internacionais setoriais regulam vários aspectos dessas diligências. Essas situações são também objeto de preocupação no Direito do Trabalho, porque se inscrevem na zona central por ele tutelada. De fato, nessa etapa, e considerando que os direitos fundamentais são garantidos ao candidato a emprego, em que limites pode transitar o empregador, ou quem em seu nome ou interesse age, para levantar dados pessoais do empregado?

Como já referido neste trabalho, nossa doutrina juslaboral fixa limites à obtenção e ao uso da informação relativa ao empregado considerando três aspectos: a) limitação aos meios ou métodos na obtenção; b) proteção de alguns tipos de informação; c) limites ao direito de perguntar do empregador. A todos esses aspectos podem ser aplicados argumentos baseados nos princípios da proteção de dados pessoais e na compreensão das questões envolvendo os conflitos de interesses na obtenção e no uso da informação pessoal do empregado.

⁵⁶⁹ Cf. Diretiva 95/46/CE, da União Europeia. Essa exclusão é denominada “derrogação material”.

⁵⁷⁰ ZÖLLNER, Wolfgang. *Daten – und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*. Colônia, Berlim, Bonn, Munique: Carl Heymanns, 1982, p. 32.

4.1.1. Limitação aos meios ou métodos para a obtenção e o uso da informação pessoal

Parte das preocupações doutrinárias é dirigida aos meios e métodos para a obtenção da informação nos procedimentos de seleção. É igualmente objeto de estudo alguns meios e métodos utilizados para controlar a atuação laboral: revistas pessoais,⁵⁷¹ circuitos internos de televisão,⁵⁷² escuta telefônica,⁵⁷³ serviço de vigilância e monitoramento do uso de computador e Internet,⁵⁷⁴ monitoramento de vícios, uso de drogas e álcool,⁵⁷⁵ controle de ida ao toalete.⁵⁷⁶

Com relação aos limites dos meios e métodos para a obtenção e o uso da informação pessoal do empregado, vimos que não existem regras genéricas que estabeleçam uma orientação abrangente ou um roteiro sistemático sobre o que deve ser considerado nesse ângulo. Não obstante, se observarmos a legislação existente, encontraremos vários aspectos que já estão regulados ou que trazem indicações relevantes sobre o que deve ser avaliado em situações específicas.⁵⁷⁷ Convém, portanto, estar atento ao material normativo disponível para dele extrair orientações sobre autorizações e proibições quanto à obtenção e ao uso de informação pessoal do empregado nas situações específicas.

A autorização do legislador para o uso de determinado meio ou método para a obtenção da informação pessoal pode ter vários significados. Entre os quais está o de indicar que naquela situação só valem os meios e métodos autorizados por ele (por exemplo, concurso público e testes previstos em lei para o setor público) ou que só situações expressamente previstas pelo legislador autorizam o uso de determinado método (por exemplo, exigência de previsão legal expressa para realização de testes genéticos).

⁵⁷¹ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção Constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 144-150; BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 73-80.

⁵⁷² SIMÓN, op. cit., p. 155; BARROS, op. cit., p. 83-87.

⁵⁷³ SIMÓN, op. cit., p. 144-153; BARROS, op. cit., p. 88.

⁵⁷⁴ SIMÓN, op. cit., p. 156-161.

⁵⁷⁵ SIMÓN, op. cit., p. 181-186.

⁵⁷⁶ SIMÓN, op. cit., p. 129-131; BARROS, op. cit., p. 90.

⁵⁷⁷ Cf. item 3.1.1. do Capítulo IV.

Observa-se ainda que a pergunta sobre os limites dos meios e métodos não está adstrita às diligências que antecedem o contrato de trabalho. Tanto nelas quanto na execução do contrato são empregados vários métodos para obter informação.

A doutrina pátria entende que os métodos adotados devem se limitar à “*avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções*”,⁵⁷⁸ não devem ser discriminatórios e não devem desnudar aspectos da personalidade relativos à vida íntima e privada.⁵⁷⁹ A eles deve ser acrescentado, por aplicação do princípio da lealdade, o dever de obter a informação diretamente do empregado ou do candidato ou de dar-lhe ciência do fato.

Embora se reconheçam ao empregador a necessidade de ter acesso a certas informações pessoais do empregado e o dever de coletá-las diretamente do empregado, isso não significa inteira liberdade quanto aos meios de fazê-lo, que não podem desrespeitar a dignidade do empregado. Há grande profusão de testes e constante inovação de possibilidades, inclusive pelos contínuos avanços tecnológicos.

No Brasil são definitivamente proibidas as revistas íntimas, eis um dos marcos claros da legislação – art. 373-A da CLT. É possível ainda afirmar que os meios claramente vexatórios ou que coloquem o empregado numa situação visivelmente abjeta não devem ser aceitos, porque incompatíveis com os valores fundamentais escolhidos pela Constituição Federal, encabeçados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que o empregador tenha justificativa e legítimo interesse na obtenção e no uso da informação. O atendimento do interesse do empregador deve ser feito sempre por meios razoáveis e proporcionais. Existem certos métodos em relação aos quais a experiência internacional já sinalizou que são particularmente vexatórios, como é o caso do polígrafo e de outros procedimentos semelhantes de verificação da verdade. Significativamente o RRP-OIT recomenda sua exclusão como método aceito para fins de obtenção de informação.⁵⁸⁰ Tudo isso sinaliza para uma vedação de seu uso no Direito brasileiro. Mas

⁵⁷⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 63.

⁵⁷⁹ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção Constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 130.

⁵⁸⁰ RRP-OIT, item 6.10.

parece que esse ponto não está entre nós ainda claramente estabelecido como um marco de proibição.⁵⁸¹

É sempre bom lembrar que, pela lógica, pressuposto para admissão de determinado meio ou método é que o ordenamento jurídico admita a obtenção ou o uso da informação que ele pretende colher. Se isso for vedado, então, não faz nenhum sentido interrogar sobre a pertinência de determinado método para colhê-la.

Ao método, ao meio e à informação deve ser aplicado o princípio da finalidade, defendido pelas normas internacionais setoriais. Nossa doutrina, ao formular a regra de que os métodos devem se circunscrever à “*avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções*”⁵⁸² ou à “*informação relacionada às atividades que o candidato desempenhar*”⁵⁸³ também referenda esse princípio. O princípio da finalidade é uma das peças-chave na solução do problema da obtenção e do uso da informação pessoal. Finalidade e legitimidade andam juntas, até porque a segunda pode estar na primeira. O contrato pode ser ao mesmo tempo fundamento de legitimidade e finalidade para a obtenção e o uso.

Um problema mais delicado é saber, com base no princípio da finalidade e na expressão que ele tem na doutrina, que informações podem ser efetivamente obtidas e utilizadas no processo decisório do empregador.⁵⁸⁴ Apenas aquelas relacionadas diretamente ao trabalho que será realizado pelo empregado? Ou também aquelas que, embora não tenham uma relação direta com o trabalho prestado ou com as obrigações contratuais, possam legitimamente ter relevância ou obrigatoriamente devem tê-la no processo decisório do empregador?

Quanto a esse ponto, entendemos que podem existir circunstâncias que legitimamente justifiquem o interesse do empregador em obter a informação, embora não

⁵⁸¹ Cf. item 3.1.2. do Capítulo IV.

⁵⁸² BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 63.

⁵⁸³ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 130

⁵⁸⁴ Esse problema foi delineado no item 3.1.2. do Capítulo IV, referente a acórdão do TST em uma ação civil pública proposta pelo MPT envolvendo obtenção de informação sobre antecedentes criminais em recrutamento realizado para a função de instalador em uma empresa de telefonia. Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 9890900-82.2004.5.09.0014, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5.^a Turma, DJ 29 set. 2010. Ver Anexo 2.

estejam diretamente relacionadas nem à função a ser desempenhada, nem às demais obrigações contratuais. Por exemplo, na situação descrita no acórdão do TST.⁵⁸⁵ se a atividade do empregado for desempenhada preponderantemente em residência de terceiros, o empregador pode legitimamente ter interesse em saber se o candidato tem antecedentes em relação a crimes patrimoniais, porque pode ser chamado para responder civilmente por ato praticado por seu empregado na execução do serviço junto aos clientes (inciso III do art. 932 do CC). Essa informação terá importância para seu processo decisório e, embora não apresente relação direta com o trabalho que será desempenhado, possui em relação à atividade do empregador. Aqui é necessário levar em conta duas possibilidades. A primeira alternativa é se considerarmos a informação sobre condenação criminal como sendo um dado sensível.⁵⁸⁶ A segunda se configura se entendermos que essa informação não é um dado sensível.

Se a informação relativa à condenação criminal for considerada um dado sensível, deve ser escrutinado se ela é relativa a algum requerimento legal necessário para a atividade do empregador ou se há um claro interesse público a ser protegido – esses são desdobramentos do princípio da necessidade.⁵⁸⁷ Um exame raso da situação trazida como exemplo não confirma nenhum desses requisitos. O risco de o empregador eventualmente ter de responder civilmente por prejuízos decorrentes de um possível furto não é condição que impeça a atividade oferecida por ele. O interesse público poderia se consubstanciar no interesse do consumidor do serviço em não ter pessoas com antecedentes criminais trabalhando em sua casa. Esse interesse não nos parece que deva ser alçado à categoria de interesse público relevante. A “ficha limpa” ou a “ficha suja” do empregado não significa que, por exemplo, um furto efetivamente venha a acontecer e em jogo não estejam valores como a saúde ou a vida do consumidor.

⁵⁸⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 9890900-82.2004.5.09.0014, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5.^a Turma, DJ 29 set. 2010. Ver Abexo 2.

⁵⁸⁶ Cf. item 7.2 do Capítulo 2 e item 4.1.2 deste capítulo O item 6.5. (1), letra (c) do RRP-OIT inclui as informações relativas a condenações criminais no rol dos dados sensíveis.

⁵⁸⁷ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 37.

Se a informação não for considerada pelo intérprete como sendo um dado sensível, não nos parece razoável, nem compatível com a realidade, condicionar sua obtenção a uma expressa autorização legal. Aplicar-se-ia o princípio da finalidade, que contempla, além das informações diretamente relacionadas ao trabalho, aquelas relacionadas às demais obrigações contratuais e às circunstâncias que legitimamente tenham relevância ou devem obrigatoriamente ser consideradas no processo decisório do empregador.⁵⁸⁸

As recomendações que formula o RRP-OIT em relação aos testes podem ser aplicadas no Direito brasileiro. Nessa norma são tratados quatro filões principais: testes de verificação da verdade, testes de personalidade, *screening* genético e teste de drogas e álcool.

Conforme já mencionamos, a utilização de polígrafos e outros testes similares para verificação da verdade é desautorizada pelo RRP-OIT.⁵⁸⁹

Quanto aos testes de personalidade ou aos procedimentos semelhantes, eles são admitidos se forem compatíveis com as demais provisões que estatui, principalmente quanto à observância do princípio da finalidade. Os empregados ou os candidatos ao emprego devem ser informados previamente de sua realização, sua finalidade e suas implicações e podem se opor à sua realização. Recorde-se que a Recomendação sobre Desenvolvimento dos Recursos Humanos, n.º 150,⁵⁹⁰ de 1975, traz também restrições a serem observadas quanto a esse tipo de teste.

O *screening* genético é limitado pelo RRP-OIT aos casos expressos na legislação doméstica.⁵⁹¹ Como esse teste oferece uma gama de informações altamente pessoais, cujas implicações ultrapassam a pessoa do próprio empregado e trazem consequências de grande amplitude em sua vida presente e futura, entendeu-se que seu uso deve ser limitado a situações excepcionais que justifiquem sua obrigatoriedade e quando não houver alternativa praticável e menos invasiva, sendo que a decisão a esse respeito deve ser

⁵⁸⁸ No sentido aqui defendido, Cf. ZÖLLNER, Wolfgang. *Daten – und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*. Colônia; Berlim; Bonn; Munique: Heymanns, 1982, p. 34.

⁵⁸⁹ RRP-OIT, subitem 6.10.

⁵⁹⁰ Sobre limites a serem observados nos testes vocacionais, ver item 13. Sobre a necessidade de consulta dos representantes dos empregados, ver item 24. da Recomendação n.º 150. Para ter acesso ao texto integral, ver: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R150>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

⁵⁹¹ RRP-OIT, subitem 6.12.

matéria de lei e não pode ficar na esfera de exercício do poder discricionário do empregador.⁵⁹² Ele tem por objetivo fazer o mapa genético do indivíduo quanto a riscos e disfunções e não se confunde com os testes de monitoramento genético, que são realizados periodicamente para avaliar as mudanças no material genético do indivíduo em razão de exposição a um agente ou risco ocupacional (monitoramento biológico). De acordo com a Recomendação n.º 171,⁵⁹³ o monitoramento de trabalhadores pelo segundo é aceito, desde que se trate de método válido e de larga aceitação, tenha por objetivo a detecção precoce dos efeitos da exposição e a verificação da necessidade de exames médicos mais detalhados e seja sempre sujeito ao consentimento do trabalhador.

Teste de drogas e álcool são admitidos, se em conformidade com a legislação, as práticas nacionais ou os padrões internacionais. O próprio RRP-OIT oferece como exemplo de padrão o Repertório de Recomendações Práticas no Gerenciamento de Álcool e Questões relacionadas a Drogas no Ambiente de Trabalho,⁵⁹⁴ que, quanto à realização de testes com amostras corporais, reconhece que a questão se reveste de implicações morais, éticas e legais, sendo necessário a determinação de quando seria justa e apropriada sua condução.⁵⁹⁵

Vários precedentes judiciais citados no Capítulo IV envolviam coleta por monitoramento. A sofisticação das técnicas de monitoramento permitem que sistemas instalados para outras finalidades possam converter os dados coletados em material para monitoramento de empregados.

Um dos meios mais tradicionais de monitoramento é a videovigilância. O empregador pode ter interesse em utilizá-la para lidar com os perigos advindos de terceiros ou dos próprios empregados. Essa técnica pode funcionar como um meio de espantar ou identificar eventuais autores de atos ilícitos (civis ou criminais) ou fiscalizar o (des)cumprimento de obrigações contratuais. Note-se que a fiscalização por esse meio

⁵⁹² RRP-OIT, subitem 6.12., p. 17.

⁵⁹³ Recomendação n.º 171 da OIT, § 12 (2). Para texto integral, ver: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R171>>. Acesso em: 11 de jan 2012.

⁵⁹⁴ Repertório de Recomendações Práticas no Gerenciamento de Álcool e Questões relacionadas a Drogas no ambiente de Trabalho. Cf. Anexo 1.

⁵⁹⁵ Repertório de Recomendações Práticas no Gerenciamento de Álcool e Questões relacionadas a Drogas no ambiente de Trabalho, p. 22, item 7.2.1. Cf. Anexo 1.

implica necessariamente a coleta e o armazenamento de informações pessoais do empregado.

Não se pode negar a legitimidade do interesse do empregador em fiscalizar o cumprimento de horários (por exemplo, início e fim da jornada); verificar se o empregado efetivamente esteve em determinados pontos da rota prevista para sua ronda; e conferir o cumprimento de outras obrigações diretamente relacionadas ao contrato. Parece-nos ser igualmente legítimo o uso de técnicas de monitoramento como suporte da administração dos serviços externos de atendimento ao cliente (SACs) ou quando essas técnicas forem necessárias para lidar com problemas específicos relativos à saúde, à segurança ou à propriedade. O monitoramento deve ser dirigido à atividade e limitar-se a ela.

Mas o monitoramento não pode ser concebido como um controle absoluto⁵⁹⁶ da atividade do empregado, salvo se dirigido a algum aspecto diretamente conectado com o modo contratualmente previsto de contabilizar o pagamento ou em casos absolutamente excepcionais envolvendo questões de segurança. Na doutrina juslaboral brasileira, Sandra Lia Simón sustenta que o controle total é lesivo, usando o parâmetro do “rigor excessivo” no exercício do poder diretivo, previsto no art. 483, alínea “b”, da CLT.

Deve ser considerada interferência não autorizada nos direitos da personalidade do empregado, se, por exemplo, ele estiver submetido a um controle constante de seus movimentos externos, sem vinculação com uma necessidade concreta e específica de informação do empregador. Deve ser totalmente excluída a possibilidade de o empregador exercer a vigilância da esfera privada do empregado, como ao usar fora do expediente o celular ou o carro fornecido pelo empregador e com uso privado autorizado.⁵⁹⁷

O RRP-OIT admite o monitoramento, desde que presentes duas condições. A primeira delas é a prévia informação das razões do monitoramento, do horário, dos métodos e das técnicas usadas e dos dados que são coletados. A segunda refere-se ao método e meio escolhido, que deve ser, necessariamente, o menos intrusivo.⁵⁹⁸ Quanto ao

⁵⁹⁶ SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 155 e 156.

⁵⁹⁷ GOLLA, Peter. *Datenschutz bei der Kontrolle “mobiler” Arbeitnehmer – Zulaessigkeit und Transparenz*. NZA. 2007, p. 1142 e 1144.

⁵⁹⁸ RRP-OIT, item 6.14., n.º 1.

monitoramento contínuo, ele é autorizado, mas limitado às situações nas quais esse tipo de monitoramento é necessário para lidar com problemas específicos relativos à saúde, à segurança ou à propriedade.⁵⁹⁹

Caso o empregado tenha sido informado e tenha até aceito essa forma de fiscalização, não significa em nenhuma hipótese que ele tenha consentido a coleta e o processamento de sua informação pessoal. O consentimento livre pressupõe pelo menos que o empregado possa desligar do sistema de monitoramento, sem desvantagens para si mesmo. Se não existe essa possibilidade, então o consentimento é de ser seriamente questionado.

Embora o RRP-OIT admita o monitoramento secreto por decisão exclusiva do empregador em situações que especifica, sua admissão no Brasil não parece ser possível, porque a prova assim colhida poderia ser considerada ilícita. Não nos parece que a decisão sobre a videovigilância secreta possa ficar exclusivamente ao talante do empregador, sem participação sindical ou do Judiciário.

4.1.2. Proteção de alguns tipos de informação (dados sensíveis)

Na proteção de dados pessoais nas relações empregatícias, um dos pontos que merecem reflexão é o atinente à categoria dos dados sensíveis. Tradicionalmente, as normas de proteção apresentam um rol de dados aos quais se atribui uma proteção diferenciada. A justificativa é que essas informações podem trazer para seu titular um “elevado potencial lesivo”.⁶⁰⁰ A obtenção de “dados sensíveis” é considerada

⁵⁹⁹ RRP-OIT, item 6.14., n.º 3, e comentário sobre RRP-OIT, subitem 6.14., p. 19.

⁶⁰⁰ Expressão utilizada por Danilo Doneda, ao se referir aos chamados “dados sensíveis”. Cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161.

especialmente ameaçadora aos direitos fundamentais e às liberdades civis do empregado ou a seus pleitos atinentes a tratamento igualitário ou antidiscriminatório.⁶⁰¹

As tecnologias da informação e da comunicação aumentaram sobremodo a capacidade do empregador de usar outras formas de desigualdade tanto no recrutamento quanto no próprio contrato de trabalho. É possível igualmente que as áreas ou as situações especialmente sensíveis estejam principalmente no modo como os dados são usados no processo decisório do empregador, e não nos dados em si mesmos. Por exemplo, pode não ser suficiente qualificar como “dados sensíveis” a informação atinente a testes de drogas, talvez seja mais apropriado considerar que, sempre que uma informação sobre teste de drogas for usada em decisões a respeito de recrutamento e for mantida ou transmitida por computador para esse propósito, essa combinação de fatores cria uma situação de dados especialmente sensíveis.⁶⁰²

Assim, no setor empregatício, há elementos indicativos de que a configuração da discriminação nas relações empregatícias é um processo dinâmico, sendo que a utilização de uma categoria baseada apenas em tipos pré-selecionados parece ser insuficiente para oferecer uma proteção adequada aos direitos, às pretensões e às expectativas do empregado que estão em jogo em relação à não discriminação e à mobilidade social e econômica.

A obtenção de dados sensíveis do empregado pelo empregador não é totalmente excluída no RRP-OIT, sendo autorizada em situações excepcionais e para as quais a informação é diretamente relevante para a decisão sobre a contratação.⁶⁰³ O rol estabelecido pela norma da OIT inclui as seguintes categorias: vida sexual, crenças políticas ou religiosas e condenações criminais. Observe-se que o que norteia a autorização nesses casos é o princípio da necessidade. Aqui, como observa Freedland, o escrutínio deve ser

⁶⁰¹ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 37.

⁶⁰² Id. *Ibid.*, p. 19.

⁶⁰³ RRP-OIT, item 6.5., parte 2, cf. Anexo 1.

mais rigoroso para verificar se a informação é necessária em questões atinentes a requerimentos legais ou se há um interesse público claramente identificado.⁶⁰⁴

Entre os dados considerados sensíveis pelo RRP-OIT devem ser incluídos ainda o pertencimento a organizações sindicais ou a participação em atividades sindicais e os dados médicos. De acordo com a mesma norma, os primeiros só podem ser obtidos se o empregador estiver obrigado ou autorizado por lei ou por norma coletiva. Quanto aos últimos só podem ser obtidos para três finalidades: determinar aptidão para uma função específica; preencher os requerimentos de saúde e segurança ocupacional e para fins de benefícios sociais ou previdenciários. A obtenção deve ser feita em conformidade com a legislação nacional, com o sigilo médico e com os princípios gerais da medicina e da saúde ocupacional.

Observe-se que, para os dados sensíveis, as condições que autorizam sua obtenção são visivelmente mais rigorosas que aquelas geralmente aplicadas para a obtenção da informação pessoal do empregado através da aplicação do princípio da finalidade.⁶⁰⁵

Na categoria dos dados sensíveis são incluídas apenas situações de grande relevância, consideradas como particularmente delicadas, para as quais o sopesamento de interesses em conflito precisa de um critério mais rigoroso para legitimar a obtenção e o uso da informação. Embora ela tenha visível relação com o tema da discriminação, nem tudo que é tratado sob essa última rubrica pode ser qualificado como dado sensível. A despeito de, entre nós, não haver uma regulamentação expressa prevendo a categoria dos dados sensíveis, nada impede que doutrina e jurisprudência, no exame dos interesses em conflito em determinados grupos de casos, construam critérios para uma proteção mais rigorosa na obtenção da informação qualificada como sensível e merecedora de condições mais rígidas para autorizar a obtenção ou o uso.

⁶⁰⁴ FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999, p. 37.

⁶⁰⁵ No nosso entendimento, o princípio da finalidade inclui tanto as informações diretamente relacionadas ao trabalho quanto as relacionadas às demais obrigações contratuais e às circunstâncias que legitimamente tenham relevância ou devem obrigatoriamente ser consideradas no processo decisório do empregador.

4.1.3. Limites ao direito de perguntar do empregador

Em que condições o empregador pode exercer o direito de perguntar, isto é, o direito de saber informações sobre o empregado? O princípio nevrálgico que norteia a coleta de dados pessoais do empregado e a regra geral estabelecida no RRP-OIT é a de que as informações devem ser obtidas diretamente do empregado ou candidato a emprego.⁶⁰⁶ Ele é a fonte inicial e principal para a coleta, mas não a única, eis que a obtenção de informações por meio de terceiros ou junto a terceiros é admitida, desde que haja expresse consentimento e o empregado não só seja informado da finalidade do processamento, das fontes utilizadas e da informação buscada, como também das consequências da recusa em consentir.⁶⁰⁷ Se o empregador obtém a autorização do empregado para a coleta e resolve fazê-la mediante terceiros, ele é responsável por assegurar que essa delegação seja executada nos exatos limites em que o consentimento foi dado pelo empregado ou candidato a emprego.⁶⁰⁸

Em algumas situações, o RRP-OIT admite que o empregado responda de forma não acurada ou incompleta às perguntas formuladas pelo empregador ou por quem age em seu interesse, sem sofrer consequências jurídicas do ponto de vista contratual, isto é, sem sofrer sanções disciplinares e sem que dê causa à resolução do contrato. Isso se verifica quando presente uma das seguintes condições: a pergunta é incompatível com os princípios de licitude, lealdade e finalidade; se a pergunta tem por efeito uma discriminação no emprego ou ocupação não autorizada pela lei; se ela não observar as regras previstas para os dados sensíveis ou para os dados médicos. A conduta do empregado, nesse caso, não deve ter por consequência a rescisão do contrato nem nenhuma medida disciplinar.

Em relação a esse ponto, o RRP-OIT compartilha a visão sustentada por cortes de alguns países que, em razão do potencial invasivo, da desproporcionalidade ou da possibilidade de discriminação das informações solicitadas, principalmente nos

⁶⁰⁶ RRP-OIT, item 6., subitem 6.1.

⁶⁰⁷ RRP-OIT, item 6., subitem 6.2.

⁶⁰⁸ RRP-OIT, item 6., subitem 6.4.

procedimentos de seleção, admitem que o candidato a emprego se recuse a respondê-las ou apresente respostas incompletas ou inexatas. Nessas situações, a incorreção ou a inexatidão da informação apresentada é debitada exclusivamente ao empregador ou a seu representante, que, em última análise, seria o responsável pela produção desse resultado e, conseqüentemente, não poderia ser titular do direito de impor sanções ou rescindir o contrato.⁶⁰⁹

Nossa doutrina juslaboral já se ocupou desse tema, principalmente no contexto das diligências prévias à contratação. Ela admite a possibilidade de o candidato se recusar a responder às perguntas se estas envolveram aspectos pessoais e a informação não for relevante para o cumprimento das obrigações contratuais. Parece também não haver controvérsias quanto à exigência de não discriminação no recrutamento, mas não se menciona a necessidade de considerar o empregado ou o candidato como a fonte por excelência das informações.

Nosso entendimento é de que a regra geral deve ser a observância do princípio da finalidade, quer para as perguntas formuladas nas diligências prévias, quer para as formuladas no curso do contrato. Isso significa que, em princípio, informações que estejam diretamente relacionadas ao trabalho a ser contratado (obrigação principal) ou às demais obrigações contratuais (obrigações acessórias) e circunstâncias que legitimamente tenham relevância ou obrigatoriamente devam ser consideradas no processo decisório da contratação podem ser alvo de perguntas.⁶¹⁰ Limite importante a ser considerado na atividade inquiritória é o traçado pelas normas existentes quanto às hipóteses de discriminação. Se as perguntas desbordam esses limites, o candidato ou empregado não deve sofrer conseqüências contratuais caso não responda com acuidade.

Mas parece-nos que o direito à autodeterminação informativa do empregado fica grandemente frustrado se ele não for colocado a par das diligências realizadas por terceiros ou junto a terceiros. O RRP-OIT exige ciência e autorização nesses casos. Uma das razões que a justifica é o fato de que a declaração prévia da finalidade é condição para a obtenção

⁶⁰⁹ RRP-OIT, subitem 6.8., p. 17.

⁶¹⁰ No sentido aqui defendido, Cf. ZÖLLNER. Wolfgang. *Daten – und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*. Colônia; Berlim; Bonn; Munique: Heymanns, 1982, p. 34.

lícita da informação. Outra é a de que permite ao empregado ou ao candidato o controle sobre a atividade inquiritória do empregador. Além do que, as exigências da boa-fé objetiva e da lealdade contratual recomendam que o candidato ou o empregado não sejam surpreendidos e possam dimensionar exatamente o que é deles exigido.⁶¹¹

4.1.4. Limites ao acesso a fontes externas

Além das perguntas que dirige diretamente ao empregado ou candidato, o empregador pode eventualmente acessar fontes externas a eles. Parte desse problema foi mencionado no item anterior, uma vez que a consulta a certas fontes externas resulta de uma atividade deliberada e dirigida do empregador ou das agências de recrutamento, e a atividade inquiritória exercida sob essas condições pode ser entendida como uma extensão do direito de perguntar do empregador. Há, contudo, situações menos claras e que merecem igualmente atenção. Um exemplo são as consultas à Internet, às redes sociais ou profissionais e a outros meios, cujo acesso é público ou cujas informações podem ser obtidas com muita facilidade. Que parâmetros teríamos para também limitar essa atividade no quadro normativo atual?

Há aspectos que dificultam grandemente o trato do problema com o ferramental jurídico da proteção tradicional, isto é, o ancorado na ideia de lesão ou ameaça de lesão a um bem ou direito. Em tese, o acesso à informação é assegurado a todos (art. 5.º, inciso XIV, da CF). Não há lei que proíba o acesso ou estabeleça condições para o uso da informação disponível nesse grande “banco de dados público” que é a Internet. As informações estão usualmente disponíveis a qualquer um e podem ter sido postadas ou incluídas na rede pelo próprio candidato.

⁶¹¹ Na lei federal americana, se o empregador resolve fazer pesquisa a uma agência de crédito para verificar o *back ground* do candidato a emprego, ele tem certas obrigações em relação ao candidato, entre elas: se o relatório o dissuade de oferecer o emprego, ele deve revelar isso ao candidato. Essa exigência permite o candidato tenha pelo menos a chance de se explicar (talvez haja um erro no relatório, talvez uma explicação razoável para o fato etc.). Cf. SOLOVE, Daniel J. *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the internet*. New Haven; Londres: Yale University Press, 2007, p. 203.

Nessas circunstâncias, a caracterização da prática de obter informações na Internet como ato ilícito – art. 186 do Código Civil – apresenta dificuldades. O mero acesso às informações poderia ser caracterizada como ação que viole direito e cause dano a outrem? A conclusão no sentido afirmativo parece bastante simplista e alargaria sobremodo a noção de violação de direito, principalmente face à ampla liberdade de acesso à informação garantida pela Constituição Federal (art. 5.º, inciso XIV, da CF). Que direito, então, seria violado? E mais: o que configuraria o dano para fins da aplicação do art. 186 do CC? Além dessas dificuldades, a ação de buscar informação na Internet é “difusa” e não produz um resultado concreto que sempre possa ser associado diretamente ao candidato ou a terceiros, como ocorre no caso de publicação indevida de uma foto,⁶¹² uso indevido de uma imagem⁶¹³ ou inscrição ou manutenção irregular do nome alguém em um cadastro de inadimplentes.⁶¹⁴

Como observa Daniel Solove, os empregadores estão usando crescentemente o Google e também os websites das redes sociais para buscar informações sobre os candidatos a um posto de trabalho. Mas grande parte das informações on-line não são acuradas. Elas podem até ser sobre outra pessoa com o mesmo nome. Além disso, grande parte da Internet ainda não foi combinada nem catalogada pelo Google e por outras máquinas de busca. Assim, remanesce a chamada rede invisível, que compreende tudo que está disponível na Web, mas que ainda não pode ser encontrado pelas ferramentas de busca, que trabalham apenas na epiderme da rede. O que acontecerá quando essas pesquisas forem possíveis?⁶¹⁵

O fato de a informação estar disponível ao público não significa, contudo, que ela não possa ser submetida a condições para ser utilizada por alguém. Amadeu Guerra

⁶¹² O STF já se manifestou no sentido de que fotografia publicada indevidamente, independentemente de intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento e dá azo à exigência de dano moral. Cf. STF-RF 364/325.

⁶¹³ Uso indevido da imagem da pessoa. Precedentes: RSTJ 68/358, STJ-RT 714/253, STJ-RF 331/226. A simples constatação de utilização sem autorização é suficiente para caracterizar a violação.

⁶¹⁴ CDC, art. 43. A inscrição indevida prescinde de prova de que houve abalo à honra – RSTJ 180/297; RSTJ 115/369, JTJ 312/163, RMDECC 17/91.

⁶¹⁵ SOLOVE, Daniel J. *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the internet*. New Haven; Londres: Yale University Press, 2007, p. 203 e 205.

salienta que, mesmo que a informação esteja disponível ao público, seu tratamento “*não está na disponibilidade de cada um*”.⁶¹⁶ Mormente se ela for usada para os fins contratuais.

Com os mecanismos de busca, como o Google, o empregador conduz uma pesquisa amadora e sem nenhuma proteção para o candidato. Atualmente, não há obrigação de que o empregador informe que a praticou. E o que acontece normalmente é que simplesmente o candidato não é chamado para a entrevista ou, se chamado, não há posterior manifestação de interesse da empresa.⁶¹⁷ Há aqui uma situação que justifica claramente a necessidade de proteção.

Por outro lado, nesses casos não se trata de busca de informações sem propósito determinado ou para satisfazer simples curiosidade. A atividade inquiratória do empregador ou das agências de recrutamento é claramente dirigida à celebração de um contrato de trabalho. A solução pode vir das cláusulas gerais aplicáveis aos atos praticados na ante-sala da celebração do contrato. O Código Civil, no art. 421, estabelece que: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. E o art. 422 do Código Civil estipula: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

Transparência e previsibilidade são valores integrantes da boa-fé objetiva e da probidade nas relações jurídicas, especialmente nas contratuais. Decisões do empregador baseadas em um acervo de informações ao qual o próprio candidato ou o empregado não sabem qual é nem lhes foi informado de que seria utilizado não configura uma conduta leal compatível com esses padrões. Não se pode admitir que informações colhidas aleatoriamente, em uma busca cega, e arrancadas de seu contexto, sem que se saiba se são válidas e verdadeiras, sejam usadas sorrateiramente e sem a ciência da outra parte nas decisões diretamente relacionadas à conclusão ou à execução do contrato de trabalho. Ademais, admitir essa conduta enfraquece sobremodo a ideia de que o empregador não tem “carta branca” para transitar na vida do candidato ou do empregado e que ele não pode usar informações incondicionalmente, mesmo que disponíveis.

⁶¹⁶ GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.

⁶¹⁷ SOLOVE, op. cit., p. 203.

Assim, o art. 422 do CC impõe deveres acessórios e laterais de conduta ao uso pelo do empregador de informações relativas ao empregado colhidas na Web.⁶¹⁸ Entre eles está o de informar o candidato ou o empregado de que assim irá proceder, dando a ambos a chance de serem ouvidos. É possível que essa exigência na prática se mostre inócua e que os empregadores e as agências continuem na busca desenfreada de informações por meio do Google ou de outras ferramentas. Ainda assim, a exigência emite sinais de que não é possível nem autorizado transitar no acervo de informações, mesmo que disponível ao público, como se estivesse em um “faroeste”.

Além disso, a obtenção e o uso da informação na Web deve ser norteada pelo princípio da licitude e da lealdade e pelo princípio da finalidade, nos moldes como se procede com as informações obtidas diretamente do candidato ou empregado como proposto nos itens anteriores.

4.2. Princípios da proteção, gerência do acervo de informações e direitos relacionados à autodeterminação informativa

Os princípios da probidade e da boa-fé objetiva – art. 422 do Código Civil, com sua aplicação autorizada pelo parágrafo único do art. 8.º da CLT – podem ser invocados para fundamentar os deveres contratuais a que está obrigado o empregador na administração do acervo de informações pessoais do empregado que está em seu poder ou sob sua responsabilidade. Eles são marcos éticos e civilizatórios que devem orientar a atividade das partes e o modo como elas devem se portar em um contrato. Como esses princípios são normas finalísticas, é preciso que sejam externados os comportamentos necessários para

⁶¹⁸ “A boa-fé objetiva, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 422 do CC/02, reveste-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes, e, por conseguinte, integra o contrato naquilo em que for omissa, em decorrência de um imperativo de eticidade, no sentido de evitar o uso de subterfúgios ou intenções diversas daquelas expressas no instrumento formalizado.” (...) (STJ- 3.ª T., REsp 830.526, Min. Nancy Andrighi, j. 3.09.09, DJ 29.10.09)

realizá-los e, assim, atingir o estado ideal de coisas que se busca.⁶¹⁹ A legislação vigente oferece subsídios ao intérprete quanto aos comportamentos exigidos no cumprimento dos deveres impostos por essa cláusula geral. O RRP-OIT, no que não for incompatível com nossa legislação, também pode ser utilizado como referência de boas práticas.

Com relação à gestão das informações pessoais do empregado, provavelmente um dos pontos mais graves entre nós esteja na falta de uma “cultura” que demande transparência no modo como essas informações são obtidas, armazenadas e utilizadas. Não parece existir uma receita única preestabelecida sobre como se deva organizar o processo de obtenção e uso e a gestão de informação pessoal alheia. Entre os requisitos básicos está o de que as práticas de processamento devem visar o máximo possível à minimização do tipo e da quantidade de informação coletada.⁶²⁰ Os mecanismos de obtenção e uso da informação devem ser claros e compreensíveis, os empregados e seus representantes devem estar previamente informados de sua existência, de suas regras, assim como devem saber de seus direitos. O acesso à informação existente a respeito do empregado deve ser garantida a ele. Esses são os principais aspectos que podem ser relacionados ao princípio da transparência.⁶²¹ Todas essas condutas decorrem também da necessidade de observância da probidade e da boa-fé no tratamento recíproco das partes e no dispensado aos interesses uma da outra.

É recomendável que haja participação sindical, especialmente quando os mecanismos de obtenção e uso da informação pessoal são desenhados para aplicação na força de trabalho como um todo ou a grupos de trabalhadores. As escolhas realizadas pelo empregador para organizar como a informação será obtida e a que tratamentos será submetida no ambiente de trabalho ou no processo produtivo têm inegáveis impactos nos direitos e nas expectativas dos empregados como um todo. Mesmo que concretamente não tenha obtido nenhuma informação relativa ao empregado, já a escolha dos sistemas de controle não só pode, como deve ser examinada sob a ótica da proteção da informação

⁶¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁶²⁰ RRP-OIT, item 5.7. (a).

⁶²¹ RRP-OIT, item 5.8.

pessoal do empregado. Aqui o empregador está no pleno exercício do uso de suas prerrogativas para organizar a estrutura, o espaço interno e o próprio processo de trabalho de um determinado estabelecimento.⁶²²

Segundo Barros, a legislação brasileira não exige nem a obrigatoriedade e a destruição de dados armazenados, nem o dever de sigilo das pessoas que estão encarregadas de manuseá-los. Informa ainda que não é praxe dos sindicatos intervirem nesse tipo de proteção.⁶²³ Não obstante a omissão da legislação, o direito à autodeterminação informativa só faz sentido se exercido em um ambiente no qual se pressuponha que a informação pessoal é confidencial – resguardada de acesso não autorizado ou sem causa legítima. Assim, ela deve ser guardada com as precauções de segurança adequadas para protegê-la do acesso, da alteração ou da destruição indevida (princípio da confidencialidade e da segurança).⁶²⁴

Por outro lado, a informação pessoal do empregado obtida ou usada sem observância dos princípios da licitude e da finalidade, não pode ser legitimamente armazenada.⁶²⁵ Isso significa que, em princípio, é possível pleitear o descarte ou a destruição da informação desconforme.

A regra geral é que a informação pessoal deve ser armazenada apenas pelo tempo justificado pelas finalidades para as quais ela foi coletada. Há, contudo, exceções, entre as quais a necessidade de cumprir exigências legais ou na hipótese de que ela tem função comprobatória (princípio da temporalidade do uso).

Não há óbice no nosso ordenamento jurídico ao reconhecimento de direitos diretamente relacionados à autodeterminação informativa. Os direitos de ser informado, de ter acesso, de retificar, corrigir, apagar e se opor à informações pessoais que estão sob responsabilidade do empregador não exigem previsão expressa em uma lei para que sejam exercidos. No caminho aqui proposto, eles decorrem primordialmente de deveres do contrato de trabalho.

⁶²² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 592.

⁶²³ BARROS, Alice Monteiro. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 70.

⁶²⁴ RRP-OIT, item 7.1.

⁶²⁵ RRP-OIT, item 8.1.

O cumprimento dos deveres do empregador em relação ao acervo de informações pessoais do empregado em seu poder e o atendimento aos direitos diretamente relacionados à autodeterminação informativa – direito de ser informado, de ter acesso, de retificar, corrigir, apagar e se opor podem ser pleiteados em juízo por meio dos vários instrumentos processuais disponíveis, entre os quais estão alguns que permitem o pleito de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, como a ação civil pública.

Além dos judiciais, existem outros meios de tornar possível e de concretizar os comportamentos que realizem os deveres de gerência do empregador e o exercício dos direitos dos empregados diretamente relacionados à autodeterminação informativa. Entre eles está a autorregulamentação.

4.2.1. Possibilidades de autorregulamentação

A autorregulamentação para concretização dos deveres do empregador em relação ao acervo sob sua responsabilidade e para o exercício de direitos dos empregados pode ser feita tanto por normas coletivas (convenções e acordos coletivos) quanto pelo regulamento da empresa e por códigos de boas práticas. Em princípio, ela se exercita dentro do quadro normativo existente e dele não pode exorbitar.

A participação dos representantes dos empregados é fundamental na fixação de critérios para coleta ou uso da informação pessoal e para a concretização de normas para o exercício de direitos dos empregados. Pode ser objeto de negociação e de fixação de regras, por exemplo, o estabelecimento de limites para práticas de aplicação de testes, arrolando entre os direitos coletivos previstos o de que os empregados sejam informados e consultados sobre a finalidade, o conteúdo e o modo de administrá-los e interpretá-los. Também que os testes sejam conduzidos por especialistas com qualificações preestabelecidas e que eles sejam apenas parte de uma avaliação geral a ser realizada por

esse profissional.⁶²⁶ Ou na introdução ou na adaptação de sistemas automáticos de coleta e uso da informação pessoal do empregado ou de monitoramento de movimento ou produtividade fixar regras sobre as condições, como horário, métodos e técnicas usadas e que dados serão coletados.⁶²⁷ Outro ponto possível de negociação é o estabelecimento de regras para o exercício dos direitos de acesso, correção, oposição ou eliminação de informação pessoal mantida pelo empregador.⁶²⁸

O regulamento da empresa é usualmente preparado unilateralmente pelo empregador. Por força da importância da informação na atividade empresarial e no serviço público, é comum a produção da chamada política de uso e segurança da informação,⁶²⁹ cujo objetivo imediato é criar ou estabelecer padrões e procedimentos para fins de segurança, estabilidade e disponibilidade dos serviços de computação oferecidos. Nele há várias regras referentes ao funcionamento do sistema de informação e aos padrões de segurança adotados. O empregador fica obrigado pelas normas que ele mesmo fixa, as quais podem ser invocadas no estabelecimento dos deveres relativos a como os dados pessoais do empregado são mantidos e gerenciados no sistema.

Na experiência internacional, há uma tendência a fazer uso de códigos de boas práticas como recurso para dar transparência ao modo como os responsáveis pelo tratamento organizam, tratam e protegem a informação pessoal, tornando-o acessível. O anteprojeto do Ministério da Justiça que dispõe sobre a proteção de dados pessoais também incentiva esse meio, conforme consta de seu art. 45(N).

Um bom exemplo de autorregulamentação que ocorre no Direito português são os acordos setoriais e as normas da empresa ou dos responsáveis pelos arquivos, bases ou bancos de dados. Cristina Queiroz esclarece que lá essas normas têm por objeto estabelecer o modo como a informação está organizada, os procedimentos que são aplicáveis, as normas de segurança, os programas e os equipamentos e as garantias para o exercício dos

⁶²⁶ RRP-OIT, subitem 12.2., letra (c). Ver também Commentary on the CPDT-OIT, subitem 6.11., p. 17.

⁶²⁷ RRP-OIT, item 6.14., n.º 1, e R(89)2, item 3.1., cf. Anexo 1.

⁶²⁸ SIMITIS, Spiros. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998, p. 371.

⁶²⁹ No Serviço Público brasileiro, o Decreto n.º 3.505, de 13 de junho de 2000, institui a Política de Segurança da Informação nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal.

direitos pelos titulares. Essas normas podem tomar corpo na forma de código de conduta e possuem a natureza de “códigos deontológicos”, sujeitos a depósito na Comissão Nacional de Proteção de Dados Portuguesa. A autoridade pode recusar a inscrição ou determinar as correções que entender necessárias para o cumprimento do que está previsto na lei.⁶³⁰

⁶³⁰ QUEIROZ, Cristina. A proteção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 305. A autora se refere ao procedimento em Portugal.

Conclusão

Apresentado o problema – a necessidade de traçar limites para a obtenção e o uso pelo empregador da informação pessoal do empregado – e percorridos vários de seus aspectos, cumpre-nos, na reta final deste estudo, formular as conclusões a que chegamos após o trajeto realizado. Elas já foram em grande parte apresentadas nos desfechos de cada capítulo, tendo em vista que se optou por neles expor os pontos essenciais relacionados à pergunta que motivou sua inclusão na estrutura do projeto. Houve igualmente preocupação em externar no corpo dos capítulos as ligações entre as etapas percorridas, eis que cada capítulo fornece elementos para o subsequente. Assim, parte do que será feito aqui é reapresentar enxutamente o que já foi formulado nas conclusões parciais.

Não obstante, existem sempre aspectos que remanescem latentes no material apresentado e que não ganham voz nos resultados parciais expostos ou cuja percepção só é possível após a finalização integral do percurso e da argumentação apresentada. Eles serão então aqui externados.

Os limites na obtenção ou no uso pelo empregador de informação pessoal do empregado implicam necessariamente escolhas que envolvem direitos fundamentais, e a ausência de regras claras ou de um sistema uniforme de tutela torna o terreno ainda mais escorregadio.

Como, diferentemente do que ocorre entre nós, no plano internacional existe uma resposta estruturada para esse problema – a proteção de dados pessoais do empregado –, partimos, então, dela.

A pergunta central que moveu este estudo, então, é sobre que proteções o Direito do Trabalho brasileiro atualmente oferece à informação pessoal do empregado, considerando principalmente o ambiente fortemente informatizado. E se essa ideia se aproxima daquilo que no discurso internacional recebe o nome de proteção de dados pessoais.

Não obstante o direito à autodeterminação informativa do empregado seja afirmado entre nós, ele parece que não encontrou ainda uma expressão concreta bem delineada no

campo das relações empregatícias. Na atualidade, a despeito de esforços doutrinários e da jurisprudência trabalhista, não nos parece que se possa afirmar a existência de uma proteção no Direito do Trabalho brasileiro em moldes semelhantes ao da proteção de dados pessoais.

Entretanto, no material normativo, doutrinário e jurisprudencial considerado na pesquisa identificaram-se elementos que apontam para a existência de uma proteção da informação do empregado no Direito brasileiro. Essa proteção, contudo, não se baseia em um conceito com a mesma extensão e plasticidade fornecidas pelo conceito de “dados pessoais” nem compartilha os mesmos objetivos nele formulados.

Pelos elementos colhidos, a proteção da informação hoje existente não forma ainda um sistema uniforme de tutela que permita uma clara visualização dos aspectos que ela considera em sua configuração. Em regra, não se vê diferenciação entre as situações que envolvem a obtenção e o uso da informação pessoal e as condutas que provocam desconforto e constrangimento. Situações que abrangeriam a indagação sobre os limites na obtenção e no uso da informação pessoal do empregado pelo empregador frequentemente não são percebidas como tal e, conseqüentemente, não são incluídas entre as que são revestidas de relevância para fins da argumentação jurídica apresentada nos casos concretos examinados pelos tribunais. Parece que não há ainda um claro dimensionamento do que exatamente está em jogo no conflito entre os interesses do empregado e os do empregador no que diz respeito à obtenção e ao uso da informação pessoal do empregado.

As diferenças entre a proteção da informação pessoal atualmente oferecida e o arcabouço da proteção de dados pessoais são visíveis, tanto no que diz respeito aos pressupostos sobre os quais a proteção está estruturada quanto em relação à sua própria finalidade ou função protetiva. Quanto aos pressupostos, a tutela atualmente oferecida está fundada principalmente na ideia de lesão. Diferentemente, a proteção de dados pessoais do empregado se faz tendo em vista principalmente os riscos envolvidos para os interesses do empregado. Quanto à função protetiva, não nos parece que a proibição de discriminar seja o pilar central que norteia a proteção de dados pessoais, porque, mesmo que a informação

não leve a nenhuma discriminação, pode faltar fundamento de legitimidade ou finalidade que autorize seu uso pelo empregador.

A arquitetura da proteção de dados pessoais do empregado parte da premissa de que este deve ter o controle das informações que o empregador dispõe sobre ele, assim como dos processos pelos quais essas informações estão sendo obtidas e usadas. A estrutura da proteção está baseada em um conceito extremamente amplo e plástico, que é o de dados pessoais. Contudo, a resposta protetiva pretendida não vem exclusivamente da aplicação do conceito de “dados pessoais”, mas, sim, da articulação dele com os demais princípios de proteção. É de observar que esses princípios não oferecem propriamente uma resposta final para as situações, mas fornecem diretrizes que permitem a solução normativa de problemas em setores e contextos particulares. Um dos principais meios de lhe dar efetividade está na observância pelo empregador dos princípios limitatórios na obtenção e no uso da informação pessoal do empregado e no cumprimento dos deveres de gerência e de guarda como responsável pelo tratamento da informação. É inegável igualmente a necessidade de o empregado ter amplo acesso a esse acervo e poder exercer os direitos diretamente relacionados à exatidão da informação relativa a ele. Do ponto de vista do exercício do direito à autodeterminação informativa, as principais consequências jurídicas da violação não estão adstritas à rescisão contratual, com eventual indenização por violação e danos morais, porque mais importante é a possibilidade de o empregado ou de seu representante interferir no conteúdo da informação armazenada ou nos processos de sua obtenção e uso.

Nas relações empregatícias, esse arcabouço conceitual e principiológico não só é bem-vindo como também absolutamente necessário. As tecnologias da informação e da comunicação permitem ao empregador um aumento substancial da capacidade de coleta e processamento da informação pessoal do empregado. As fontes para obtenção foram alargadas, principalmente com o advento da Internet e de suas ferramentas e aplicações. As antigas questões sobre o controle da qualidade ou da quantidade de trabalho se revestem de novos desafios, considerando o dilúvio de informações relativas ao empregado que são carreadas. Por outro lado, os riscos de frustração dos direitos fundamentais do empregado são incalculáveis.

Ademais, a obtenção de informações relativas ao empregado se faz em um cenário no qual a informação desempenha um papel central, inclusive na organização do sistema produtivo. Isso faz com que a obtenção e o uso da informação relativa ao empregado tenha um significado nevrálgico para o próprio interesse do empregador.

A despeito de não haver norma constitucional expressa, entendemos que existem fundamentos constitucionais no nosso Direito que autorizam a articulação de uma proteção da informação pessoal baseada nos mesmos princípios da proteção de dados pessoais formulados nas normas internacionais. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, além de garantir a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, firma também uma cláusula geral de promoção da pessoa – a dignidade da pessoa humana. Face aos inegáveis riscos à pessoa decorrentes da obtenção e do uso da informação relativa a ela em ambiente marcado pelo processamento automático, o direito à autodeterminação informativa se inscreve na órbita dessas proteções.

A ausência de um marco legal que trate expressamente da proteção de dados pessoais também não inviabiliza integralmente sua articulação no campo trabalhista. Ela pode ser parcialmente construída por cláusulas gerais que norteiem a celebração e a execução do contrato, com base na probidade e na boa-fé objetiva. Há ainda, na legislação aplicável, inegáveis indicadores de limite na obtenção e no uso pelo empregador de informações relativas ao empregado e que podem e devem ser considerados pelo intérprete. As indicações da legislação são, entretanto, bem mais escassas no que tange aos deveres do responsável pelo tratamento da informação (gerência e guarda) e aos direitos daqueles a quem ela se refere.

Todavia, é necessário reconhecer que a proteção de dados pessoais não parece estar focada para proteger o direito do empregado de estar livre de intrusões no seu dia a dia de trabalho, embora não repila esse aspecto. Ela reflete mais fortemente a preocupação em proteger o empregado do mau uso da tecnologia e em encontrar o equilíbrio adequado entre os principais interesses que estão em jogo quanto à obtenção e ao uso da informação – os do empregado, os do empregador e o interesse público.

Nem todas as questões atinentes à proteção de dados pessoais são da órbita do exercício do poder de direção do empregador. Em algumas hipóteses, a própria legislação se encarrega de solucionar previamente o conflito dos interesses que estão em jogo.

Na nossa avaliação, o arcabouço da proteção de dados pessoais não dá por si só resposta para todas as questões que envolvem a obtenção e o uso da informação pessoal do empregado e que se localizam no debate sobre os limites do poder diretivo. Antes mesmo de se abordar que informações podem ser colhidas sobre o empregado, é necessário ter clareza sobre os comportamentos ou os aspectos que podem legitimamente ser alvo de interesse para fins de obtenção e uso da informação, isto é, sobre qual seu significado para a relação empregatícia e que aspectos podem ser objeto de controle e monitoramento. Assim, parte do problema da obtenção e do uso da informação pessoal envolve a própria compreensão da relação de emprego e do significado da lealdade e da justiça no contexto do trabalho. Tudo indica que é necessária uma interação entre as práticas e a legislação trabalhista e a proteção de dados pessoais do empregado.

ANEXO 1

LINHA DO TEMPO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: MARCOS NORMATIVOS RELEVANTES

1948 – Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – IX Conferência Internacional Americana, Bogotá. Disponível em: <http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&rurl=translate.google.com.br&twu=1&u=http://www1.umn.edu/humanrts/oasinstr/zoas2dec.htm&usg=ALkJrhghvc_ievkJcjGYB6R5vrxwcXTV6Q>. Acesso em: 17 jun. 2012.

1948 – Declaração Universal dos Direitos Humanos – Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

1950 – Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Conselho da Europa. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2012.

1966 – Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos – Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

1969 – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) – Organização dos Estados Americanos. A Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-9_2.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2012.

1970 – Resolução n.º 428 – Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. O documento contém declaração sobre comunicação de massa e direitos humanos, com menção sobre a necessidade de proteger os indivíduos das possibilidades decorrentes do uso da informática. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta70/ERES428.htm#1>>. Acesso em: 3 out. 2011.

1970 – Lei de proteção de dados pessoais do Estado de Hessen, na Alemanha (*Hessisches Datenschutzgesetz*) – Primeira lei de proteção de dados do mundo.

A partir de 1970 – Resoluções setoriais – Comitê de Ministros do Conselho da Europa:

- Resolução n.º (73) 22: proteção da vida privada das pessoas físicas relativamente aos bancos de dados eletrônicos do setor privado;
- Resolução n.º (74) 29: proteção do indivíduo face à constituição de bancos eletrônicos no setor privado.

1980 – Diretrizes sobre Proteção da Privacidade e Fluxo de Dados Pessoais entre Fronteiras – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/18/0,3746,en_2649_34223_1815186_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 5 abr. 2012.

1981 – Convenção para a Proteção dos Indivíduos com Relação ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (conhecida como Convenção 108) – Conselho da Europa. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/108.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

A partir de 1981 – Recomendações setoriais – Comitê de Ministros do Conselho da Europa:

- Recomendação n.º R(81)1: regras para bancos automatizados de dados de saúde

- Recomendação n.º R(83)10: sobre a proteção de dados pessoais usados para pesquisa científica e estatística;
- Recomendação n.º R(85)20: dados pessoais utilizados para fins de marketing;
- Recomendação n.º R(86)1: dados pessoais para fins de segurança social;
- Recomendação n.º R(87)15: uso de dados pessoais no setor de polícia;
- Recomendação R(89)2n.º R(89)2: proteção de dados pessoais dos trabalhadores;
- Recomendação n.º R(90)19: dados pessoais utilizados para fins de pagamento e operações conexas;
- Recomendação n.º R(91)10: comunicação a terceiros de dados pessoais por organismos públicos;
- Recomendação n.º R(95)4: proteção de dados pessoais em serviços de telecomunicações;
- Recomendação n.º R(97)5: proteção de dados pessoais de saúde;
- Recomendação n.º R(97)18: dados pessoais para fins estatísticos;
- Recomendação n.º R(99)5: coleta e tratamento de dados pessoais através da Internet;
- Recomendação n.º R(2002)9: proteção de dados pessoais colhidos e processados em matéria de seguros.

1985 – Recomendação n.º 171, de 26 de junho de 1985 – Organização Internacional do Trabalho. Recomenda a adoção de medidas para proteger a privacidade dos trabalhadores e também para que a vigilância da saúde não seja usada para fins discriminatórios. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:2570826954917556::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312509:NO>. Acesso em: 19 jun. 2012.

1985 – Acordo de Schengen – Comunidades Europeias.

1987 – Decisão 87/373/CEE – Comunidades Europeias. Prevê procedimento para transferência de dados para países terceiros.

1989 – Recomendação n.º R(89)2: Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores – Conselho da Europa. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

1990 – Diretrizes sobre Arquivos de Dados Eletrônicos Computadorizados, Resolução n.º 45/95 – Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r095.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

1992 – Diretrizes quanto à Segurança dos Sistemas de Informação – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

1994 – Acordo Geral de Comércio e Serviços (artigo XIV) – Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/texto-dos-acordos-da-omc-portugues/1.2-anexo-1b-acordo-geral-sobre-o-comercio-de-servicos-gats/view>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

1995 – Diretiva n.º 95/46/CE –Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:PT:PDF>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

1996 – Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores – Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf> Acesso em: 6 jun. 2012.

1996 – Repertório de Recomendações Práticas no Gerenciamento de Álcool e Questões relacionadas a Drogas no Ambiente de Trabalho – Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_107799.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012.

1997 – Diretrizes em matéria de criptografia – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

1997 – Diretiva 97/66/CE – União Europeia. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações. Essa diretiva não está mais em vigor. Foi substituída pela Diretiva 2002/58/CE.

2000 – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – O art. 8.º estabelece como direito fundamental autônomo, expressamente, a proteção de dados de caráter pessoal. União Europeia.

2001 – Regulamento (EC) n.º 45/2001 – Proteção de indivíduos com relação ao processamento de dados pessoais pelas instituições e corpos comunitários e sobre a livre circulação destes dados. União Europeia.

2002 – Diretrizes para a segurança dos sistemas de informação e redes – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

2002 – Diretiva 2002/21/CE – Quadro regulamentar comum para redes e serviços de comunicações eletrônicas. União Europeia.

2002 – Diretiva 2002/58/CE – Tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. União Europeia. A partir de 31 out. 2002, substituiu a Diretiva 97/66 CE. Posteriormente foi alterada pela Diretiva 2009/136/CE.

2006 – Diretiva 2006/24/CE – Retenção de dados gerados ou processados em conexão com os serviços eletrônicos públicos de comunicação ou redes públicas de comunicação. União Europeia.

2010, 2013 – Reforma do arcabouço da proteção de dados pessoais – União Europeia.

ANEXO 2

JURISPRUDÊNCIA DO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Grupo 1: Certidão de antecedentes criminais

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 88400-17-2009.5.09.0513, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3.^a Turma, DJ 27/04/11. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=35856&ano_int=2011&qtd_acesso=2079141&novportal=1>. Acesso em: 5 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 9890900-82.2004.5.09.0014, Rel. João Batista Brito Pereira, 5.^a Turma, DJ 29/09/10. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=219685&ano_int=2006&qtd_acesso=5651595&novportal=1>. Acesso em: 5 fev. 2012.

Grupo 2: Circuito interno de televisão

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 517.2003.070.01.40.0, Rel. Horácio Senna Pires, 6.^a Turma, DJ 18/03/2009. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=253305&ano_int=2006&qtd_acesso=3993365&novportal=1> Acesso em: 23 fev. 2012

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 554.2003.402.14.40.1, Rel. Vantuil Abdala, 2.^a Turma, DJ 05/11/08. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=148420&ano_int=2006&qtd_acesso=2559017&novoportall=>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 615.2004.044.03.41.3, Rel. Vantuil Abdala, 2.^a Turma, DJ 21/05/2008. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=261315&ano_int=2006&qtd_acesso=6280935&novoportall=>>. Acesso em: 23 fev. 2012

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 1208.2004.104.03.40.0, Rel. Ricardo Machado, 3.^a Turma, DJ 10/10/05. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=70617&ano_int=2005&qtd_acesso=2968359&novoportall=>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 1464.2004.206.01.40.9, Rel. Alberto Bresciani, 3.^a Turma, DJ 12/03/08. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.Resumo?num_int=210843&ano_int=2007&qtd_acesso=5372451&novoportall=>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 1970.2003.103.03.40.9, Rel. Ricardo Machado. DJ 5/10/05. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.Resumo?num_int=78096&ano_int=2005&qtd_acesso=2839389&novoportall=>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 277000.32.2006.5.09.0673, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, 6.^a Turma, DJ 16/02/2011. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=144994&ano_int=2010&qtd_acesso=3923613&novoportall=>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 1428300-35.2004.5.09.0013, Rel. Renato de Lacerda Paiva, 2.^a Turma, DJ 28/04/10. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=141195&ano_int=2006&qtd_acesso=4238775&novoportall=>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

Grupo 3: Controle de ida ao toalete

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 7836-26.2010.5.01.0000, Rel. Dora Maria da Costa, 8.^a Turma, DJ 25/05/11. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=30762&ano_int=2011&qtd_acesso=1987449&novoportall=>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 337700-56.2007.5.09.0020, Rel. CAPUTO BASTOS, 2.^a Turma, DJ 27//05/11. Disponível em: http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=530144&ano_int=2008&qtd_acesso=10976289&novoportall=>. Acesso em: 5 fev. 2012.

Grupo 4: Correio eletrônico

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 1542.2005.055.02.40.4, Rel. Ives Gandra Martins Filho, 7.^a Turma, DJ 4/06/08. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=90423&ano_int=2008&qtd_acesso=3324903&novoportall=>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 3058.2005.013.09.40.0, Rel. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8.^a Turma, DJ 6/05/09. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=423863&ano_int=2008&qtd_acesso=9326823&novoportall=>>. Acesso em: 5 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 2562-81.2010.5.01.0000, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, 6.^a Turma, DJ 20/10/10. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=116554&ano_int=2010&qtd_acesso=3531693&novoportal=>>. Acesso em: 5 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 1304300-75.2005.5.09.0029, Rel. Renato de Lacerda Paiva, 2.^a Turma, DJ 19/10/11. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=17145&ano_int=2007&qtd_acesso=2005887&novoportal=>>. Acesso em: 5 fev. 2012.

Grupo 5: Exigência de testes de aptidão

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 100-69.2010.5.22.0000, Rel. Fernando Eizo Ono, 4.^a Turma, DJ 18/08/10. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=89606&ano_int=2010&qtd_acesso=3046629&novoportal=>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 102440-11.2006.5.05.0031, Rel. Alberto Luiz Bresciani De Fontan Pereira, 3.^a Turma, DJ 14/04/2010. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=826483&ano_int=2009&qtd_acesso=16573995&novoportal=>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 240200-13.2010.5.03.0000, Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8.^a Turma, DJ 08/02/12. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=232675&ano_int=2010&qtd_acesso=5885463&novoportal=>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 178-19.2010.5.03.0024, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, 6.^a Turma, DJ 09/11/11. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=93794&ano_int=2011&qtd_acesso=3122025&novoportal=>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 436-55.2010.5.22.0103, Rel. Emmanoel Pereira, 5.^a Turma, DJ 9/11/11. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=118785&ano_int=2011&qtd_acesso=3715455&novoportal=>>. Acesso em 17 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 73500-44.2002.5.02.0036, Rel. Lelio Bentes Corrêa, 1.^a Turma, DJ 22/11/10. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=42183&ano_int=2005&qtd_acesso=2336547&novoportal=>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 286900-77.2009.5.09.0594, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3.^a Turma, DJ 28/09/11. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=116317&ano_int=2011&qtd_acesso=3791031&novoportal=>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

Grupo 6: Proteção de dados pessoais

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 47840-14.2004.5.09.0091, Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8.^a Turma, DJ 08/09/10. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=23283&ano_int=2007&qtd_acesso=1393109&novoportal=1>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho , AIRR 55840-37.2003.5.09.0091, Rel. Josenildo Dos Santos Carvalho, 2.^a Turma, DJ 28/02/07. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=188348&ano_int=2006&qtd_acesso=3198153&novportal=1>. Acesso em: 8 fev. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho , AIRR 349440-65.2008.5.09.0411, Rel. Lelio Bentes Corrêa, 1.^a Turma, DJ 27/10/10. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=75860&ano_int=2010&qtd_acesso=1848329&novportal=1>. Acesso em: 26 jan. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 392440-52.2007.5.09.0411, Rel. José Roberto Freire Pimenta, 2.^a Turma, DJ 30/11/11. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=684997&ano_int=2009&qtd_acesso=9333693&novportal=1>. Acesso em: 29 jan. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, ED-RR 118700-19.2002.5.12.0029, Rel. Vieira de Mello Filho, SDI-1 do TST, DJ 19/05/08. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=42031&ano_int=2003&qtd_acesso=1618053&novportal=1>. Acesso em: 31 jan. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 16900-32.2005.5.09.0091, Rel. Horácio Senna Pires, SDI-1 do TST, DJ 25/11/10. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=121240&ano_int=2006&qtd_acesso=2392857&novportal=1>. Acesso em: 31 jan. 2012.

Grupo 7: Notícias do TST

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 38100-27.2003.5.20.0005, Rel. Renato de Lacerda Paiva, 2.^a Turma, DJ 08/02/2012. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=117556&ano_int=2006&qtd_acesso=2348649&novoportal=1>. Acesso em: 26 jun. 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR-123800-10.2007.5.06.0008, Rel. Pedro Paulo Manus, 7.^a Turma, DJ 14/12/11. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/processos-do-tst>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. *Data protection in the European Union: the role of national data protection authorities. Strengthening the fundamental rights architecture in the EU II*. 2010. Disponível em: <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Data-protection_en.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. O habeas data. *Jus Navigandi*. Teresina: ano 11, n.º 1258, 11 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9264>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION. Privacy framework. Disponível em: <<http://www.apec.org/About-Us/About-APEC/Fact-Sheets/APEC-Privacy-Framework.aspx>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n.º 45/95. Guidelines for the regulation of computerized personal data files*. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/q2grcpd.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

ASSIS, Rui. *O poder de direcção do empregador: configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVILA, Priscilla de Oliveira Pinto. *Exercício do direito à intimidade no ambiente de trabalho: limites ao poder diretivo do empregador*. 121 páginas. Tese de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011.

BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho: identificação, tutela e reparação dos danos morais trabalhistas*. 2.^a ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BENTES, Hilda Helena Soares; et al. *Direitos à intimidade e à vida privada: laboratório de análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2008.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. St. Paul: West Publishing CO., 1990.

BÖRNER, Fritjof; et al. *Der Internet Rechtsberater*. Colônia: Bundesanzeiger Verlag, 1999.

BROX, Hans. *Grundbegriffe des Arbeitsrechts*, 7.^a ed., Stuttgart, Berlim, Colônia, Mainz: Kohlhammer, 1985.

BURMANN, Marcia Sanz. *A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho*. 159 páginas. Tese de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011.

BYGRAVE, Lee A. International agreements to protect personal data. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 4060, 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.

COHNFELDT, Richard. *Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht*: mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung. VIII. Leipzig: Tauchnitz, 1865.

COMISSÃO EUROPEIA. *Communication on the social and labour market dimensions of the information society: people first – the next steps*. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0390:FIN:EN: PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0390:FIN:EN:PDF)>. Acesso em: 22 mar. 2012.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma abordagem global da proteção de dados pessoais na União Europeia*. COM(2010) 609 final, 4 nov. 2010, p. 5-6. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/data_collection/docs/com_2010_0609_pt.pdf>. p. 5-6. Acesso em: 4 abr. 2012.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: proteção da privacidade num mundo interligado. Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI*. COM(2012) 9 final, de 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0009:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 9 jun. 2012.

_____. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados*. COM (2012) 10 final, de 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

_____. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral de proteção de dados)*. COM(2012) 11 final, de 25 jan. 2012. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_pt.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Niemitz v. Germany. ECHR, 23 November 1992, Series A, n.º 251/B, parágrafo 29. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,DEU,,3f32560b4,0.html>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

CONSELHO DA EUROPA. *Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data*. Explanatory Report. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/108.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2012.

_____. *Explanatory memorandum – Recommendation n.º R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R\(89\)2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/EM/EM_R(89)2_EN.pdf)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. Revista dos Tribunais, 4.^a ed. São Paulo: 2007.

CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*. Munique: Beck, 2011.

CRUZ, Adriano Joaquim de Oliveira. *Algoritmos. Núcleo de Computação Eletrônica da Universidade Federal do Rio de Janeiro*. 1997. Disponível em: <<http://equipe.nce.ufrj.br/adriano/c/apostila/algoritmos.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

DÄUBLER, Wolfgang. *Internet und Arbeitsrecht*. Frankfurt: Bund, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

DEPARTAMENTO DE COMÉRCIO DOS ESTADOS UNIDOS E COMISSÃO EUROPEIA. *Safe harbor*. Disponível em: <http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018365.asp>. Acesso em: 22 mar. 2012.

DIREÇÃO-GERAL DO EMPREGO, ASSUNTOS SOCIAIS E IGUALDADE DE OPORTUNIDADES DA COMISSÃO EUROPEIA. *Communication from the Commission: first stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data*, 2001. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2504&langId=en>>. Acesso em: 9 jun. 2012.

DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

_____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Proteção de dados pessoais. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011.

ERD, Rainer. *Datenschutzrechtliche Probleme Sozialer Netzwerke*. NVwZ. Munique: 2011.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. Information technology and workers' privacy: the Brazilian law. In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 23, Issue 2, Champaign, IL, Winter 2002.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. RT 567/9, Revista dos Tribunais. São Paulo: 1983.

FRANZEN, Martin. *Arbeitnehmerdatenschutz – rechtspolitische Perspektiven*. RdA. Munique, Frankfurt: Beck, 2010.

FREEDLAND, Mark. *Data protection and employment in the European Union: an analytical study of the law and practice of data protection and the employment relationship in the EU and its Member States*. Oxford: Oxford, 1999.

GAMILLSCHEG, Franz. *Arbeitsrecht I*. Individualarbeitsrecht. Bd. 1, 6.^a ed. Munique: Beck, 1983.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Edt., 2010.

GOLA, Peter. *Datenschutz bei der Kontrolle "mobiler" Arbeitnehmer – Zulaessigkeit und Transparenz*. NZA. Munique, Frankfurt: Beck, 2007.

_____; WRONKA, Georg. *Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz*. Frechen: Datakontext, 2008.

GROBYS, Marcel. *Die Überwachung von Arbeitnehmern in Call Centern*. Baden-Baden: Nomos, 2007.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. Parecer 3/2010 sobre o princípio da responsabilidade, adotado em 13 de julho de 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp173_pt.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2011.

_____. Documento de trabalho sobre a vigilância das comunicações eletrônicas no local de trabalho. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_pt.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2012.

_____. Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 sept. 2001, 5062/01/EN/Final, WP48. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

_____. Parecer 15/2011, sobre a definição de consentimento adotado em 13 de jul. de 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_pt.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2012.

_____. Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de jun. de 2007, 01248/07/PT, WP136. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pt.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2012.

_____. Recomendação 1/2001, relativa aos dados de avaliação dos trabalhadores. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp42pt.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

GUERRA, Amadeu. *A privacidade no local de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.

HAINZENREDER JR., Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

FOLHA DE S.PAULO. *Internet chega a 73,9 milhões de pessoas no Brasil, diz Ibope*. São Paulo, 18 mar. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/890677-internet-chega-a-739-milhoes-de-pessoas-no-brasil-diz-ibope.shtml>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

JUSBASIL. *Governo Federal inicia debate público sobre proteção de dados pessoais da sociedade e não distingue tratamento às bases de dados dos cartórios*. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2489423/governo-federal-inicia-debate-publico-sobre-protecao-de-dados-pessoais-da-sociedade-e-nao-distingue-tratamento-as-bases-de-dados-dos-cartorios>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

KILIAN, Wolfgang. *Germany*. In: BYGRAVE, Lee A. International agreements to Protect personal data. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6.^a ed. Berlim, Heidelberg, Nova York: Springer, 1991.

LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet*. 344 f. Tese de Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.

LESSING, Lawrence. *Code 2.0*. Cambridge: SoHo Books, 2010.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *Discriminação genética e proteção da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro*. 233 f. Doutorado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo: ano 71, n.º 11, nov. 2007.

MALLET, Estêvão. Apontamento sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 104, 2009.

_____. Direitos de personalidade e direito do trabalho. In: *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano I, n.º 1, Porto Alegre: Livraria e Editora Magister, jul./ago. 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011.

MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: LTr, 2003.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. Edição fac-similar. São Paulo: LTr, 1991.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Direito do Consumidor-Notícias. *Sociedade tem mais um mês para opinar sobre proteção de dados pessoais*. Disponível em: <<http://portal>.

mj.gov.br/data/Pages/MJ08DEBD27ITEMID713CB028EB4D494C85AC7589D7FCF131PTBR NN.htm>. Acesso em: 23 mar. 12.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: _____. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Edt., 2010.

MORO, Luís Carlos. A internet nas relações de trabalho e limites às condutas patronais e de empregados. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: Ano XXXII, abr. de 2012.

NERY JR., Nelson. Visão sobre a principiologia do código de defesa do consumidor. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. São Paulo: Ano XXXI, n.º 114, dez. de 2011.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. Revista dos Tribunais, 6.^a ed., São Paulo: 2008.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. *Revista do Departamento do Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: v. 1, n.º 1, jan./jun. 2006.

_____. Campo de aplicação do direito do trabalho – sujeitos: empregador e empregado. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito individual do trabalho*, v. 2. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Comentário de decisões judiciais: dano pessoal e prova*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *O Mundo do Trabalho*, v. 1. Leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers' personal data: an ILO code of practice*, 1997. Commentary on the Code of Practice. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2012.

_____. *R150 Human Resources Development Recommendation*, 1975. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R150>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

_____. *R171 Occupational Health Services Recommendation*, 1985. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R171>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Convenção que institui a OCDE. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/7/0,3746,en_2649_201185_1915847_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 22 mar. 2012.

PARENTONI, Leonardo Netto. Responsabilidade civil pela coleta, gestão e armazenamento de dados de outrem. In: *Revista Acadêmica da Escola de Magistratura da Justiça Federal da 3.ª Região*. São Paulo: n.º 1, jun./ago. 2009.

PATRUNI, Patrícia Mauad. Tutela do interesse do empregador. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008.

PAVELSKI, Ana Paula. *Os direitos da personalidade do empregado: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador*. Curitiba: Juruá, 2009.

PHARE PROGRAMME TWINNING PROJECT N.º LT02/IB-JH-02/0-3. *Data protection in the workplace*. Disponível em: <<http://www.ada.lt/images/cms/File/Script%20EN%20-%20Data%20Protection%20in%20the%20Workplace.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

PRIVACY PROTECTION STUDY COMMISSION. *Appendix 3 to The Report of The Privacy Protection Study Commission*, Employment Records. Jul. 1977. Disponível em: <<http://epic.org/privacy/ppsc1977report/appendix3.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

QUEIROZ, Cristina. A proteção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa (Coord.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007.

RAIF, Alexander. *Beschäftigungsdatenschutz: Wird alles neu bei der Arbeitnehmerkontrolle? ArbRAktuell*. Munique: Beck, 2010, p 359.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 1993.

REGAN, Priscilla M. The United States. In: RULE, James B.; GREENLEAF, Graham (Org.). *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009.

RULE, James B. Introduction. In: _____; GREENLEAF, Graham. *Global Privacy Protection: The First Generation*. Massachusetts: Elgar, 2009.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. Direitos individuais homogêneos: aspectos de sua concretização a partir de um modelo doutrinário e de exemplos da jurisprudência trabalhista recente. In: *Tutela processual coletiva trabalhista*. Temas. MALLET, Estevão; SANTOS, Enoque Ribeiro dos. São Paulo: LTr, 2010.

_____. O contrato de trabalho e o sutiã: reflexões sobre as obrigações principais e acessórias. *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 72, n.º 4, p. 403-412, abr. 2008.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Considerações iniciais sobre a proteção jurídica das bases de dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). Bauru: Edipro, 2000.

_____. Princípios para a formação de um regime de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet*, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das normas coletivas*. São Paulo: LTr, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SBRISSIA, Maria Fernanda; SILVA, Marilza Lima da. Tutela do interesse público. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord.). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHAAR, Peter. *Das Ende der Privatsphäre*. Der Weg in die Überwachungsgesellschaft. Munique: Goldmann, 2009.

SCHELLER, Fernando. Empresas agora caçam talentos no Facebook. *O Estado de S. Paulo - Negócios, Carreiras*. São Paulo: 28 abr. 2012.

_____. Grandes empresas recebem mais de mil currículos ao dia. *O Estado de S. Paulo - Caderno Economia & Negócios*. São Paulo: 18 ago. 2011.

SCHWACKE, Peter. *Juristische Methodik mit Technik der Fallbearbeitung*. 4.^a ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2003.

SILVA, Otavio Pinto e. Fontes do direito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 96. São Paulo: 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais na relação entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMITIS, Spiros. Developments in the protection of workers' personal data. In: *Conditions of work digest*. Workers' privacy. Part I: Protection of personal data, v. 10, n.º 2, 1991, Genebra: International Labour Office.

_____. From general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European Union. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n.º 19, 1998.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SOLOVE, Daniel J. *The future of reputation: gossip, rumor and privacy on the internet*. New Haven; Londres: Yale University Press, 2007.

SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. *Privacy law in a nutshell*. St. Paul: Thompson/West, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 48. Citado por LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na internet*. 344 f. Tese de Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

WEBBER, Jeremy. Democratic decision making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Coord.). *The Least Examined Branch*. Cambridge; Nova York: Cambridge University, 2006.

WIKIPÉDIA. Verbetes “biometria”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Biometria>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

WIKIPÉDIA. Verbete “nanotecnologia”. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/nanotecnologia>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

_____. Verbete “Web 2.0”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Web_2.0>. Acesso em: 21 mar. 2012.

ZÖLLNER Wolfgang. *Daten – und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*. Colônia; Berlim; Bonn; Munique: Heymanns, 1982.