

A INTIMIDAÇÃO INFORMÁTICA DO TRABALHADOR

MÁRIO ANTÔNIO LOBATO DE PAIVA(*)
JOSÉ CUERVO(**)

Sumário: *Introdução; 1. Intimidade e privacidade; 2. Definições de intimidade e privacidade; 3. Tratamento automatizado de dados pessoais no âmbito laboral; 3.1. A seleção de trabalhadores; 3.1.1. Seleção através de empresas especializadas; 3.1.2. O Estatuto dos Trabalhadores Espanhol; 3.2. No contrato de trabalho; 3.2.1. Objeto e âmbito de aplicação; 3.2.2. A confidencialidade; 3.2.3. Competência dos representantes dos trabalhadores; 3.2.4. Falta de consentimento do trabalhador no recolhimento de dados; 3.2.5. Dados especialmente protegidos; 3.3. Na negociação coletiva; 4. Postura sindical; 5. Organização Internacional do Trabalho; 6. A Internet e o acesso ao trabalho (recomendação aos tribunais); 7. Conclusões; 8. Bibliografia.*

INTRODUÇÃO

A origem do conceito jurídico de intimidade é norte-americano. Em 1873, o juiz *Thomas A. Cooley*, em sua obra "The Elements of Torts", o definiu como "*the right to be let alone*", é dizer, o direito a ser deixado em paz, ou de ser deixado só.

Foi formulada originalmente pela primeira vez em seu artigo publicado em 1980 por dois jovens advogados *Warren* e *Brandeis*.

O objetivo perseguido pelos autores deste trabalho era o de estabelecer um limite jurídico que vedasse as intromissões da imprensa na vida privada.

(*) É advogado em Belém; Sócio do escritório *Paiva & Borges Advogados Associados*; Professor da Universidade Federal do Pará; Sócio-fundador do Instituto Brasileiro da Política e do Direito da Informática — IBDI; Membro do Conselho Editorial da Editora Oficina de Livros em Brasília; Autor e co-autor de oito livros jurídicos e uma centena de artigos publicados em revistas especializadas nacionais e estrangeiras. E-mail: malp@interconnect.com.br

(**) É advogado; Graduado social pela Escola Social de Salamanca; Especializado em temas de Direito Informático. Mestre em administração de empresas com especialização em Direito Empresarial pela Fundação Geral da Universidade Politécnica de Madrid.

O próprio *Louis D. Brandeis*, anos mais tarde, como juiz do Tribunal Supremo, encontrou este direito na IV emenda da Constituição, expressando seu entendimento em voto por ele proferido na sentença em que litigavam a *Olmstead versus a United States* (1928). Em sua concepção, referido preceito deveria ser interpretado extensivamente, de maneira que se exigiria um limite que impedisse as intromissões governamentais na vida privada.

No entanto, mesmo depois de outros pronunciamentos semelhantes, o Tribunal Supremo não afirmou categoricamente até 1965 a existência de um específico direito à intimidade, dotado de uma substantividade própria. O reconhecimento desse direito só foi constatado quando da prolação da sentença, tendo como partes a *Griswold versus Connecticut*, que considerou inconstitucional, por lesionar o direito à intimidade, a proibição de vender, distribuir e utilizar *contraceptivos*.

A trajetória do direito à intimidade na Europa foi distinta da norte-americana onde tão-só existiram formulações filosóficas e doutrinárias sobre os direitos à personalidade. Em sendo o debate político e filosófico, podemos destacar as formulações de *Benjamin Constant de Rebecque*, *Jeremy Bentham*, *Thomas Hobbes*, *John Looke*, *Robert Price* y *John Stuart Mill*.

O direito à intimidade não aparece enunciado de forma expressa e como categoria independente nos textos constitucionais até hoje. O primeiro texto constitucional na Europa a reconhecer de forma expressa o direito à intimidade foi a Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 26.1, e posteriormente verificamos sua inclusão na Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 18.

O conteúdo mínimo do direito à intimidade pode formular-se segundo diversos aspectos, como direito:

- não participar de vida coletiva,
- isolar-se da comunidade,
- a estabelecer uma relação "zero",
- a desfrutar um espaço para respirar,
- a exercer o direito ao anonimato,
- a um círculo de vida exclusivo,
- a não ser conhecido, em certos aspectos, pelos demais.

Este fundamento tem sido reconhecido com caráter universal pelo artigo 12 da Declaração Universal de Direito Humanos das Nações Unidas de 1948, no artigo 8.1 da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, e no artigo 17.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

No ordenamento jurídico espanhol, seu reconhecimento e garantia é levada a cabo, em primeiro lugar, na Constituição Espanhola, cujo o artigo 18.1 dispõe que "*se garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem*".

O artigo 18 estabelece que: "A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos".

O artigo 18 acolhe o conteúdo amplo de intimidade. Junto à declaração geral de positivação do direito à intimidade, é reconhecido o direito à intimidade domiciliar, bem como a liberdade e confidencialidade das comunicações privadas. O artigo 18.4 CE reconhece a dimensão positiva da intimidade convertida em "liberdade informática", que basicamente constitui um direito de controle sobre dados pessoais que circulam na sociedade informatizada.

A Constituição Espanhola não só garante a intimidade como um direito fundamental autônomo, como faz referência ao mesmo quatro em momentos diferentes. Vejamos:

Artigo 18.1. Formulação genérica.

Artigo 18.4. Garantia frente a informática.

Artigo 20.4. Limite aos direitos que integram a liberdade de expressão.

Artigo 105.b. Como salvaguarda ao acesso dos cidadãos aos arquivos e registros administrativos, excluindo do público conhecimento do que afeta a intimidade das pessoas.

Este conjunto de disposições se complementa com outros instrumentos normativos de previsão legal que regulam diversas matérias setoriais.

A previsão normativa específica da proteção da vida privada não tem sido contemplada em nossos textos constitucionais. Apenas recentemente, com a atual Constituição Federal brasileira, é que a matéria alcançou tratamento personalizado, pois afirma serem, em seu artigo 5º, X, "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Assim a Carta Magna resguarda o direito à privacidade e intimidade do indivíduo que pode frear a intromissão de pessoas não autorizadas em sua vida íntima. No entanto é possível verificar de maneira genérica referências ao direito à personalidade a partir da Constituição Federal brasileira de 1824.

1. INTIMIDADE E PRIVACIDADE

Na exposição de Motivos da Lei Orgânica Espanhola de Regulamentação do Tratamento Automatizado dos Dados de Caráter Pessoal, sua redação faz uma interessante distinção entre o que entende por intimidade e privacidade, assim como a Constituição Federal de 1988, quando faz diferença entre a vida privada e a intimidade.

O legislador utiliza a palavra privacidade já que esta não figura no Dicionário da Língua Espanhola, porém há que se reconhecer que cada vez mais a mesma é utilizada pela Doutrina, já que o correto seria falar de vida privada.

Analisando as línguas de outros países, observamos que em todas existem palavras distintas para expressar intimidade e privacidade, exceto na língua inglesa que, apesar de tê-las, tem inclinado a utilização do termo privacidade. Vejamos:

Na Alemanha: Intimität y Privat Leben;

Na França: Intimité y vie privée;

Na Itália: Intimitá y riservatezza;

Em Inglês: Intimity y privacy;

Em espanhol: Intimidad y vida privada;

No Brasil: Intimidade e vida privada.

Na língua inglesa, a palavra *intimity* é empregada para denominar as relações sexuais ilícitas, pelo que tem sido evitada sua utilização para o objeto a que nos referimos neste ensaio, podendo somente ser utilizada a palavra *privacy* para designar tanto intimidade como a vida privada.

O Dicionário da Real Academia de Língua Espanhola define intimidade como: "*Zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo, especialmente de uma família*". Privacidade é uma palavra que não existe no Dicionário da Real Academia, no entanto, a palavra equivalente é a "*privada*" que em suas diferentes acepções significa: "*Que se execute a vista de poucos, familiar ou domesticamente, sem formalidade nem cerimônia alguma*" e "*Particular e pessoal de cada um*".

No Novo Dicionário da Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda podemos encontrar *intimidade*: "qualidade de íntimo, vida íntima; vida particular"; *privacidade*: "vida privada, vida íntima, intimidade".

2. DEFINIÇÕES DE INTIMIDADE E PRIVACIDADE

No artigo de *Warren e Brandeis* encontramos uma definição já clássica, que indicamos anteriormente, como o direito a estar só, o direito à solidão.

Todavia esta concepção não engloba na integralidade o conceito que temos daquele direito. Entendemos que nossa intimidade é agredida de diversas maneiras por intermédio de escutas telefônicas, fotos tiradas à distância e uso indevido de dados informáticos, procedimentos que não necessitam da presença física de outras pessoas, ou seja, em muitos casos estamos literalmente sós, mas mesmo assim podemos sofrer danos em nossa intimidade através dos mencionados mecanismos que se empreendam à distância. Por isso, elencamos diferentes definições de alguns autores.

Fried, em um trabalho de 1979 que leva como título "An anatomy of values", define a intimidade como "controle sobre a informação que nos concerne" e *Parker* em outro trabalho de 1974, com o título "A Definition of Privacy", define como "o controle sobre quando e quem pode saber os diferentes aspectos de nossa pessoa".

García San Miguel nos indica que cada indivíduo tem sua própria definição de intimidade, assim todos admitiriam que este direito tem haver com a possibilidade de que algo do que fazemos ou o que somos (seja qualquer informação que o indivíduo considere confidencial) não seja conhecido pelos demais e, se for conhecido por alguns, estes não devem dar conhecimento a outros.

Westin considera que a intimidade "privacy" pode manifestar-se em quatro variações:

"*Solidão* — de ordem física, exclui qualquer contato material, e o último estágio da 'privacy'.

Intimidad (intimacy) — sem isolamento, é circunscrita a um âmbito de relações restringidas.

E definida porque o indivíduo atua como parte de uma pequena unidade que reclama e está preparada para exercer uma segregação corporativa que permite alcançar uma relação franca, relaxada e fechada entre os demais indivíduos.

Anonimato — concerne a falta de identificação que é produzida dentro do grupo.

Reserva — é o estado mais sutil da intimidade, que supõe a ereção de uma barreira psicológica frente as intromissões."

Davara Rodriguez define privacidade como termo a que podemos fazer referência com base na ótica da pertinência dos dados a uma pessoa — seu titular — e que eles podem analisar aspectos que individualmente não tem maior transcendência, porém que ao uni-los a outros podem configurar um perfil determinado sobre uma ou várias características do indivíduo e que este tem direito de exigir que permaneçam em sua esfera interna, em seu âmbito de privacidade.

Segundo *René Ariel Dotti*, a intimidade se caracteriza como a área secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais, o que é semelhante ao conceito de *Adriano de Cupis* que define intimidade (riservatezza) como o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma.

No 3º do Auto 642/1986 do Tribunal Constitucional Espanhol de 23 de julho em relação com o direito à intimidade e ao segredo bancário é asseverado que: "*O direito à intimidade, que tem sido assegurado explicitamente na Constituição com o caráter de fundamental, parte da idéia originária a respeito da vida pessoal e familiar, a qual deve ser excluída do conhecimento alheio e das intromissões dos demais, salvo autorização do interessado*".

González Gaitano, ao tratar da localização da intimidade assinala: assim como a vida pública e a vida privada em termos relativos um ou outro, intimidade é um termo absoluto. A vida privada se define com relação à vida pública e vice-versa. Essa relação é variável em cada cultura e segundo diferentes momentos históricos a intimidade está à margem da

dialética público-privada. Somente a partir da intimidade pode haver vida privada e vida pública e só através do reconhecimento e proteção de seu valor absoluto podem ser definidos os âmbitos das outras duas esferas.

Em resumo, colocando-se alheio à discussão doutrinal que existe o respeito, é indubitável que na época atual devido ao aumento considerável da informação que se dispõe acerca de uma pessoa deve haver a necessidade de resguardo do direito à intimidade protegido por intermédio de uma série de garantias jurídicas frente a intromissão dos demais, feito que ultimamente é mais freqüente pela aparição da informática.

3. TRATAMENTO AUTOMATIZADO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO LABORAL

A aprovação da LORTAD (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, BOE. 262 del 31 octubre 1992) estabeleceu em sua aplicação e no que diz respeito à relação laboral numerosos e complexos problemas. A opção por uma lei de caráter geral, e em que ademais apenas faça referência ao tratamento informatizado dos dados pessoais dos trabalhadores, não parece contribuir de forma totalmente satisfatória.

No âmbito laboral coexistem duas tendências que, podendo ser harmonizadas, estão freqüentemente em colisão:

a) Por um lado, há um interesse legítimo do empresário em utilizar as enormes vantagens proporcionadas pelo tratamento automatizado de dados, com vistas de aumentar a eficácia de sua gestão pessoal;

b) Por outro lado, esse acesso e tratamento de dados pessoais do trabalhador pode pôr em perigo direitos fundamentais do mesmo e, sobretudo, seu direito à intimidade.

Existem características da relação laboral que dão transcendência ao tratamento de dados e que colocam a mesma numa situação especialmente sensível aos perigos derivados da informática, como por exemplo:

1. A durabilidade — importante na conservação dos dados;
2. Seu caráter pessoal — a complexidade a respeito do tipo de dados a serem considerados;
3. A diversidade de casos — os que podem ser relevantes;
4. O número de trabalhadores — concerne ao elevado respeito dos que requerem a informação.

As relações laborais são marcadas por processos contínuos de decisão e respeito aos trabalhadores, e dado que ditos processos se baseiam na informação, existe a necessidade de receber informação, e recebê-la em grande quantidade. Isso faz do tratamento dos dados pessoais um feito permanente neste tipo de relações, como uma espécie de condição permanente de trabalho.

No campo das relações trabalhistas, os dados pessoais não são somente importantes para a "Configuração do perfil" — atribuída a um profissional — o trabalhador, senão inserido em um sistema dominado pela constante troca de informações, especialmente na organização do trabalho, também serve para a "reconfiguração" desse perfil de forma constante.

3.1. A seleção de trabalhadores

É de conhecimento de todos que a informação tem, hoje em dia, uma grande importância no processo de contratação laboral. Em especial, o ato empresarial de selecionar trabalhadores, preterindo a outros, requer uma informação sobre a qual apóie a decisão para o estabelecimento de vínculo empregatício. Como consequência do princípio da liberdade empresarial de contratação, ao empresário cabe o direito de valorar as atitudes e indagar as condições profissionais do futuro empregado, utilizando para isso as várias técnicas existentes em matéria de seleção de pessoal. Portanto, empresário, no momento em que seleciona seus trabalhadores, utiliza-se dos mais variados recursos para colher dados sobre os candidatos ao emprego que permitam avaliar suas aptidões para o cargo.

O perigo principal é que essa busca de dados possa levar em consideração aspectos e atribuições desnecessárias, alcançando particularidades da vida dos candidatos ao emprego que não são relevantes para a determinação de sua aptidão. A utilização dos computadores acentuou ainda mais esta potencialidade lesiva. Se analisarmos a grande capacidade de armazenamento de dados e a rapidez no uso e apoio dos mesmos, a possibilidade de interconexão através de grandes redes informáticas e a aparência de objetividade e rigorosidade fazem do computador um elemento propício para as violações dos direitos das pessoas, podendo afetar o desenvolvimento de múltiplos direitos fundamentais como o da intimidade e o da honra.

3.1.1. Seleção através de empresas especializadas

A seleção de pessoal muitas vezes não é realizada pelo empresário, pois o mesmo com o intuito de contratar de maneira apropriada contrata serviços de uma empresa especializada na seleção, que realizará o trabalho de recolhimento, armazenamento e tratamento de dados pessoais dos aspirantes ao emprego. Esta intervenção de um terceiro no processo de seleção introduz uma série de peculiaridades.

Surge a possibilidade de que as empresas especializadas, a partir dos dados a que tem acesso e com o desenvolvimento de sua atividade, *podem criar fundos ou bancos de informação, com o fim de empregá-los em futuros processos de seleção ou, ainda, de cedê-los a outros empregadores que realizem por sua conta o recrutamento de seus empregados e que busquem informações prévias sobre eles.*

Na Espanha, essa possibilidade parece vedada pelo artigo 27 da LORTAD que com o título de "*Prestação de serviços de tratamento automatizado de dados de caráter pessoal*" indica:

"1. Quem, por conta de terceiros, presta serviços de tratamento automatizado de dados de caráter pessoal não poderá aplicar ou utilizar os dados obtidos com o fim distinto ao do que figure no contrato de serviços, nem cedê-los sequer para sua conservação a outras pessoas.

2. Uma vez cumprida a prestação contratual os dados de caráter pessoal tratados deverão ser destruídos, salvo mediante autorização expressa daquele por conta de quem foi prestado referidos serviços, porque razoavelmente presume-se a possibilidade de ulteriores encargos, em cujo caso poderia ser armazenado com as devidas condições de segurança por um período de 5 anos."

As empresas de seleção têm como fim específico a seleção de trabalhadores para outras empresas que buscam seus serviços, para o tratamento automatizado de dados por conta de terceiros. Sem embargo, se o desenvolvimento desta atividade recolhe, armazena e trata automatizadamente os dados, realizaram tais labores por conta de um terceiro e, em consequência, deverão ajustar-se aos preceitos do artigo 27 da LORTAD.

Por outro lado, uma empresa de seleção não poderá empregar a informação obtida no desenvolvimento de seus serviços para outros posteriores, nem tampouco cedê-la a outras empresas da mesma atividade a outros empregadores distintos daquele contratado. Estas informações impõem uma aplicação concreta do princípio da finalidade, no sentido de que os dados pessoais não devem ser usados para fins distintos dos que foram contratados.

Isto exclui a possibilidade de que existam empresas dedicadas, com o fim legítimo, de recolhimento e armazenamento de dados para sua posterior colocação à disposição de outras empresas que os necessitem para a seleção de trabalhadores. O perigo, nesses casos, é a possibilidade de existência de empresas que sem garantir a devida segurança suficiente se dediquem a oferecer informes sobre a "solvência" (econômica e laboral) das pessoas.

O tratamento automatizado desses dados exigirá o consentimento do afetado, pois não nos encontramos na vigência de um contrato de emprego nem tampouco ante a aplicação de medidas prévias à celebração do contrato adotadas em resposta a uma solicitação do interessado.

3.1.2. O Estatuto dos Trabalhadores Espanhol

Algumas das seleções de empregados são realizadas por intermédio de empresas de Trabalho Temporário.

Essas empresas se dedicam a subministrar trabalhadores com caráter provisório e transitório a outras empresas, com fim de satisfazer suas necessidades temporais de mão-de-obra e, portanto, devem sujeitar-se aos preceitos da LORTAD. Essas empresas, para poder direcionar e comandar seu "fundo de trabalhadores", possuem arquivos com os dados de seus empregados tanto daqueles que prestam através delas seus serviços a algum cliente, como aqueles que estão "em lista de espera". Referidos arquivos, se automatizados, deverão submeter-se a normas e princípios da LORTAD.

3.2. No contrato de trabalho

As questões jurídicas suscitadas no que diz respeito ao tratamento informático de dados dos trabalhadores surgem pela necessidade de delimitar o que em si é dificilmente delimitável, pois que dados necessita o empresário saber a respeito do trabalhador? Levando-se em consideração que nessa prestação pessoal em que consiste o trabalho definido no artigo 1.1 do Estatuto dos Trabalhadores Espanhol, o referente à pessoa do trabalhador enquanto tal, penetra evidentemente no trabalhador enquanto pessoa.

É necessário distinguir os efeitos da legitimação da informação, quando esta é utilizada para a adoção de decisões profissionais a respeito do trabalhador, e quando se quer utilizá-la como elemento de controle do trabalhador com o fulcro de colocá-lo em uma situação indefensável de seus interesses no âmbito laboral, desestimulando-o tanto na proteção de seus interesses individuais como no exercício de seus direitos coletivos.

Este fatores de risco não apareceram somente com o advento da informática, pois que já se encontravam presentes no tratamento manual de dados pessoais do trabalhador. Sem embargo, o certo é que agora observa-se um salto não só quantitativo, mas também qualitativo. A quantidade incomparavelmente maior de informação que pode ser armazenada, como por exemplo:

- Maior capacidade de combinação com a formação de “perfis” mais completos, avançando-se na configuração do denominado “trabalhador transparente”;

- Maiores possibilidades de acesso;

- Maiores possibilidades de transmissão a terceiros;

- Maior duração da informação, com risco do denominado “direito ao esquecimento” (*olvido*);

- Maior perigo de descontextualização da informação, tanto a respeito da responsabilidade dos arquivos, como a respeito das circunstâncias que sempre rodeiam qualquer atitude ao feito de criação de um denominado “clima psico-sociológico de controle e transparência”, isto é, de consciência nos trabalhadores de poderem ser conhecidos em todos os seus aspectos.

3.2.1. Objeto e âmbito de aplicação

Segundo nos indica o artigo 1 da LORTAD, o objeto da mesma é “limitar o uso da informática e outras técnicas e meios de tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal para garantir a honra, a intimidade pessoal e familiar das pessoas físicas e o pleno exercício de seus direitos”. Trata-se de um objeto totalmente aplicável no âmbito da relação laboral, de forma que deve ser considerada positiva a inclusão da mesma neste âmbito de aplicação.

O artigo 2º da LORTAD nos diz que “a presente Lei será de aplicação aos dados de caráter pessoal que figuram em fichários automatizados dos setores público e privado”. Dita inclusão também deriva do indicado no artigo 23 da Lei, ao referir-se à possibilidade de criar fichários automatizados de titularidade privada que contenham dados de caráter pessoal, quando resulte necessário para o logro da atividade ou objeto legítimo da pessoa, empresa ou entidade titular.

Podemos encontrar nesta lei uma exceção que diz respeito às relações de emprego contida no artigo 2.2., e), que é a dos fichários mantidos pelos sindicatos, com a exceção dos dados especialmente protegidos no artigo 7º e com as limitações dispostas no artigo 11 da LORTAD.

E no artigo 1.1 do Estatuto dos Trabalhadores, é responsável pelos arquivos o empresário que os mantiver, definindo sobre a finalidade, conteúdo e uso, sendo afetado o trabalhador enquanto pessoa física titular dos dados que sejam objeto de tratamento.

Uma delimitação evidente em sua aplicação da lei a respeito dos fichários automatizados no âmbito laboral é que deve referir-se a “dados de caráter pessoal”. Com tão ampla definição praticamente todos os dados atribuídos ao trabalhador que possam interessar aos empresários são “pessoais”, incluídos os profissionais.

Existe, porém, um dever de notificação e inscrição registral de toda pessoa ou entidade que almeje a criação de fichários automatizados, nos termos do artigo 24 da LORTAD e que se aplica plenamente ao empresário.

3.2.2. A confidencialidade

Deveres como o da confidencialidade dos arquivos mantidos pela empresa devem ter como conseqüência a imposição de forma mais estrita ao do dever de reserva do pessoal da empresa que, por seus prepostos, tem acesso aos dados pessoais informatizados.

Dispõe o artigo 22.2 da Lei de Prevenção de Riscos Laborais que “as medidas de vigilância e controle da saúde dos trabalhadores devem ser levadas a cabo, respeitando sempre o direito à intimidade e à dignidade da pessoa do trabalhador e a confidencialidade de toda a informação relacionada com seu estado de saúde”.

3.2.3. Competência dos representantes dos trabalhadores

Não é contemplado na Lei Espanhola nem Brasileira a competência dos representantes dos trabalhadores a esse respeito, sendo claro que a mesma deve desempenhar algum tipo de papel para que seja observado o cumprimento de princípios, tais como o da legalidade ou de cancelamento e descontextualização. Trata-se de funções que podem ser incorporadas às funções genéricas reconhecidas no artigo 64.1.8 a) do estatuto dos trabalhadores, entendendo que a LORTAD está incluída dentro das “normas vigentes em matéria laboral”. No Brasil, devem ser observadas

as disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dizem respeito genericamente à representação sindical dos interesses da categoria.

3.2.4. Falta de consentimento do trabalhador no recolhimento dos dados

Da combinação dos artigos 5 e 6 da LORTAD existe um vazio, especialmente negativo no âmbito laboral. É o que ocorre a respeito do consentimento no recolhimento de dados do afetado quando da confecção parcial ou total de seus dados.

As fontes não diretas de informação podem adquirir uma considerável importância no âmbito laboral. Estas fontes paralelas são constituídas principalmente por informação dos superiores ou de outros companheiros. Para a utilização destas fontes paralelas, já que não foram colhidas com consentimento do afetado, deve ser regida respeitando os princípios e direitos que contidos na LORTAD, incluído principalmente a obediência aos princípios da *pertinência* e da *proporcionalidade*.

O artigo 5.3 *excetua a obrigatoriedade de ser informado previamente* dos extremos os que se referem ao artigo 5.1, quando tal informação "se deduz claramente pela natureza dos dados pessoais que se solicitam ou das circunstâncias em que se recebem". Não parece este aparato aplicável ao âmbito laboral.

3.2.5. Dados especialmente protegidos

No que diz respeito às peculiaridades do afetado, como por exemplo as crenças, a ideologia, podem ter uma conexão direta com o exercício dos *direitos coletivos fundamentais, como o da liberdade sindical e férias, a propensão à solidariedade, à concepção, respeito à relação conflito/comunidade, etc.*; tudo isso pode indicar informações a respeito da predisposição do trabalhador de exercer aqueles direitos.

A dúvida que surge a respeito é se no âmbito laboral o afetado pode permitir individualmente a inclusão dessas peculiaridades em arquivo de dados mantido pela empresa. A LORTAD não contém nenhuma especificação sobre o assunto, o que sugere a licitude de referida inclusão dessas informações em ficheiro, porém devem ser respeitadas algumas premissas:

Respeito à saúde:

a) em primeiro lugar, podemos indicar que o artigo 7.4 da Lei Orgânica n. 1/1982 de proteção do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, dispõe que "considera-se intromissão ilegítima... a revelação de dados privados de uma pessoa ou família conhecidos através da atividade profissional ou oficial de quem os revela";

b) em segundo lugar, o Código de Ética e Deontologia Médica de 1979, regula em seus capítulos III e IV o dever de sigilo profissional dos médicos, formulado parcial e genericamente pelo artigo 10.1 da Lei n. 14/1986, Geral da Saúde.

Nos resulta surpreendente que a Lei n. 31/1995 de Prevenção de Riscos Laborais (LPRL) omita qualquer tipo de referência ao modo de suporte material e de armazenamento dos resultados de labor de vigilância a que faz referência ao artigo 22, fundamentalmente se levarmos em consideração as críticas a que foi objeto da LORTAD por suas escassas referências específicas ao âmbito laboral e à vista do artigo 47 da LPRL que tipifica como falta grave o "não registrar e arquivar os dados obtidos nas evoluções, controles, reconhecimentos, investigações ou informes a que se referem os artigos 16, 22 e 23 desta Lei".

Sua incidência em matéria de intimidade médica reveste uma especial importância não só porque incide sobre aspectos integrantes da "privacidade" do indivíduo, senão porque os dados obtidos podem deduzir-se de forma aproximada questões como a vida sexual do trabalhador, seus hábitos, seu regime alimentício e os descansos, etc., de tal maneira que o empresário pode imiscuir-se na vida extralaboral de seu pessoal, transpondo ao âmbito da empresa e determinando certas inclinações ou propensões ilegítimas e, conseqüentemente, "avançar-se" no exercício de seu poder empresarial.

É por ele que o artigo 7.3 da LORTAD dispõe que dados "especialmente sensíveis" só "poderão ser alcançados, quando por razões de interesse geral, e a lei assim o disponha", e, em concreto, "só poderão ser cedidos para o cumprimento de fins diretamente relacionados com as funções legítimas do cedente e do cessionário, com o prévio consentimento do afetado... e quando dita cessão seja necessária para solucionar uma urgência... ou para realizar os estudos epidemiológicos estabelecidos no artigo 9 da Lei n. 14/1986, Geral de Saúde. Por sua parte a Diretiva n. 95/46/CE em seu artigo 8.3 dispõe como exceção a proibição do "tratamento de categorias especiais de dados", quando "o tratamento de dados resulta necessário para a prevenção ou para o diagnóstico médico, a prestação de assistência sanitária ou tratamentos médicos ou a gestão de serviços sanitários, sempre que dito tratamento de dados seja realizado por um profissional sanitário sujeito a segredo profissional, seja em virtude da legislação nacional, ou das normas estabelecidas pelas autoridades nacionais competentes, ou por outra pessoa sujeita assim mesmo a uma obrigação equivalente ao segredo.

Verificamos um critério mais restritivo em matéria de acesso e armazenamento de dados na LORTAD do em que na LPRL, cuja constitucionalidade é ressalvada por uma remissão genérica que a primeira realiza a um posterior desenvolvimento legal.

Existem certas inadequações em ambas as disposições normativas no que concerne ao denominado "direito ao esquecimento". E neste sentido o artigo 15 da LORTAD dispõe que "o cancelamento não deve ser procedido quando puder causar um prejuízo a interesses legítimos do afetado ou de terceiros ou quando existir uma obrigação de conservar durante certo tempo referidos dados" e ainda que "os dados de caráter pessoal deverão ser conservados durante os prazos previstos nas disposições aplicáveis ou, e nesse caso, nas relações contratuais entre a pessoa ou entidade responsável do

ficheiro e o afetado". De forma similar, o artigo 23 da LPRL estabelece um dever de conservação dos resultados obtidos pelo trabalho da vigilância previsto no artigo 22 e de disposição destes a autoridade laboral, assim como um presumido termo final do qual não é mencionado o cancelamento.

A generalidade na redação da lei pode dar lugar a condutas abusivas, não só porque a lei não se pronuncia sobre a possibilidade de que ao empresário se reserve a duplicidade dos dados pessoais do trabalhador, de forma que estes se manteriam contextualizados senão porque tampouco corrige as imprecisões terminológicas da LORTAD, quando se refere a "cancelamento" e não a "destruição" do arquivo, de tal maneira que o efeito buscado pelo legislador, isto é, o direito a que pelo transcurso do tempo desapareça a informação armazenada, é visto como parcialmente impossível e por outro lado, se atenta de forma temerária ao princípio de segurança dos fichários, reconhecido no artigo 9 da LORTAD, fragilizando assim os princípios da proporcionalidade, pertinência e legitimidade e com ele, submetendo o direito à intimidade do trabalhador a uma limitação excessiva.

Segundo *Alice Monteiro de Barros* a legislação brasileira não prevê obrigatoriamente a destruição de dados armazenados em fichários ou computadores da empresa e além disso não há interesse dos sindicatos, que mereça registro, em intervir na proteção do empregado nessas condições, inexistindo disposição a respeito nas convenções coletivas de trabalho.

3.3. Na negociação coletiva

O artigo 31 da LORTAD faz referência aos denominados "códigos tipos", indicando-se que "mediante acordos setoriais ou decisões de empresa, os responsáveis dos fichários de titularidade privada poderão formular códigos tipos que estabeleçam as condições de organização, regime de funcionamento...; assim como as garantias, em seu âmbito, para o exercício dos direitos das pessoas com respeito aos princípios e disposições da presente lei e suas normas de desenvolvimento.

Tendo em vista a redação anterior, poderíamos pensar que o legislador já tem em mente as convenções coletivas de trabalho. No entanto, referida consideração não deve ser levada em conta, uma vez que o artigo 15.2 dispõe que tais códigos só tem o caráter de "códigos deontológicos ou de boa prática profissional", alheios, portanto, à eficácia normativa geral dos convênios estatutários.

O anterior não impede a competência da negociação coletiva para regular matérias tratadas na LORTAD, já que para ela deverá respeitar os preceitos genéricos da normativa laboral (artículos 64 y 85 del ET. y artículo 10 de la LOLS).

4. POSTURA SINDICAL

Para a utilização dos meios mais modernos de informação faz-se necessário negociar e controlar seu uso e sua finalidade no lugar de trabalho.

Por isso deve ser protegida a liberdade do indivíduo sujeito a um contrato de trabalho, assegurando-se a não violação da vida privada, nem pela recolhida nem pelo tratamento de seus dados. Assim mesmo, deve ser garantida que a recopilção e armazenamento destes afetará só a dados indispensáveis para o exercício de emprego e para uma duração estritamente útil.

Os representantes devem começar a ter consciência do seu papel de garantidores dos direitos dos assalariados, referente ao acesso a seus dados contidos em fichários da empresa e a possibilidade de retificá-los ou cancelá-los, de acordo com a nova situação fático-legal estabelecida. Nesse sentido terá direito o trabalhador afetado a:

a) *Adequar* as informações obtidas em seus processos de seleção às estritamente necessárias para o posto que deve ocupar na empresa e a estrita relação com a finalidade do tratamento (princípio da pertinência);

b) *Participar* da elaboração dos questionários para a seleção do pessoal, com o objetivo de adequá-los a normativa vigente;

c) *Vigiar* o controle de acesso por cartões "inteligentes". A exigência de Proteção de Dados, deveria poder efetuar recomendações de bom uso destes novos sistemas, para compatibilizar a pretendida eficácia com o direito à intimidade;

d) *Controlar* os fluxos transfronteiriços de informação. Levando em conta que as informações de caráter pessoal podem ser afetadas pelo que se chama "a livre circulação", pois que nenhum sistema estatal de proteção de dados pode organizar-se sem levar em consideração referidos fluxos.

5. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A OIT celebrou em Genebra uma Reunião de expertos sobre a proteção da vida privada dos trabalhadores durante os primeiros dias de outubro de 1996.

Foi debatido fundamentalmente a necessidade de equilibrar o direito dos trabalhadores em garantir a proteção à vida privada com a exigência dos empregadores de obter informação sobre eles. O resultado foi um Repertório de recomendações práticas sobre a proteção de dados pessoais dos trabalhadores, que não tem caráter obrigatório e que não supre a legislação nacional nem as normas internacionais.

Convém destacar o tema de recolhimento de dados pessoais que se regulam conforme os seguintes princípios:

Que seja o trabalhador quem propicie todos os dados pessoais e, se não for possível, que dê o consentimento explícito quando os dados forem obtidos;

Que, salvo circunstâncias excepcionais, não devem ser alcançados por esses fichários os dados pessoais sobre a afiliação do trabalhador a um sindicato ou sobre suas atividades sindicais, salvo se a legislação ou os convênios coletivos assim o estipularem ou autorizarem;

Que somente podem constar nos fichários dados médicos de conformidade com a legislação nacional, com respeito ao segredo médico e aos princípios gerais da saúde e segurança no trabalho e unicamente quando seja necessário para:

- determinar se o trabalhador pode ocupar um posto de trabalho específico;
- para cumprir com os requisitos em matéria de saúde e segurança do trabalho;
- para determinar o direito a prestações sociais e seu destrute.

Igualmente, na citada Recomendação, é efetuada uma regulamentação sobre a conservação, utilização e cessão dos dados pessoais dos trabalhadores e sobre os direitos individuais e coletivos dos mesmos.

6. A INTERNET E O ACESSO AO TRABALHO (RECOMENDAÇÃO AOS TRIBUNAIS)

O avanço tecnológico tem proporcionado a todos uma série de facilidades que aprimoram o relacionamento entre as pessoas. A internet, por exemplo, congrega um universo incontável de indivíduos que buscam os mais variados tipos de informação. Nesse contexto, estão inseridos os sites (*home pages*) que dispõem as mais variadas informações sobre determinados serviços ou instituições.

Dentre essas instituições estão os Tribunais de Justiça e do Trabalho que viabilizam a quem acessar respectivas *home pages* uma série de informações institucionais e sobre os processos em tramitação. Quanto ao primeiro nenhuma observação há de ser feita, porém, no que diz respeito ao segundo a cautela deverá ser mais acurada, pois o tribunal que dispõe o processo a qualquer usuário coloca em risco a intimidade do trabalhador, pondo em risco além disso, a conquista de um novo emprego. Por quê?

Bom, ao disponibilizar essas informações de forma irrestrita, o Tribunal arma aos empregadores de um banco de informação a respeito dos trabalhadores que possuíram ou possuem algum tipo de ação contra seu empregador ou ex-empregador, motivo pelo qual poderá ser escolhido para a obtenção por parte do trabalhador de novo emprego.

Referida discriminação já existia antes desse banco de dados, através de "listas negras" que circulavam e circulam em empresas, porém não com tamanha facilidade e poder de inibição. Assim qualquer empregador que deseje saber se o empregado já ajuizou alguma reclamação na Justiça bastará acessar a *home page* do tribunal para constatar e ao mesmo tempo impedir o acesso do empregado ao quadro de funcionários da empresa.

Mencionada discriminação ocorre todos os dias e a princípio não há como ser exterminada totalmente, porém certos cuidados devem ser tomados para evitar essa atitude. A principal medida a ser tomada (nossa recomendação) é a de que o acesso fique restrito apenas aos advogados e às

partes no processo em que estiverem envolvidos, evitando assim uma consulta geral e indiscriminada e, portanto, dificultando esta prática abusiva por parte do empregador.

Nossa recomendação com absoluta certeza dificultará de maneira decisiva esta prática abusiva por parte de empregadores mal-intencionados, dando maiores possibilidades ao trabalhador de conquistar seu tão almejado emprego.

7. CONCLUSÕES

Todos os direitos fundamentais têm aplicação na relação de trabalho, surgindo diante de nós um novo campo de estudo que é "*a proteção dos trabalhadores no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais*".

Os direitos de informação, acesso, modificação e cancelamento devem ser a base essencial para a proteção de direitos fundamentais do trabalhador como o da intimidade. Seria necessário, por exemplo, previsão de prazos para exercitar o direito de acesso, bem como para modificar ou cancelar os dados dos trabalhadores.

Seria conveniente o aperfeiçoamento e a modificação de vários aspectos da LORTAD, com vistas à incorporação ao Direito Espanhol em matéria de proteção de dados pessoais contido da Diretiva n. 95/46/CE e, por via reflexa, a inclusão das diretrizes elencadas nas Recomendações da Organização Internacional do Trabalho sobre o tema tratado.

A delimitação do procedimento a ser adotado pelas empresas especializadas em facilitar informação sobre as pessoas e as decisões individuais automatizadas.

Falta de concretude sobre o problema dos dados relativos à saúde que transcendem determinados dados médicos, a identidade concreta e singular do trabalhador devem ser mantidos em sigilo, de forma tal que o técnico responsável do controle médico do quadro de pessoal, tão-só de conhecer aspectos que permitam localizar o risco no sistema organizativo da empresa, porém sem personalizá-lo.

Creemos ainda que devem ser regulados os direitos dos representantes dos trabalhadores sobre competência nos temas de fichários de pessoal, tanto automatizados como manuais, e o reflexo na negociação coletiva dos problemas tratados neste trabalho.

No caso específico do Brasil, há uma necessidade emergencial de promulgação de uma lei similar a LORTAD, já com as devidas adequações e avanços analisados por nós em matéria de segredo médico e representação sindical, por exemplo, para que haja o devido respeito à intimidade do trabalhador, no que diz respeito ao tratamento de seus dados. Porém, infelizmente, parece que no Brasil ainda estamos muito longe de alcançar referido avanço normativo, motivo pelo qual confeccionamos este trabalho em

parceria com colegas de outros países, com o fulcro de submetê-lo à análise e estudo dos profissionais interessados nesse assunto, visando a um maior respeito à figura do trabalhador, no que possui de mais reservado que é a sua intimidade.

Esperamos ainda que este estudo sirva para demonstrar às autoridades competentes a necessidade da promulgação de uma lei a respeito e para que os sindicatos se mobilizem para reivindicar em convenções coletivas de trabalho cláusulas que prevejam o respeito à intimidade o trabalhadores com a preservação de seus dados.

8. BIBLIOGRAFIA

- "Memoria de la Agencia de Protección de Datos de 1996", Madrid, 1997.
- "A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo", Brasília, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista; São Paulo; Saraiva, 1997.
- Blázquez Andrés, M^a Consuelo; Carrascosa López, Valentín.* "Intimidad personal y limitaciones", Informática y Derecho n. 4, UNED, Editorial Aranzadi, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994, págs. 85 a 90.
- Barros, Alice Monteiro de.* "Proteção à intimidade do empregado", LTr Edit., 1ª ed., 1997, São Paulo.
- Cantero Rivas, Roberto.* "Los derechos inespecíficos de la relación laboral: libertad de expresión, libertad ideológica y derecho a la intimidad", La Ley n. 4.402, viernes, 24 octubre 1997, págs. 1 a 6.
- Carrascosa López, Valentín.* "Derecho a la Intimidad e Informática", Informática y Derecho n. 1, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1992, págs. 7 a 26.
- Costa Carballo, Carlos da.* "Introducción a la informática documental. Fundamentos teóricos, prácticos y jurídicos", Editorial Síntesis, Madrid, 1993.
- Davara Rodríguez, Miguel Ángel.* "La Ley española de protección de datos (LORTAD): ¿una limitación del uso de la informática?", Actualidad Informática Aranzadi n. 77, 19 noviembre 1992.
- Davara Rodríguez, Miguel Ángel.* "Manual de Derecho Informático", Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997.
- Dotti, René Ariel.* "Proteção da vida privada e liberdade de informação", pág. 69; *Adriano de Cupis,* "Riservatezza e segreto (Diritto a)", in "Novissimo Italiano", pág. 115.
- Fariols Sola, Antonio.* "La LORTAD y el mundo del trabajo", Trabajo presentado a la Comisión Permanente UTC-UGT, el 24 de febrero de 1993.
- Fariols Sola, Antonio; Egea, Julián.* "La negociación colectiva y la protección de los datos personales informatizados", Guía para el Delegado Sindical, Temas laborales: Cuadernos Básicos de Formación Sindical, UGT Secretaría General Confederada de Formación, Madrid, 1993.

- Fernández Segado, Francisco.* "Las nuevas amenazas a los derechos derivados de los avances tecnológicos: el poder informático y el derecho a la intimidad", *Revista Vasca de Administración Pública* n. 39, mayo-agosto 1994, págs. 37 a 43.
- Fernández Villazón, Luis Antonio.* "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", *Relaciones Laborales* n. 11, junio 1994, págs. 510 a 538.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda.* "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", 2ª ed. revista e aumentada. Edição Nova Fronteira, Rio de Janeiro.
- García San Miguel Rodríguez-Arango, Luis.* "Estudios sobre el Derecho a la Intimidad", Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
- Julios Campuzano, Alfonso de.* "Derecho a la intimidad y publicidad de datos personales de carácter patrimonial", *Informática y Derecho* n. 4, UNED, Editorial Aranzadi, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994, págs. 91 a 96.
- Lucas Murillo de La Cueva, Pablo.* "El derecho a la autodeterminación informativa", *Temas claves de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- _____. "Informática y protección de datos personales", *Cuadernos y Debates* n. 43, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Manzanares, José Luis; Cremades, Javier.* "Comentarios al Código Penal", *La Ley-Actualidad*, Las Rozas (Madrid), 1996.
- Martín Bernal, José Manuel; Martín García, Pilar.* "Intimidad y libertades", *Informática y Derecho* n. 4, UNED, Editorial Aranzadi, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994, págs. 119 a 128.
- Miranda, Rosângelo Rodrigues.* "A proteção constitucional da vida privada", 1ª ed., Editora de Direito, 1996, São Paulo.
- Morales Prats, Fermín.* "El Código penal de 1995 y la protección de los datos personales", *Jornadas sobre el derecho español de la protección de datos personales*, Madrid 28-30 octubre 1996.
- Orzabal, Josefina C.* "Bases de datos, privacidad y responsabilidad civil", *Informática y Derecho* n. 4, UNED, Editorial Aranzadi, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994, págs. 137 a 144.
- Paiva, Mário Antônio Lobato de.* "A Mundialização do Direito Laboral", *LEX-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Ano 23, julho de 2001, n. 271. Editora Lex, São Paulo, pág. 5.
- _____. "O e-mail como instrumento de divuigação sindical", *Jornal Trabalhista Consufex*, Ano XVIII, n. 863, Brasília 14 de maio de 2001, pág. 6.
- _____. "A informatização da justa causa", *Jornal Trabalhista Consufex*, Ano XVIII, n. 849, Brasília 5 de fevereiro de 2001, pág. 8.

- "Aspectos Legais na Internet", "O Liberal", pág. 2, caderno atualidades, 28 de setembro de 2000.
- "Os crimes da informática", Jornal "O Liberal", pág. 2, caderno atualidades, 12 de fevereiro de 2000.
- "O impacto da informática nas relações laborais", Repertório da Jurisprudência da IOB, n. 6, 2ª quinzena de março de 2001.
- "O impacto da alta tecnologia e a informática nas relações de trabalho na América do Sul", Justiça do Trabalho: Revista de Jurisprudência Trabalhista, n. 209, maio de 2001, HS Editora, pág. 7.
- "O Documento, a Firma e o Notário Eletrônico", Separata da Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vols. 181-182 Abr./Jun. 2001, pág. 39
- "O impacto da informática no direito do trabalho", Direito Eletrônico: A Internet e os Tribunais, Editora Edipro, 1ª ed. 2001, pág. 661.
- Peso Navarro, Emilio del; Ramos González, Miguel Ángel.* "Confidencialidad y seguridad de la información: La LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas", Editorial Díaz de Santos, Madrid, 1994.
- Rey Guanter, Salvador del.* "Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo", Relaciones Laborales n. 15, 1993, págs. 7 a 30.
- Ruiz Miguel, Carlos.* "El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español", Revista General de Derecho, Año LI, núm. 607, abril 1995, págs. 3.207 a 3.234.
- Sánchez Pego, Francisco Javier.* "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", Actualidad Laboral n. 2, 6-12 enero 1997, págs. 19 a 31.
- Sánchez Torres, Esther.* "El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Relaciones Laborales n. 20, Octubre 1997, págs. 95 a 124.
- Sardina Ventosa, Francisco.* "El derecho a la intimidad informática y el tratamiento de datos personales para la prevención del fraude", Actualidad Informática Aranzadi n. 25, Octubre 1997.
- Serradilla Santos, Mª Paz; Trinidad Nuñez, Aurelia; Velázquez Rodríguez, Teresa.* "Implicaciones de la informática en el ámbito laboral", Informática y Derecho n. 4; UNED, Editorial Aranzadi, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994, págs. 657 a 673.
- Silva, José Afonso.* "Curso de Direito Constitucional Positivo", 19ª ed. revista e atualizada; Editora Malheiros, São Paulo, 2001.
- Toniatti, Roberto.* "Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", Revista Vasca de Administración Pública, n. 29, enero-abril 1991, págs. 139 a 162.