



A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A (AUSÊNCIA DE) PROTEÇÃO AOS TRABALHADORES, OU O DITO PELO NÃO DITO

*Almiro Eduardo de Almeida¹
Oscar Krost²*

*“Muitos teriam protestado, se tivessem encontrado os argumentos corretos.”
George Orwell
(A revolução dos bichos)*

Resumo: A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei n. 13.709/18) objetivou estabelecer diretrizes para a proteção às pessoas naturais titulares de dados. Como diploma de aplicabilidade universal, somente em situações específicas deveria recair sobre minúcias, hipóteses em que se situaria o empregado, polo hipossuficiente da relação laboral, o que não veio, contudo, a ocorrer. Ditas omissões ou escolhas do legislador formam o objeto do estudo proposto.

39

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Direito do Trabalho – interpretação.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709) foi editada em 14 de agosto de 2018 e, antes mesmo de entrar em vigor, teve

¹ Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Professor em cursos de pós-graduação. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidad de la República Oriental del Uruguay. Especialista em Relações de Trabalho pela Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP.

² Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Professor em Cursos de Especialização em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Desenvolvimento Regional (PPGDR/FURB). Pós-Graduando em *Relaciones del Trabajo y Sindicalismo pela Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales* (FLACSO/Argentina). Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Autor do blog <www.direitodotrabalhocritico.com>.

vários de seus dispositivos alterados pela Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019. Em sua integralidade, a lei somente entrará em vigor em agosto de 2021. Vários textos doutrinários já foram escritos sobre a implicação da LGPD no Direito do Trabalho.

O presente artigo tem uma finalidade um tanto distinta: queremos destacar aqui a ausência de uma proteção adequada à pessoa do trabalhador. Tal *deficit* fica ainda mais evidente quando se verifica, já no artigo 2º da Lei, a defesa do consumidor como um de seus fundamentos. Portanto, o ser humano é protegido expressamente enquanto consumidor de bens e serviços, mas não se lhe dedica a mesma proteção quando se trata de sua dimensão de produtor. Soma-se a tal discrepância, a tutela especialmente dedicada à livre iniciativa e à livre concorrência, sem qualquer menção aos valores sociais que devem balizar tais liberdades, conforme preconizado pelo artigo 1º da Constituição Federal. Até mesmo o desenvolvimento tecnológico e a inovação são elencados como fundamentos da proteção de dados, mas, em toda a lei, nenhuma vez é mencionado o ser humano que trabalha. Não se poderia identificar melhor exemplo de fetichismo das coisas, que acarreta a correspondente coisificação do ser humano.

Utilizando-nos de diferentes esforços interpretativos, examinaremos, na próxima seção, as diferentes formas de proteção que, mesmo não estabelecidas de forma expressa, podem ser depreendidas da LGPD. Para isso, partiremos do que a doutrina chama de “falsas lacunas”.

A seguir, investigaremos a questão da responsabilidade civil do empregador no que diz respeito ao tratamento e utilização dos dados de seus empregados. Nesse ponto, discutiremos o que efetivamente a lei traz de inovação, o que não passa de repetição de legislação já existente, bem como a possibilidade da extensão de sua aplicação para o âmbito trabalhista, inobstante a sua destinação específica diversa.

Por fim, passando pelo que se convencionou chamar de lacunas axiológicas, ou sociológicas, trataremos das diversas formas de proteção ao trabalhador que deixaram de ser positivadas, ainda que de forma implícita. Buscamos, dessa forma, formular uma análise crítica, não só especificamente do texto legal, mas das possíveis repercussões da omissão do seu processo legiferante.

2 DAS PROTEÇÕES QUE SE PODEM ESTENDER AOS TRABALHADORES: O DITO PELO NÃO DITO

O Direito, enquanto sistema normativo, é composto por regras e princípios, almejando a completude. Aspiração desejável, mas a cada dia mais distante, por conta da velocidade exponencial com que as sociedades, em um mundo globalizado, se modificam.

A lei, principal instrumento na disciplina de condutas em nosso sistema jurídico, alcança um número limitado de hipóteses, deixando as demais situações em um campo de ausência de regulamentação, dando margem às chamadas lacunas jurídicas. Recorde-se a centralidade da atuação legiferante do Estado para o Direito brasileiro, vinculado à família romano-germânica, por conta do Princípio da Legalidade, expresso no artigo 5o, inciso II, da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para Alexandre de Moraes, “tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado”, de modo que apenas “conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”. Além da referência expressa à vontade geral, de Rousseau; o Ministro lembra ainda de Aristóteles, para quem a lei poderia ser definida como a inteligência sem paixão.³

Não obstante tal vinculação à lei, a inexistência de regra específica não pode ser invocada pelo Estado-Juiz como justificativa a eximi-lo do dever de decidir casos concretos a ele submetidos,⁴ demonstrando o

³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 69. Esse viés interpretativo do Princípio da Legalidade se molda ao agir dos particulares em relação a si e perante o Estado, havendo uma particularidade em sede de Direito Administrativo. Ao gestor público, a legalidade significa não poder agir senão naquilo que a lei autoriza, em uma espécie de parâmetro a ser seguido. O cidadão não pode ser obrigado, senão pela lei; o administrador não está autorizado, senão pela lei.

⁴ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 4º e 5º:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.

reconhecimento do próprio sistema a respeito de lacunas das leis, mas não do ordenamento. O artigo 8º da CLT, por exemplo, um de seus mais complexos dispositivos, estabelece critérios exemplificativos para a colmatção e preenchimento das omissões do Legislador, com destaque aos princípios gerais de direito, analogia, equidade, usos e costumes.⁵

Se de um lado, a dinâmica em questão evita a paralisia do tráfego jurídico e o engessamento das regras diante das mudanças sociais, de outro, enfraquece o ideal de segurança jurídica. Acaba-se convivendo com a escolha do mal menor.

Quanto à natureza das lacunas, Norberto Bobbio classifica-as como próprias ou impróprias. Aquelas estariam dentro de um determinado sistema, enquanto estas decorreriam da comparação entre um sistema real e outro ideal. Haveria, ainda, lacunas subjetivas, atribuídas ao Legislador, e objetivas, fruto do avanço das relações sociais. Por fim, existiriam as lacunas *praeter legem*, decorrentes do excesso de especificidade das regras, e *intra legem*, quando as regras são abertas em excesso.⁶

42

Importante à análise aqui desenvolvida reconhecer o quanto a LGPD, intencionalmente ou não, deixou de atentar em suas disposições abertas às relações de trabalho naquilo que as caracteriza e as diferencia

⁵ Neste sentido, o magistério de Homero Batista, ao comentar o art. 8º:

“Eis um dos mais complexos dispositivos da CLT. Ele pode ser lido de duas maneiras. A forma mais simples é encará-lo como uma regra de supressão de lacunas, de modo que, diante de alguma omissão da CLT, entram em ação sete mecanismos integrativos: julgados, analogia, equidade, princípios, normas, costumes e direito estrangeiro.

[...]

Há, todavia, outras análises mais aprofundadas desse art. 8º, com enorme dificuldade de angariar algum consenso: a) dicuste-se se a jurisprudência pode ser considerada uma forma de supressão de lacuna [...] b) discute-se qual o limite do uso da analogia [...] c) controverte-se sobre o uso da equidade [...] d) pouco se compreende o que o legislador quis dizer sobre o uso subsidiário de outras normas gerais do direito [...] e) da mesma forma como o juiz do trabalho poderia avançar mais no uso da equidade, também o conhecimento e o respeito aos usos e costumes de determinada prática trabalhista poderiam avançar para além dos exemplos clássicos [...] f) o direito estrangeiro quase nunca é ventilado em peças processuais ou em julgados trabalhistas [...]” (SILVA, Homerto Batista Mateus da. **CLT comentada**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 50-51)

⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste J. C. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p.143-145.

dos demais vínculos jurídicos. Ao assim se posicionar, não impediu o Legislador a aplicação da regra aos liames laborais, o que seria inviável por flagrante inconstitucionalidade. Ainda que tenha caráter eminentemente comercial, ou consumerista, tratando-se de uma lei geral, não apenas pode, como deve ser aplicada, com as adequações necessárias, aos diferentes ramos do Direito, inclusive o trabalhista. Pamplona Filho e Coni Junior chegam a afirmar que “os principais destinatários da proteção do banco de dados serão os empregados”.⁷

Não obstante isso, a adequada tutela do sujeito subordinado ficou à mercê de consideráveis esforços hermenêuticos de parte dos operadores, gerando insegurança e indefinição, sujeitando trabalhadores a riscos e à necessidade de contar não apenas com a boa-fé, mas a boa vontade do intérprete.

Na verdade, mais do que boa vontade – que se trata de um conceito moral-filosófico ou religioso⁸ – do que se precisa é daquilo que Konrad Hesse chamou de vontade de constituição:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).⁹

⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. **Revista Direito Unifacs**. Salvador, 2020, p. 25. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7108/4278>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁸ No sentido moral-filosófico da expressão, Kant sustenta que nada é mais puramente bom do que uma boa vontade (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. **Coleção Os pensadores**. Seleção de Marilena de Souza Chauí Berlinck. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Nova Cultural, 1974, p. 2003). Já no seu sentido religioso, Lucas clama a Deus por “paz na Terra aos homens de boa vontade” (Lucas 2:14).

⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

É preciso, pois, da parte de todos os sujeitos envolvidos nas relações jurídico-laborais, uma vontade genuína de respeitar e fazer implementar o texto constitucional. Essa vontade, repita-se, não decorre de nenhum comando moral ou religioso, mas de uma imposição jurídica, fruto da própria Constituição que, independentemente de vieses ideológicos, posições filosóficas ou confissões de fé, todos têm o dever de cumprir.

Não obstante a ausência de tratamento específico à figura do trabalhador, por parte da lei, é possível depreender de seus dispositivos, uma série de proteções, caso se faça uma leitura em conformidade com o texto constitucional.

Sabe-se que o empregador tem o dever legal de documentar a relação de emprego, criando registros e armazenando dados referentes aos seus empregados nos diferentes momentos contratuais. Daí falar-se em dados pré-contratuais, dados contratuais e dados pós-contratuais.

44

De acordo com a LGPD, os dados podem ser pessoais, pessoais sensíveis ou anonimizados. Os primeiros constituem-se de informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável (artigo 5º, inciso I). Nessa categoria entrariam a grande maioria dos dados que o empregador detém, com os números da Carteira de Trabalho, do Registro Geral, do Cadastro de Pessoa Física e da inscrição no INSS. Já os dados pessoais sensíveis caracterizam-se por se referirem a “dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (artigo 5º, inciso I). Alguns desses dados também são comumente armazenados pelo empregador, em especial a origem racial ou étnica, dado biométrico e filiação sindical. Esses merecem especial atenção.

Sabe-se que, via de regra, é proibido ao empregador coletar ou armazenar informações que possam gerar qualquer tipo de discriminação em relação à pessoa do empregado. Entretanto, essa regra comporta algumas exceções, como, por exemplo, a exigência de exame toxicológico para o motorista profissional, restando assegurada, entretanto, a confidencialidade

do seu resultado em caso positivo;¹⁰ e o atestado de antecedentes criminais para vigilante¹¹.

Por fim, dados anonimizados são aqueles relativos “a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (artigo 5º, inciso III). Embora não costumem fazer parte dos dados relativos a contratos de trabalho, serão objeto de análise na próxima seção.

Na relação de emprego, o tratamento dos dados pessoais, sejam sensíveis ou não, normalmente ocorrerá quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados, conforme previsto no inciso V do artigo 7º da Lei. Ocorre que o inciso I do mesmo artigo prevê hipótese de uso mediante o simples consentimento do titular. Essa possibilidade mostra-se perigosíssima em âmbito laboral.

Todos sabemos que a relação de emprego é conceitualmente um negócio entre desiguais. A sua desigualdade possui caráter subjetivo e objetivo. Subjetivamente, o empregado é subordinado ao empregador, devendo, portanto, cumprir as suas ordens. Além disso, a fragilíssima proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deixa o trabalhador à mercê da vontade exclusiva do patrão, que pode a qualquer momento livremente e sem qualquer razão justificável escolher extinguir a fonte de subsistência, não só daquele que lhe presta serviços, mas de toda a sua família. Sob outro aspecto, o objeto da relação é desigual: troca-se dinheiro por força de trabalho. Considerando essa última como as potencialidades humanas de trabalhar e que, justamente por isso, nunca se separam do próprio ser humano, o empregador paga pela própria pessoa do empregado. Este

¹⁰ Art. 168 [...]

[§] 6º, da CLT: Serão exigidos exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames.

¹¹ Lei nº 7.102/83:

Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:

[...]

VI - não ter antecedentes criminais registrados.

entrega a si mesmo, embora não de uma forma absoluta, como ocorreria na escravização, mas de forma relativa, limitando o tempo de vida oferecido ao empregador pelos limites impostos pela lei à jornada de trabalho. É justamente em virtude das desigualdades subjetiva e objetiva, que existem em toda a relação de emprego, que se justifica a proteção especial à figura do trabalhador.

Essa dupla fragilidade a que o sujeito subordinado está exposto fundamenta também a necessidade da aplicação do princípio da irrenunciabilidade no Direito do Trabalho, que, conforme lição de Américo Plá Rodriguez, significa “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.¹²

46 Nesse cenário, falar-se em consentimento do trabalhador para coleta, armazenamento e manipulação dos seus dados pessoais é, no mínimo temerário. Não bastasse toda a história das relações de trabalho e do Direito do Trabalho a demonstrar isso, no Brasil, pelo menos desde 1966,¹³ não é mais aceitável a ingenuidade, quando não perversidade, de se deixar quaisquer aspectos da relação de emprego condicionados à vontade do trabalhador.

Ainda que os artigos 8º e 9º estabeleçam alguns requisitos para a validade do consentimento, não se mostram suficientes para impedir eventual mácula da manifestação de vontade por parte do empregado em face do poder exercido pelo empregador, não só no momento da execução do contrato, mas também e especialmente no momento da contratação. Assim, indispensável aplicarmos, aqui, o quanto previsto no artigo 9º da CLT, com uma interpretação extensiva do dispositivo, para considerar nulo de pleno direito todo consentimento do trabalhador que possa expô-lo a qualquer forma de discriminação, ou lhe causar, direta ou indiretamente, prejuízo.

¹² RODRIGUEZ, Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 144.

¹³ O ano faz referência à edição da Lei n. 5.107, que instituiu o FGTS de forma facultativa ao trabalhador. Como se observou, a partir de então, somente passaram a ser contratados trabalhadores que optassem pelo sistema fundiário, abrindo mão, assim, da possibilidade de garantia de emprego prevista na CLT.

A propósito da possibilidade de lesão aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais dos trabalhadores, impõe-se analisar a questão da responsabilidade do empregador no que diz respeito aos danos decorrentes dos tratamentos de dados.

3 DA RESPONSABILIDADE PATRONAL: QUANDO NÃO SE PODE DEIXAR O DITO PELO NÃO DITO

Quanto à responsabilidade por eventuais danos decorrentes do tratamento dos dados, a lei praticamente não inova a teoria geral de responsabilidade civil já prevista nos artigos 927 e seguintes do Código Civil.¹⁴ A responsabilidade civil e a obrigação de reparação solidária alcançam operadores, controladores e todos os que sejam causadores do dano.

A lei prevê hipóteses de inversão do ônus da prova quando se verificar: 1) verossimilhança da alegação; 2) hipossuficiência para fins de produção de prova; e 3) que a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa. Esta última possibilidade de inversão já está contemplada tanto pelo CPC (artigo 373, §1º), quanto pela CLT (artigo 818, §1º). A primeira e a segunda hipóteses, entretanto, não encontram tratamento semelhante nem no diploma processual geral, nem no processo do trabalho. Aquela pode se entender como uma decorrência do brocardo atribuído a Malatesta de que o ordinário se presume e o extraordinário se prova. Especial atenção merece a segunda previsão – hipossuficiência do titular do direito para a produção da prova. Esta, em nosso sentir, estará (quase) sempre presente nas relações de trabalho, não só pela hipossuficiência do empregado e pelos poderes atribuídos ao empregador, mas pelo próprio dever de produção e guarda dos documentos que lhe compete. Sendo assim, nos processos que versem sobre reparação de danos decorrentes do tratamento de dados, o ônus da prova deverá, via de regra, recair sobre o empreendedor da atividade econômica.

¹⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

As hipóteses de exclusão de responsabilidade civil previstas no artigo 43 da Lei são taxativas e devem ser aplicadas também, como *numerus clausus*, ao empregador. Não obstante, a especificidade do Direito do Trabalho faz com que tais hipóteses tenham de ser analisadas *cum grano salis*.

Quanto à primeira hipótese – não ter realizado o tratamento de dados pessoais que lhe é atribuído –, nada a ressaltar. O empregador não terá nenhum dever de reparação caso comprove (observe-se que o ônus da prova lhe incumbe) que não realizou o tratamento de dados que lhe é atribuído.

Quanto à segunda possibilidade de exclusão de responsabilidade – ausência de violação à legislação de proteção de dados –, ressalva-se que não basta a prova da inocorrência de violação apenas à LGPD; deve ser demonstrada a ausência de violação de qualquer preceito jurídico, em especial a Consolidação das Leis do Trabalho e legislação esparsa de proteção ao trabalhador.

48 No que concerne à última hipótese de exclusão de responsabilidade civil – o dano decorrer de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro – há de se atentar a tudo o que já se avançou acerca da teoria da responsabilidade civil em acidentes de trabalho.¹⁵ Como o dever de documentação (produção, guarda e destinação final dos documentos) compete ao empregador, apenas de forma excepcional este poderá ser isento de qualquer responsabilidade, mesmo que outros sujeitos tenham contribuído em alguma medida para a produção do resultado. Nestas situações, poderia se cogitar em culpa concorrente da vítima ou de terceiro, reduzindo, jamais isentando totalmente a responsabilidade do empregador.

O artigo 45 da Lei, que dispõe que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente” deve, por justiça, equidade e a fim evitar qualquer forma de discriminação, ser aplicável, com os devidos ajustes, às relações de emprego. Atente-se que a não-discriminação é princípio que informa expressamente a lei geral de proteção de dados (artigo 6º, inciso IX), além de ser finalidade precípua da referida lei.

¹⁵ Sobre o tema, ver OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTr, 2005.

Verificadas algumas possibilidades de aplicação da lei, por extensão, às relações de emprego, passaremos a tratar, agora, daquelas proteções que a lei geral de proteção de dados poderia ter dispensado ao trabalhador, mas não o fez.

4 DAS LACUNAS DA LGPD: O NÃO DITO QUE EFETIVAMENTE NADA DIZ

Ao lado das lacunas normativas, também chamadas de falsas lacunas, existem as lacunas axiológica e ontológica. Conforme ensina Maria Helena Diniz, lacuna normativa é a própria ausência de norma sobre determinado caso. Já a lacuna ontológica caracteriza-se pela falta de correspondência de uma norma existe aos fatos sociais, decorrente do avanço social e da inércia do Legislador. Por fim, lacuna axiológica seria a ausência de norma justa para o caso concreto; ou seja, até existe o preceito normativo, mas a sua aplicação implicaria uma solução injusta, ou pelo menos insatisfatória.¹⁶

Como exemplo de lacuna axiológica, podemos citar a omissão legislativa em atualizar e buscar maior efetividade à execução no processo do trabalho, especialmente se comparado às inovações legislativas que tem sofrido o processo civil nos últimos anos. Nesse último, que parte do pressuposto da igualdade das partes, a execução se mostra, atualmente, muito mais efetiva do que no processo do trabalho, em que as partes (empregado e empregador) encontram-se em posições desiguais como decorrência intrínseca da própria relação de emprego. Além disso, se considerarmos que, via de regra, o trabalhador somente ingressará na Justiça do Trabalho, pleiteando seus direitos desrespeitados após a extinção do contrato de trabalho (decorrência da ausência de uma efetiva proteção contra a despedida arbitrária), o trabalhador, na grande maioria das vezes, ingressa no processo trabalhista em situação de extrema necessidade. É evidente, pois, a lacuna ontológica da ausência de atualização legislativa para buscar a efetividade da execução trabalhista.

Se a lacuna ontológica se percebe no Direito do Trabalho pela inércia do legislador, a lacuna axiológica pode ser percebida pela sua ação.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 437.

As últimas alterações legislativas, com especial destaque para a Reforma Trabalhista de 2017 tem evidenciado uma tendência de alteração das normas para aumentar ainda mais as diferenças já existentes entre empregado e empregador. Estudo realizado pelo Juiz do Trabalho Alessandro da Silva (TRT12) demonstrou que, das mais de cem alterações realizadas pela Reforma, apenas 3,77% favoreceram os trabalhadores, enquanto que 65,09% foram benéficas aos patrões.¹⁷ Trata-se de típico exemplo em que existe a norma, e até mesmo norma atualizada, mas o preceito normativo se mostra, mais do que insatisfatório, claramente injusto!

As principais obrigações de empregado e empregadores são, respectivamente, prestar trabalho e pagar salários, formando, ao lado dos demais deveres contratuais um verdadeiro “feixe obrigacional”. Seja na fase contratual ou nas etapas prévia e posterior ao liame, uma postura ética de ambos os sujeitos se mostra não apenas recomendável, mas essencial, a fim de não gerar expectativas indevidas ou potenciais danos.

50

Na etapa de seleção de candidatos a vagas de emprego, os interessados devem evitar a produção de expectativas infundadas, assim como cingir a busca de dados a temas essenciais ao preenchimento do perfil profissional. Neste particular, a LGPD apresentou uma espécie de grave “silêncio eloquente”.

O artigo 4º da lei afasta do campo de incidência o tratamento de dados pessoais realizados por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos (inciso I). Sendo inerentes à relação de emprego a busca por lucro e a onerosidade (artigos 2º e 3º da CLT), não há dúvida de que as informações referentes ao contrato laboral merecem tutela.

Contudo, a sequência do artigo abre margem a dúvidas e à insegurança quanto ao vínculo celetista ao também excepcionar o trato de dados realizado para fins “exclusivamente” (inciso II) jornalístico e artístico (alínea a), acadêmico (alínea b) ou proveniente de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional

¹⁷ MUNHOZ, José Lúcio. Comentário ao art. 1º In: LISBÔA, Daniel. MUNHOZ, José Lucio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. 2. ed. revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: LTr, 2019. p. 30.

de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei (inciso IV).

No que diz respeito a este último preceito, há de se observar que a proteção de dados pessoais do trabalhador pode não estar prevista na LGPD, mas em outras normas, de cunho especificamente trabalhista. Assim, sendo a norma brasileira mais benéfica ao trabalhador, não deveria ser aplicada a lei estrangeira, ao menos não antes de examinado o conjunto legislativo nacional.

O que marca o capitalismo e a relação laboral subordinada é a geração de riqueza em proveito do detentor dos meios de produção, pela extração do mais valor.¹⁸ O lucro do capital decorre do trabalho excedente do sujeito empregado, assim entendido o que supera o mínimo necessário à sobrevivência do trabalhador e de sua família.

A razão de ser do Direito do Trabalho e da tutela do empregado está em limitar essa forma de exploração. Irrelevante a destinação dada pelo empregador ao resultado do serviço: artística, jornalística ou acadêmica. Se, sob o ponto de vista do capital, o que importa é o lucro obtido a partir da realização do trabalho; sob o ponto de vista da proteção ao trabalhador, o que deve importar é a própria atividade laboral desempenhada, independentemente do resultado material obtido.

Na mesma linha, a proteção dos cidadãos brasileiros ou estrangeiros vinculados ao Brasil que laborem nos moldes previstos na CLT decorre do status de sujeito de direito subordinado, sobre os quais, em suas relações, incidem a Constituição, a Consolidação e a normatividade trabalhista geral.

Afastar a incidência da LGPD em detrimento de normatividade estrangeira supostamente mais favorável na matéria, desconsidera que dentre os destinatários da aplicação da norma geral existem sujeitos cujas relações específicas demandem atenção singular. Sem isso, pode o intérprete ser levado ao “esquecimento” dos princípios e das particularidades do Direito do Trabalho brasileiro, em prejuízo manifesto aos hipossuficientes.

¹⁸ MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política: Livro I: O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

Deveria o Legislador especificar se as exceções também incidem em hipóteses atinentes a vínculos de emprego ou de trabalho lato sensu, justificadamente. Nada impede que determinada atividade não lucrativa em 2021, pouco tempo depois venha a gerar ganhos financeiros, transmutando a intenção original e de exceção. Como ficaria, neste caso, a tutela dos dados dos empregados? Além disso, a proteção destinada ao trabalhador não deve estar condicionada à efetiva, ou mesmo pretensa, obtenção de lucro por parte do empregador, como se depreende do § 1º do artigo 2º da CLT.

Ademais, como regra, a LGPD limita o tratamento de dados pessoais a hipóteses taxativas (art. 7º), exigindo, na captação, o consentimento do titular (inciso I) ou a necessidade de execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados (item V), bem como a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (inciso X).

52 A exigência do consentimento do titular do dado antes ou durante a relação de emprego parece situação chancelada pela norma, embora não de modo expresso, dando margem, ainda que mínima, a dúvidas. Mesmo que o fosse, esse consentimento teria que ser analisado com o máximo cuidado, como já se argumentou na seção anterior.

Contudo, se a proteção da dignidade da pessoa humana que trabalha não foi mencionada, por que motivo a proteção do crédito teria sido? Qual a mensagem enviada ao intérprete-aplicador? Para além de preciosismo ou questão de técnica, atos-falhos de tal gravidade não apenas demonstram os valores e intenções por trás da regra, como também permitem compreender a potencial racionalidade que permeará sua aplicação prática, causando justificada preocupação.

O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva (art. 9º). Quando o consentimento é exigido, considerar-se-á nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca (§1º).

Mais uma vez, sabendo-se da hipossuficiência dos empregados diante dos empregadores, poderia a lei especificar a quem cabe a prova

da prestação suficiente de explicações e de sua compreensão, não apenas determinando que ocorram.

Outro aspecto gerador de dilemas, é a possibilidade de mudanças dos fins para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original. Quando verificada, acarreta o dever ao controlador de informar o titular, podendo este revogar o consentimento se discordar das alterações (§2º). Tal hipótese é aplicável à relação laboral? Dados fornecidos no procedimento seletivo poderão ser usados quando concluída a etapa em questão? Caso aprovado, tem o empregado condições de negar o reaproveitamento dos dados fornecidos ao empregador sem pôr em risco a manutenção do contrato, sem que haja vício do negócio, semelhante ao estado de perigo e à lesão?¹⁹

Uma vez atendida a finalidade da informação pelo preenchimento da vaga, a lei deveria, a fim de preservar a tutela do titular do dado, determinar a destruição das informações obtidas, conforme previsto mais adiante (art. 15, inciso I), bem como por ser corolário direto do princípio protetivo e da finalidade da proposta original de tratamento.

A eliminação obrigatória dos dados pessoais após o término de seu tratamento é medida louvável, pelo equacionamento entre meios e fins (art. 16), causando, contudo, dúvida sobre a aplicação das exceções aos sujeitos laborais. A cogência da destruição é relativizada quando verificados o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (inciso I), estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais (inciso II), a transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos na LGPD (inciso III) ou uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados (inciso IV).

Apenas a primeira situação se mostra suficientemente compreensível. O que representa a expressão “sempre que possível”, de elevadas cargas de

¹⁹ Código Civil:

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

subjetividade e vagueza? A quem cabe a prova da possibilidade? E o repasse a terceiros de dados que deveriam por imposição legal ser eliminados, de modo que o agente deve se livrar, mas pode repassar a outro, desde que observados os termos da lei (???). O que dizer, ainda, da guarda de dados, bastando que sejam anonimizados, processo posterior à identificação dos sujeitos? Isso sem considerar a possibilidade de pseudoanonimização, hipótese em que, mesmo após a anonimização, a identificação do indivíduo continua possível pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador dos dados.²⁰

A ausência de menção ao contrato de trabalho e aos sujeitos dele participantes causa estranheza em situações envolvendo a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica (artigo 11, §3º). Mais, ainda, quando a LGPD aventa a possibilidade de regulamentação pela autoridade nacional, bastando a oitiva de órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

54

Parece evidente que dados sensíveis dizem respeito à exceção máxima, por definirem o “lugar no mundo” de cada sujeito, individualmente em sua dignidade. Contudo, justamente por tal relevância e pela inspiração humanista e cidadã da Constituição, cuidado nunca será demais, no particular.

Além disso, o conceito normativo padece de abertura desmedida, sendo vago e impreciso. “Vantagem econômica” é mais ou menos ampla que “vantagem concorrencial”? Pode-se alcançar uma fatia maior de mercado sem obter lucro, se praticados preços menores do que os habituais apenas para vencer o concorrente em um lapso de tempo? Institutos de pesquisa podem se valer de dados sensíveis e fazer disto seu nicho de mercado, se autorizados para tanto? Isso não fere os Princípios e objetivos da LGPD, de tutelar os sujeitos de direito e sua intimidade?

Enfim, muitas são as dúvidas geradas pela LGPD no campo das relações laborais, contrariamente a outros ramos do Direito, dando conta de não se tratar de lapso ou esquecimento, mas de uma racionalidade que

²⁰ A hipótese encontra-se expressamente prevista no parágrafo 4º do artigo 13 da Lei.

prestígia determinados titulares de dados e sua posição jurídica. Cabe aos operadores do Direito do Trabalho ficarem atentos a tantas particularidades, de modo que a Lei Geral de Proteção não venha a se tornar uma Lei Específica de Proteção ou de Exclusão tutelar.

5 CONCLUSÃO: AFINAL, FICA O DITO PELO NÃO DITO?

As relações sociais, em um tempo marcado por incessantes avanços tecnológicos e em espaços cada vez menos territoriais, acabam sendo regidas por regras não cogentes. Raras vezes o Direito nacional de determinado país encontra modos próprios para disciplinar condutas.

Diante de tal realidade, louvável a elaboração pelo Brasil de uma Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, Lei n. 13.709/18) aplicável, não em razão da qualificação dos vínculos jurídicos, mas da pessoa humana titular de Direitos de personalidade codificados sob a forma de dados. Contudo, o elevado grau de abertura das regras de proteção acaba acarretando mais dúvidas e controvérsias do que tutela, se analisadas dentro do contexto juslaboral.

Transcorrido o prazo de 2 anos de vacância da Lei, não houve o amadurecimento em seu texto sobre as relações trabalhistas em suas particularidades, o que se mostra essencial e premente. Sem uma postura ativa e crítica, a despeito da existência de todo o arcabouço constitucional e legal de proteção do sujeito subordinado, ficará a tutela em sede de tratamento de dados na dependência de esforços hermenêuticos e de boa vontade dos intérpretes. Ao cabo – parafraseando a obra que serve de inspiração para a epígrafe do presente artigo – a Lei Geral de Proteção de Dados será apenas mais uma forma jurídica para a manutenção da desigualdade social, de forma que todos os dados sejam igualmente protegidos, mas uns mais protegidos do que outros.²¹

²¹ O trecho exato em que verificada a máxima em questão está no capítulo X, nos seguintes termos: “Pela primeira vez Benjamin consentiu em quebrar sua norma, e leu para ela o que estava escrito na parede. Nada havia, agora, senão um único Mandamento dizendo: TODOS OS ANIMAIS SÃO IGUAIS MAS ALGUNS SÃO MAIS IGUAIS DO QUE OUTROS.” ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Trad. Heitor Ferreira. 24. ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Globo, 1986, p. 128.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste J. C. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. **Coleção Os pensadores**. Seleção de Marilena de Souza Chauí Berlinck. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Nova Cultural, 1974.
- MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política: Livro I: O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MUNHOZ, José Lúcio. Comentário ao art. 1o In: LISBÔA, Daniel. MUNHOZ, José Lúcio. **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho**: artigo por artigo. 2. ed. revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: LTr, 2019.
- 56 OLIVERIA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTr, 2005.
- ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Trad. Heitor Ferreira. 24. ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Globo, 1986.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. **Revista Direito Unifacs**. Salvador, 2020.
- RODRIGUEZ, Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.