

A PROTEÇÃO BRASILEIRA DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: SÍNTESE DE UMA ABORDAGEM CRÍTICO-CONSTRUTIVA DE BASE PRINCIPIOLÓGICA E HUMANISTA*

Guilherme Guimarães Feliciano

Resumo

A tutela da privacidade na sociedade de informação deve ser ressignificada, de modo a não mais se limitar apenas à proteção do indivíduo, nas suas esferas concêntricas da vida privada, da intimidade e do segredo, contra intromissões indevidas do Estado e de terceiros. No romper do novo milênio, os dados pessoais transformam-se em *commodities* e, porque traduzem atributos personalíssimos da pessoa natural, precisam ser especialmente protegidos, resguardando-se os direitos e liberdades individuais em contextos tão novos quanto desafiadores: o sigilo de comunicações telemáticas, as potencialidades e riscos da biometria, a integridade do patrimônio e da identidade genética, os vieses discriminatórios de base inumana etc. As novas vulnerabilidades, ademais, ganham expressão e profundidade quando se somatizam as subalternidades, como se dá nas relações de emprego: os empregados hipersubordinam-se, confiando aos empregadores os seus dados pessoais e a eles se sujeitando já não apenas na relação empregado/empregador, mas na relação titular/controlador. No Brasil, especialmente após a promulgação da EC 115/2022 e a inserção do direito fundamental à proteção de dados pessoais no rol do artigo 5º da Constituição da República, é imperioso reconhecer que a Lei 12.709/2018, como estatuto de proteção dos dados pessoais, deve ser interpretada/aplicada a partir de um referencial humanista, assentado em seus fundamentos (art. 2º) e sobretudo em seus princípios (art. 6º), com desdobramentos semânticos que reconheçam o papel instrumental – e não finalístico – das tecnologias.

*O presente artigo é uma síntese representativa da tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial do concurso para o cargo de professor titular no Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Edital FDUSP n. 9/2019).

Guilherme Guimarães Feliciano

Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região). Juiz auxiliar da Vice-Presidência Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (2021-2022). Professor Associado I do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Penal pela USP. Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de Lisboa. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Livre-docente em Direito do Trabalho pela USP. Titular da Cadeira n. 53 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

Palavras-chave: 1. Dados pessoais (Direito do Trabalho). 2. Privacidade (Direito do Trabalho). 3. Lei Geral de Proteção de Dados. 4. Lei 12.709/2018. 5. Direito à informação (Direito do Trabalho).

Sumário:

Introdução

1. A proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro

1.1. Dimensão constitucional: a Emenda Constitucional 115/2022

1.2. Dimensão legal: a Lei 12.709/2018 (LGPD)

2. Os princípios: reconstrução crítica de sentidos

2.1. Ilustrando a abordagem crítico-constitutiva (1): a autodeterminação informativa e a boa-fé

2.2. Ilustrando a abordagem crítico-constitutiva (2): a proporcionalidade no tratamento de dados (finalidade, adequação, necessidade)

2.3. Ilustrando a abordagem crítico-constitutiva (3): a transparência (remuneratória, cognitiva, informativa, comunicativa)

Considerações finais

Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

Em estrita ordem cronológica, o derradeiro direito fundamental a ser expressamente introduzido no texto da Constituição da República Federativa do Brasil foi justamente o direito fundamental à proteção de dados pessoais (art. 5º, LXXIX, na redação da Emenda Constitucional n. 115, de 10.2.2022). E o direito que assim se consagra ao final do primeiro quartel do século XXI, no bojo de uma das constituições mais emblemáticas do último quartel do século XX, talvez seja, dentre todos os do elenco do artigo 5º, o que mais fidedignamente espelha o que se deve esperar, no campo dos direitos humanos fundamentais, dos restantes três quartéis desta centúria.

Os palcos técnico-jurídicos do juslaboralismo contemporâneo foram levantados sobre os tablados novecentistas da centralidade do trabalho humano de cariz fordista-taylorista – e, portanto, de uma imagem da realidade cada vez mais distante das formas reais e contratuais do século corrente – , o que torna o desafio dogmático e hermenêutico em torno da proteção de dados pessoais do trabalhador ainda maior. Isso porque a pouca pesquisa consolidada que temos sobre o tratamento de dados pessoais no contexto das relações jurídica em geral (e das relações de trabalho em

especial) não é, em absoluto, animadora. Falemos daquelas. Entre julho de 2020 e julho de 2021, houve um aumento altamente significativo no número e no valor médio das multas aplicadas, na Europa, com base no GDPR: o número de violações aumentou em 113,5%, enquanto o número de multas aplicadas teve um incremento de 124,92%. As multas aplicadas à Amazon (€ 746 milhões) e ao Whatsapp (€ 225 milhões) superaram imensamente o valor daquela que havia sido, até então, a maior multa em quase três anos (aplicada à Google, de € 50 milhões). As multas de valores mais elevados foram aplicadas pelas autoridades de Luxemburgo, Irlanda, França, Alemanha, Itália e Reino Unido.¹ Nada obstante, apesar das multas e fiscalizações, os números das vulnerabilidade eram igualmente grandiosos: em abril de 2019, estimava-se que 88% das empresas com mais de um milhão de pastas tinham 100 mil pastas virtuais acessíveis por todos os funcionários; 30% das empresas tinham mais de mil pastas sensíveis abertas a todos; 57% das empresas tinham mais de mil pastas com permissões inconsistentes; apenas 3% das pastas de uma empresa, em média, estavam protegidas; 22% das violações de dados, dois anos antes (em 2017), envolviam o uso de identidades digitais subtraídas; 36% dos dados comprometidos, também em 2017, possuíam conteúdos sensíveis como nome, aniversário e gênero; roteadores e câmeras conectadas compunham 90% dos dispositivos infectados; um ataque cibernético ocorria a cada 39 segundos; e 27% das violações de dados eram causadas por erros humanos.²

Para fazer frente a esse cipoal infindável de riscos, as administrações e parlamentos ao redor do mundo passaram a dar a resposta institucional mais óbvia: a *regulação jurídica*. Nesse sentido, examinaremos adiante, no capítulo 2, os principais modelos de regulação disponíveis a um estudo mais atento: o modelo europeu (GDPR), o modelo californiano (CCPA) e o modelo sul-africano (POPIA), para em seguida, a partir desses subsídios, proceder à análise crítica da Lei 13.709/2018 – a nossa Lei Geral de Proteção de Dados – e, no que couber, da legislação correlata (com particular ênfase para a Lei 12.965/2014, do Marco Civil da Internet).

De outra parte, se temos uma legislação geral de boa técnica e qualidade, não se pode negar a sua lacunosidade. A LGPD não contém, em toda a sua extensa redação, o vocábulo “trabalho”, como tampouco – aliás, tanto menos – o vocábulo “emprego”. Diversamente de sua congênere europeia, a Lei 13.079/2018 simplesmente ignorou

1 Cf. <https://dataprivacymanager.net/5-biggest-gdpr-fines-so-far-2020/> (“20 biggest GDPR fines so far [2019, 2020, 2021 & 2022]”, 1.2.2022). Acesso em 15.2.2022.

2 Cf. BERTOLLI, Emilia. 56 estatísticas de violação de dados para 2019. **Varonis** (Inside Out Security), 5.4.2019. Disponível em: <https://www.varonis.com/pt-br/blog/56-estatisticas-de-violacao-de-dados-para-2019>. Acesso em: 31.1.2021.

a hipótese do tratamento de dados sob o pálio da subordinação jurídica própria das relações de emprego; e, de um modo geral, ignorou as especificidades da proteção de dados pessoais em quaisquer espécies de relações de trabalho, algumas das quais são cada vez mais recorrentes nestes tempos de vínculos líquidos. Assim, *e.g.*, estima-se que existiam no Brasil, em 2021, nada menos do que 1,4 milhão de trabalhadores por aplicativos (IPEA); cinco anos antes, eram apenas 870 mil.³ Temos, pois, um milhão e meio de pessoas que, na sua atividade laboral – aquela que, a rigor, absorve-os durante a maior parte do tempo em vigília –, compartilham dados de toda ordem (inclusive dados pessoais sensíveis), entre si e com terceiros (consumidores, plataforma etc.), por canais digitais com as mais diversas características. E o fazem, de regra, sem qualquer transparência nas relações em curso. Aliás, repise-se: sem qualquer legislação específica.

Para regular esses aparentes vácuos jurídicos, o Poder Judiciário brasileiro vem sendo instado a se pronunciar, especialmente pelo seu ramo trabalhista (i.e., a Justiça do Trabalho). E aos juízes do Trabalho restarão, em larga medida, as *normas-princípios* do artigo 6º da LGPD,⁴ à falta de normais legais mais minudentes ou flexíveis. Para examinar o respectivo “*modus*”, desenvolve-se o presente estudo. *Voilà*.

1. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. Dimensão constitucional: a Emenda Constitucional 115/2022

No panorama constitucional brasileiro, reza o art. 5º, X, da Constituição da República ser direito fundamental dos brasileiros e estrangeiros residentes no país (*rectius*: de todas as *peçoas* sujeitas à ordem jurídico-constitucional brasileira)⁵ a *inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem*, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Esse preceito é o que melhor retrata, em todo o texto constitucional vigente, a ideia de *privacy* desdobrada

3 Cf. https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38565 (“1,4 milhão de entregadores e motoristas no Brasil estão na Gig economy”, 7.10.2021). Acesso em: 16.2.2022.

4 Utilizamos neste estudo, para todos os efeitos, o conceito de *princípio* como “*mandado de otimização*” (“*Optmierungsgebot*”), convergindo para a semântica de Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp.71-99). Isso vale inclusive para a *proporcionalidade* (*infra*, 2.2), que também reputamos ser um princípio (v., *e.g.*, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: Tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “*due process of law*”. São Paulo: LTr, 2016, seção 14.1), conquanto o próprio Alexy não o faça; ou, ao menos, não no mesmo sentido com que opõe normas-princípios e normas-regras, já que prefere utilizar a expressão “*Grundsatz*” (e não “*Prinzip*”).

5 Sobre a necessária interpretação extensiva que se deve aplicar à cabeça do art. 5º da Constituição – mesmo porque a interpretação literal levaria à absurda conclusão de que turistas estrangeiros, porque não residentes no Brasil, não teriam, p. ex., direito à vida ou à propriedade –, cf., por todos, SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.192 e ss.

até este ponto, inclusive a partir das contribuições densificadas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX nas tradições jurídicas anglossaxônica e romano-germânica.

Em março de 2019, por iniciativa de vinte e nove senadores da República de todo o espectro político nacional, apresentou-se ao Senado a Proposta de Emenda Constitucional 17/2019, para acrescentar o inciso XII-A ao art. 5º, e o inciso XXX ao art. 22 da Constituição Federal. Sua finalidade era incluir textualmente, na carta constitucional – e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos – *“a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria”*. Lia-se, outrossim, na explicação da ementa, sobre a amplitude do direito a se constitucionalizar, que deveria abranger a proteção de dados em quaisquer meios, *“inclusive nos meios digitais”*.

Na justificativa da PEC 17/2019, registrava-se, com todo o acerto, que o avanço do estado da técnica e a própria evolução jurídico-dogmática já permitia reconhecer à proteção dos dados pessoais certa *“autonomia”* em relação à própria tutela da privacidade, inclusive com *status* constitucional, como já haviam feito outros países (Portugal, Chile, Polônia, Estônia). *In verbis*:

A proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional: diversos são os Países que adotaram leis e regras sobre privacidade e proteção de dados. Isso porque o assunto, cada vez mais, na Era informacional, representa riscos às liberdades e garantias individuais do cidadão.

O avanço da tecnologia, por um lado, oportuniza racionalização de negócios e da própria atividade econômica: pode gerar empregabilidade, prosperidade e maior qualidade de vida. Por outro lado, se mal utilizada ou se utilizada sem um filtro prévio moral e ético, pode causar prejuízos incomensuráveis aos cidadãos e à própria sociedade, dando margem, inclusive, à concentração de mercados.

Por isso, países de todo o planeta já visualizaram a importância e imprescindibilidade de se regular juridicamente o tratamento de dados dos cidadãos. É o caso dos membros da União Europeia, que, hoje, já contam com a segunda e moderna versão regulatória sobre o assunto, chamado de Regulamento Geral de Proteção de Dados. O RGPD entrou em vigor em 25 de maio de 2018, gerando um impacto de nível global, sobretudo em face de milhares de empresas que ofertam serviços ao mercado europeu.

Na América do Sul, países vizinhos como Chile e Argentina, entre outros, já contam com leis próprias de proteção de dados.

De fato, **a privacidade tem sido o ponto de partida de discussões e regulações dessa natureza, mas já se vislumbra, dadas as suas peculiaridades, uma autonomia valorativa em torno da proteção de dados pessoais, de maneira, inclusive, a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado.**

Foi o caso de Portugal: sua Constituição, adotada em 1976, assegura o direito e a garantia pessoal de utilização da informática, estabelecendo, também, normas específicas de acesso e tratamento de dados pessoais. Algo similar se vê na Estônia, Polônia e, mais recentemente, no Chile, que, em 5 de junho de 2018, editou a *Ley n. 27.096*, constitucionalizando a proteção de dados pessoais.

Convictos de que **o Brasil necessita muito mais do que uma lei ordinária sobre o assunto, apesar da envergadura jurídica da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), propomos a presente mudança à Constituição Federal.** [...] (g.n.)

E assim foi apresentada.

Após breve tramitação, sobreveio a aprovação do Parecer (SF) 45/2019, de relatoria da Senadora Simone Tebet (MDB-RS), na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, em 22 de maio de 2019. À altura, acolheu-se sugestão de redação do Senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), como Emenda de Redação 1-CCJ, apenas para inserir a proteção de dados pessoais no final do inciso XII do art. 5º (e já não em um inciso XII-A).⁶ Abriu-se ainda o texto à consulta pública virtual (com resultado favorável). Do parecer aprovado, referendando vários dos apontamentos feitos acima (notadamente quanto aos escândalos mundiais que animaram o labor legislativo) e aparentemente identificando o direito à proteção de dados como um direito de quarta dimensão (ou “geração”), extrai-se o seguinte excerto:⁷

6 Proposta que, aliás, não prevaleceu ao final, como se verá: no final, optou-se por um derradeiro inciso no art. 5º (LXXIX). Antes disso, realmente, o STF vinha reconhecendo o direito fundamento de proteção dos dados pessoais *no inciso XXII*, implicitamente. V., e.g., STF, ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387, rel. Min. Rosa Weber, TP, j. 7.5.2020. *In verbis*: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA N. 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. [...]”.

7 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956540&disposition=inline#Emenda1>. Acesso em: 10 fev. 2022.

[...] Os escândalos envolvendo o vazamento de dados pessoais pelo Facebook, Uber, Netshoes, Banco Inter e lojas C&A, e que atingiram milhares de brasileiros, impulsionaram a aprovação da Lei n. 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) – substancialmente influenciada pelo Regulamento Europeu – e posteriormente alterada pela Medida Provisória n. 869/18, atualmente em tramitação no Congresso Nacional. No entanto, apesar de já termos um arcabouço legislativo infraconstitucional com a LGPD e outras normativas esparsas – tais como o Marco Civil da Internet, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação, Decreto de Comércio Eletrônico, dentre outros – que dispõem sobre o tratamento dos dados pessoais e representam um caminho sem volta, no sentido de conferir maior proteção ao tratamento de dados pessoais, é necessário prever tal garantia no texto constitucional.

No Brasil, o Constituinte Originário consagrou expressamente o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Todavia, devido à constante evolução dos assuntos ligados à proteção e tratamento dos dados pessoais e à natureza desse tipo de relação em um cenário onde as desigualdades não se situam apenas na relação Estado/particular, mas também entre os próprios particulares, nas relações privadas, se faz imperioso acrescentar, de forma inequívoca, a proteção dos dados pessoais no rol das garantias individuais, ao lado de direitos fundamentais consagrados. Os direitos de quarta dimensão – apesar de não haver consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessa espécie de direito – são aqueles relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo. [...] Desta análise, pode-se afirmar que questões efetivas e atuais como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos da personalidade, principalmente a proteção à privacidade e intimidade, o direito ao esquecimento como atributo relativo ao direito da personalidade, trazem à baila a necessidade da proteção dos dados pessoais com enfoque constitucional.

Nesse sentido, a PEC n. 17, de 2019, recepciona, em âmbito constitucional, o espírito da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que estabeleceu princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da internet no País, e que assegurou ao cidadão brasileiro que o acesso à internet é essencial para o exercício da cidadania [...]. Da mesma forma, ampara as disposições trazidas na Lei n. 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), que regula o armazenamento e a transmissão de dados pessoais, e estabelece um padrão mínimo de proteção de dados, com o objetivo de proteger a liberdade, a privacidade e o livre

desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. [...]

Por fim, após toda a tramitação bicameral necessária, o texto foi aprovado em sessão plenária do Senado, ainda no ano de 2021 (20 de outubro), com sessenta e quatro votos no primeiro turno e setenta e seis votos no segundo (mas sempre de forma unânime). Meses depois, foi promulgado pelo Presidente do Senado da República e do Congresso Nacional, Senador Rodrigo Pacheco, em 10 de fevereiro de 2022, como **Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022**. O fato foi amplamente noticiado pela mídia nacional,⁸ ante a sua relevância e a sua novidade: a proteção de dados pessoais passava a ter “abrigo constitucional”, nas palavras da relatora Simone Tebet.

Desse modo, o art. 5º passou a contar com o inciso LXXIX, sob a seguinte redação:

Art. 5º [...] LXXIX – **é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.** (g.n.)

Constitucionalizou-se, pois, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, *inclusive* nos meios digitais. Engendrou-se, para tanto, uma *norma constitucional de eficácia contida ou restringível* (i.e., de efeitos imediatos, independentemente de qualquer regulamentação, conquanto possam ter a sua eficácia restringida ou modulada pela legislação infraconstitucional);⁹ e, com efeito, coube à lei ordinária definir, inclusive, o que se deve entender por “dados pessoais” para os efeitos constitucionais (LGPD, art. 5º, I): o direito fundamental em testilha está dirigido a *pessoas naturais* (identificadas ou identificáveis), não a pessoas jurídicas.

1.2. Dimensão legal: a Lei 12.709/2018 (LGPD)

8 V., e.g., <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/10/congresso-promulga-pec-que-transforma-protecao-de-dados-pessoais-em-direito-fundamental.ghtml>; www12.senado.leg.br/tv/plenario-e-comissoes/sessao-solene-do-congresso-nacional/2022/02/congresso-promulga-emenda-constitucional-sobre-protecao-de-dados; www.acontecenors.com.br/noticia/41677/congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-na-quinta-feira; www.camara.leg.br/noticias/848902-congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-pessoais-na-quinta-feira; www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/07/congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-na-quinta-feira; e assim sucessivamente. Acessos em: 10 e 11 fev. 2022. A matéria também ganhou destaque nos noticiários em televisão aberta, durante todo o dia 10 de fevereiro de 2022.

9 V., por todos, DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 92 e ss.; TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 23 e ss.

Em 2018, veio a lume a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, que originalmente pretendia ser um “ajuste fino” no Marco Civil da Internet, reforçando as proteções à privacidade dos usuários da rede. Assim é que, pela sua emenda original, dispunha “sobre a proteção de dados pessoais e altera[va] a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)”. Mais tarde, transformar-se-ia em um diploma bem mais compreensivo e transcendente.

E, com efeito, a LGPD brasileira, como sancionada em 2018, já não era um “apêndice” do Marco Civil da Internet. Projetava-se bem além dele, tanto *horizontalmente* – na medida em que não se limitou ao tratamento de dados no mundo digital (ao contrário, “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, **inclusive** nos meios digitais”¹⁰ e “aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, **independentemente do meio**”¹¹ – como também, e sobretudo, *verticalmente* – porque não se ateu ao paradigma de proteção consumerista (como em boa medida fez a CCPA e, entre nós, a Lei 12.965/2014), mas aprofundou os mecanismos de tutela de direitos e liberdades fundamentais (notadamente quanto à inviolabilidade da intimidade e da vida privada) –, compondo um dos mais completos modelos jurídico-legais de proteção de dados atualmente em vigor.¹² Quanto à projeção vertical, a propósito, entenda-se bem: é indene de dúvidas que a proteção do consumidor também tem ancoragem constitucional (CFRB, arts. 5º, XXXII, e 170, V: ADCT, art. 48); mas se trata de uma tutela vinculada a um pano de fundo imerso em relações civis de trato patrimonial, ao passo que o debate em torno da proteção da “*privacy*” é mais extenso, mais profundo, mais antigo e essencialmente humanista, na melhor acepção de Fromm.¹³

Temos entendido, com Tepedino¹⁴ e outros, que, a partir do último quartel

10 LGPD, art. 1º, *caput* (g.n.). No mesmo sentido, mais recentemente, a EC 115/2022.

11 LGPD, art. 3º, *caput* (g.n.).

12 Tanto que foi referida, ao lado do GDPR, da CCPA e da POPIA, no *Worldwide Data Privacy Regulations Compared*, da NetApp, em 2021.

13 “A person who has not been completely alienated, who has remained sensitive and able to feel, who has not lost the sense of dignity, who is not yet “for sale”, who can still suffer over the suffering of others, **who has not acquired fully the having mode of existence** - briefly, a person who has remained a person and not become a thing - cannot help feeling lonely, powerless, isolated in present-day society. He cannot help doubting himself and his own convictions, if not his sanity. He cannot help suffering, even though he can experience moments of joy and clarity that are absent in the life of his “normal” contemporaries” (FROMM, Erich. **The art of being**. London: Bloomsbury Publishing, 1992, Part I, subseção 11 – g.n.).

14 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8 e ss. V.

do século XX, a legislação brasileira passou a se alinhar com os arquétipos da chamada “era dos estatutos”. Com efeito, sob a influência de ondas renovatórias que impactaram o padrão jurídico ocidental nos últimos trinta anos, o direito nacional tem se inclinado para a densificação de *microsistemas jurídicos*, de base legislativa e dogmática, que já não obedecem as linhas divisórias inflexíveis dos grandes ramos jurídicos – tributários, por sua vez, da lógica binária que o direito moderno herdou do direito romano (e da “*summa divisio*” de Ulpiano: “*ius publicum*”/“*ius privatum*”) –, mas se constroem e reconstroem sob uma lógica mais complexa, interativa e holística de transversalidade essencial. Essa era dos estatutos, própria de um criticismo jurídico “pós-moderno” (i.e., melhor adaptado às fragmentações da pós-modernidade e infenso às “grandes narrativas explicativas” da modernidade),¹⁵ sinaliza a superação da falsa ideia de completude e de suficiência que vinha animando, desde a viragem entre os séculos XVIII e XIX,¹⁶ a era dos grandes códigos, compilados por ramos dogmáticos tradicionais (Código Civil, Código Comercial, Código Penal, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, Código Tributário etc.). Passa-se a privilegiar, nos planos institucional (inclusive legislativo) e científico, leis específicas de corte *setorial*, *temático* e *transversal*, menos patrimonialistas e mais conectadas às demandas sociais e culturais nascentes, próprias de uma sociedade em constante mutação e dos imprevisíveis avanços do estado da técnica. Como dissemos alhures,

[...] [n]a “era dos estatutos”, privilegia-se a *transversalidade legislativa*: setores inteiros foram retirados ou afastados do Código Civil [TEPEDINO] e do Código Penal, p.ex., para merecerem tratamento específico e autônomo em diplomas “temáticos”. Vejam-se, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto do Torcedor, o Estatuto da Igualdade Racial e até mesmo o Código de Defesa do Consumidor (para nós, já um “estatuto”), todos produtos de uma “onda

.....
ainda, para o caso específico do CDC, KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 870, abr. 2008, p. 81-104; e para o campo jurídico-civil em geral – citando, como exemplos desse novo tempo de “independentização de institutos, categorias e conceitos”, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), o CDC, o ECA e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) –, v. ISERHARD, Antônio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: Contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 23, 2003, p. 37-46 (especialmente p. 42).

15 Sobre os impactos da pós-modernidade no Direito, cf., e.g., FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, p. 291 e ss.; v. ainda, sobre as características da pós-modernidade e de um pretense direito pós-moderno, LYON, David. **Postmodernity**. Buckingham: Open University, 1999, p. 9 e ss.; NIETO, Alejandro. Prólogo. In: MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. **Postmodernidad y derecho público**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.17-18.

16 Fase de que o principal símbolo talvez seja o *Code Napoléon*, i.e., o código civil francês de 1804, que marcou o espírito do seu tempo.

de estatutorização” que se iniciou na década de noventa do século passado.¹⁷

Agora, convém incluir, nesse mesmo rol, a própria *Lei Geral de Proteção de Dados*, que é, a rigor, um *estatuto* de proteção de dados pessoais. Dotada de inegável transversalidade, abre-se com um quadro geral de princípios sob ancoragem constitucional (e.g., arts. 2º e 6º), seguindo-se a ele capítulos logicamente encadeados com regras interpoladas de Direito Civil (e.g., arts. 42, *caput* e §1º, 43, 44, 45 etc.), regras de Direito Processual Civil (e.g., art. 42, §§ 2º e 3º), regras de Direito Administrativo (e.g., arts. 23 a 30, 50 a 54 e 55-A a 55-L) e, a nosso ver, até mesmo regras materialmente constitucionais (e.g., arts. 17 e 64)¹⁸. Ademais, se a LGPD não é ainda mais transversal e interdisciplinar – como são, p. ex., o GDPR, a CCPA e a POPIA (inclusive com regras jurídico-penais e jurídico-laborais)¹⁹ –, é porque o legislador nacional refreou-se sobremodo, ao tempo da tramitação, quanto às possibilidades abertas para o regramento nacional da proteção de dados pessoais. Assim, p. ex., evitou-se a matéria penal (diversamente do que se vê, p. ex., no ECA,²⁰ no CDC,²¹ no Estatuto do Idoso²² ou no Estatuto da Igualdade Racial²³), provavelmente em razão do estrépito público negativo que se estabeleceu em torno da “Lei Azeredo”, dita “AI-5 digital”, e que antecedeu a discussão legislativa do Marco Civil da Internet e da própria LGPD.²⁴ Houve, ademais, uma falha injustificável quanto à matéria trabalhista, como diremos com vagar no capítulo 4. Essa omissão – que talvez se explique pelo insulamento dogmático e pelo desprestígio quase atávico que acompanha o Direito do Trabalho brasileiro desde as suas origens – passa a exigir grande energia intelectual para as

17 FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, p. 747, nota n. 2249.

18 **“Art. 64.** Os direitos e princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Observe-se, a propósito, a perfeita similitude com o preceito do art. 5º, §2º, da CRFB.

19 No GDPR, p. ex., vejam-se o art. 10 (“*processing of personal data relating to criminal convictions and offences*”) e o art. 88 (“*processing in the context of employment*”).

20 Lei 8.069/1990 (arts. 225 e ss.).

21 Lei 8.078/1990 (arts. 61 e ss.).

22 Lei 10.741/2003 (arts. 93 e ss.).

23 Lei 12.288/2010 (art. 24, VIII, art. 61).

24 Outra provável razão, ademais, estaria no fato de que a questão processual penal atinente à inviolabilidade do sigilo de dados – inclusive quanto ao fluxo digital de dados dinâmicos – acabou tratada na Lei do Marco Civil da Internet (arts. 7º, I e II, 22 etc.).

derivações hermenêuticas necessárias ao trato da proteção de dados pessoais nas relações de trabalho, notadamente a partir dos fundamentos do art. 3º e das normas-princípios do art. 5º.

Há, portanto, fissuras e claros que decerto poderiam ter sido evitados (e que, de resto, poderão ser superadas futuramente, a partir da própria atividade legislativa). Nada obstante, a LGPD tem envergadura de *estatuto* (como têm, ademais, as suas congêneres pelo mundo afora: o GDPR na Europa, a CCPA na Califórnia e a POPIA na África do Sul, p. ex.). E essa é, em boa medida, a sua característica dogmática mais candente.

2. OS PRINCÍPIOS DA LEI GERAL DO PROTEÇÃO DE DADOS: RECONSTRUÇÃO CRÍTICA DE SENTIDOS

Nos termos do art. 6º da LGPD, as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar, no território brasileiro (e nas hipóteses de extraterritorialidade derivadas do art. 3º da LGPD),²⁵ os seguintes princípios: **(a)** o princípio da finalidade; **(b)** o princípio da adequação; **(c)** o princípio da necessidade; **(d)** o princípio do livre acesso; **(e)** o princípio da qualidade dos dados; **(f)** o princípio da transparência; **(g)** o princípio da segurança; **(h)** o princípio da prevenção; **(i)** o princípio da não discriminação; e **(j)** o princípio da responsabilização e prestação de contas (*“accountability”*). A partir do artigo 2º, ademais, podem-se identificar outras normas-princípios aplicáveis à matéria, específicos (como, p. ex., o princípio da autodeterminação informativa: art. 1º, II) ou mais gerais (como, p. ex., os princípios da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da livre concorrência, ali referidos como “fundamentos”).

Dados os limites de espaço para o presente estudo, não será possível desdobrar todas as normas-princípios acima elencadas, evidenciando as suas principais aplicações no âmbito das relações laborais. Seleccionamos, entretanto, seis deles – o princípio da autodeterminação informativa, o princípio da boa-fé, o princípio de finalidade, o princípio da necessidade, o princípio da adequação e o princípio da transparência – para

25 Casos em que, a rigor, a operação de tratamento de dados pessoais será regida pela LGPD, ainda que não se realize no território nacional brasileiro: se **(a)** a atividade de tratamento tiver por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços no território nacional; se **(b)** a atividade de tratamento tiver por objetivo o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou, ainda, se **(c)** os dados pessoais objeto do tratamento forem coletados no território nacional (i.e., se o titular desses dados pessoais estiver no território nacional no momento da coleta). Confirmam-se, a respeito, os incisos II e III e o parágrafo 1º do art. 3º da LGPD.

demonstrar como *podem* e *devem* ser aplicados aos contratos individuais de trabalho, em situações concretas, a partir da abordagem crítico-constructiva que optamos por sustentar.

2.1. Ilustrando a abordagem crítico-constructiva (1): a autodeterminação informativa e a boa-fé

À primeira leitura, pareceria que todos os princípios infralegais de regência da proteção jurídica de dados estariam concentrados no art. 6º da LGPD. É, de fato, o que sinalizou o legislador. Mas uma segunda leitura mais atenta já revelará o equívoco: na verdade, há normas-princípios deitadas por diversos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados, aquém e além do referido artigo 6º.

Apenas para ilustrar, o art. 2º da LGPD estabelece, como *fundamentos* da disciplina legal de proteção de dados pessoais, **(i)** o respeito à privacidade, **(ii)** a autodeterminação informativa, **(iii)** a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, **(iv)** a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, **(v)** o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, **(vi)** a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, e, por fim, **(vii)** os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

O “fundamento” da autodeterminação informativa, em particular, tem inspiração na jurisprudência alemã (“*informationelles Selbstbestimmungsrecht*”), sendo certo que ainda no ano de 1971, precedendo a tramitação legislativa da *Bundesdatenschutzgesetz* – que, vimos, seria promulgada em 1977 –, o *Bundestag* já havia publicado um longo parecer que utilizava pioneiramente a expressão. Somente em 1983, porém, o conceito adquiriria os seus atuais contornos, tornando-se vital para a decisão do BvG em torno do microcenso alemão (*Microcensus*) daquele ano. O governo alemão, com efeito, fez aprovar lei exigia que os dados sobre profissão, moradia e local de trabalho dos cidadãos fossem disponibilizados ao Estado, sem quaisquer entraves ou barreiras, para que, a bem do planejamento político-econômico do país, fosse possível apurar com prontidão e frequência o estágio de crescimento populacional, a distribuição espacial da população e outros elementos de ordem demográfica e social; e, não bastasse, a lei ainda autorizava o Estado a comparar livremente as informações obtidas junto aos indivíduos com aquelas constantes dos registros públicos, colmatando as lacunas informativas acaso existentes nos órgãos públicos federais, estaduais e municipais para fins de execução administrativa.

Diante da insurgência geral, a questão finalmente chega ao BvG. E, ao final

de um longo julgamento, o tribunal reconhece a inconstitucionalidade da lei, por engendrar um incontornável excesso na intervenção estatal. Com os recursos de processamento eletrônico de dados (na década de oitenta), a que se associaria a coleta ininterrupta de dados minuciosos sobre pessoas determinadas, passíveis de serem ilimitadamente armazenados, combinados, compartilhados e consultados, a qualquer tempo e distância, o Estado poderia formar perfis completos de personalidade a respeito de qualquer cidadão, sem que os titulares de dados pudessem minimamente controlar a exatidão desses perfis ou os seu usos potenciais e efetivos.²⁶ Violava-se, portanto, o direito fundamental à autodeterminação individual, que pressupõe, mesmo sob a sombra das atuais tecnologias de processamento de dados, um núcleo essencial inviolável de liberdade de decisão sobre as próprias ações (e, inclusive, sobre realizá-las ou não, sem ser por isso admoestado).²⁷ Na dicção do BvG,

[...] quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas [...] pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação.²⁸

Desse modo, na perspectiva da dogmática alemã, o direito à autodeterminação informativa, de que arranca o regime constitucional de proteção de dados, é uma manifestação do *direito geral da personalidade*, igualmente reconhecido pelos tribunais alemães desde 1952,²⁹ a tutelar todas as dimensões da personalidade que acaso não tenham cobertura específica nos diversos dispositivos da GG. E, sob

26 BVerfGE 27, 1 (6).

27 COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. O direito à proteção de dados e a tutela da autodeterminação informativa. **Consultor Jurídico**, 28.6.2020, *passim*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protECAo-dados-tutela-autodeterminacao-informativa#_ftn3. Acesso em: 30.6.2020. V. também MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação..., *passim*; MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa. **Migalhas**. Migalhas de Proteção de Dados, 30.10.2020, *passim*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protECAo-de-dados/335735/as-origens-alemas-e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa>. Acesso em: 15.10.2021.

28 BVerfGE 27, 1 (6). Cf. também MARTINS. Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Dignidade humana. Livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física e igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016, vol. I, p. 56 e ss.

29 A partir do art. 1º, I (dignidade humana) e do art. 2º, I, da GG, que consagra o “livre desenvolvimento da personalidade” (“*freie Entfaltung der Persönlichkeit*”).

o pálio dessa construção pretoriana, passava-se a entender que não mais existem “dados insignificantes”, diante das capacidades contemporâneas de processamento automatizado de dados, de modo que “o risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados tratados”.³⁰

Por esses passos, portanto, consolidou-se o conceito hodierno que agora está incorporado ao art. 2º, II, da nossa LGPD: o “fundamento” da autodeterminação informativa – ou, mais apropriadamente, o princípio da autodeterminação informativa – é o baldrame normativo que confere ao indivíduo o direito fundamental de determinar e controlar, a seu talante, os usos possíveis de seus dados pessoais.³¹ Podem, pois, dispor livremente sobre esses dados pessoais, seja ocultando-os, seja compartilhando-os parcialmente, seja ainda expondo-os publicamente. Esse direito repercute, ademais, nas autonomias alheias, fincando limites consecutivos para as ações de terceiros; daí porque o Estado não pode utilizar os dados pessoais dos cidadãos, que em algum momento lhe foram confiados, para fins diversos daqueles aos quais se prestou a coleta (v., e.g., LGPD, art. 7º, III), assim como as próprias pessoas privadas têm contenções legais para o compartilhamento dos dados que estejam tratando (v., e.g., LGPD, art. 7º, §5º). Em uma feliz síntese, afinal, pode-se dizer que a autodeterminação informativa é o direito de controlar a atividade privada e pública no tratamento de dados pessoais, instando à observância de boas práticas para a proteção dos dados pessoais e, por ela, a promoção da cidadania, da liberdade e da democracia.³²

Para mais, fiel à estrutura “estatutária” da LGPD, o art. 6º positivou nada menos do que *dez princípios* que, ao lado da própria *boa-fé* (subjéctiva/objetiva) – enraizada no

30 MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação..., p. 11. Com toda razão: nessa direção, justamente, estamos propondo uma abordagem hermenêutica que, no particular, priorize a funcionalidade dos princípios (como, e.g., os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade), não a fixidez das regras (como, p. ex., o conceito legal de dado pessoal sensível), inidônea para o trato de um substrato factual cada vez fluido, furtivo e dinâmico.

31 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, *passim*.

32 NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito à autodeterminação informativa sob a perspectiva das instituições**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012, *passim*. V. também NAVARRO, Ana Maria Neves de Paula. O direito fundamental à autodeterminação informativa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>. Acesso em: 7.3.2021, *passim*. A autora refere, originalmente, tão somente o controle da “atividade administrativa”, o que nos parece um equívoco, dada a abertura semântica que o próprio STF já reconheceu ao direito de autodeterminação informativa (v. STF, RE 673.707, rel. Min. Luiz Fux, TP, j. 17.6.2015; STF, ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387, rel. Min. Rosa Weber, TP, j. 7.5.2020).

caput e de natureza igualmente principiológica, atraindo para o tema da proteção de dados todo o arcabouço dogmático construído em torno dos arts. 187 e 422 do Código Civil –,³³ todos vinculantes para as atividades de tratamento de dados pessoais.

Em relação ao princípio da boa-fé (LGPD, art. 6º, I, c.c. CC, arts. 187 e 422), deve-se dele extrair, tanto no plano individual (relação empregador vs. empregado) como no plano coletivo (relações sindicais), o dever do controlador (art. 5º, VI), no trato dos dados pessoais sob sua responsabilidade (como, *e.g.*, os de seus prestadores de serviço - empregados e trabalhadores sem vínculo empregatício -, se se tratar de tomadores de serviço, ou de seus associados, se trata de entidades sindicais), de agir com *boa-fé, lealdade e transparência*, sem dolo ou logro (= dimensão subjetiva) e sem frustrar legítimas expectativas socialmente justificadas (= dimensão objetiva). Note-se, portanto, que não estamos lidando apenas com a boa-fé *subjetiva* (de que é antípoda a ideia de *má-fé*), embora essa dimensão também esteja alcançada. (assim, *e.g.*, na hipótese do art. 482, “c”, da CLT: justa causa por negociação habitual desleal). Estamos envolvendo inclusive a chamada *boa-fé objetiva*, que independe da subjetividade dos sujeitos, bastando-se com a observância de padrões objetivos de conduta e com a preservação das expectativas correspondentes. Recorrendo à dogmática alemã, como fizemos alhures,³⁴ pode-se reduzir o universo das condutas contrárias à boa-fé objetiva (“exercícios inadmissíveis”) a grandes paradigmas discursivos, como o do “*venire contra factum proprium*”, o da “*supressio*” (= “*Verwirkung*”), o da “*surrectio*” (= “*Erwirkung*”), o da “*tu quoque*”, o das *inalegabilidades formais* e o do *desequilíbrio no exercício jurídico* (nele se compreendendo o *exercício inútil danoso*).³⁵

Não há espaço, neste estudo, para o desenvolvimento de cada um desses paradigmas, como fizemos em outro ensejo e ocasião³⁶. Podem-se articular, todavia, alguns exemplos ilustrativos. O controlador estará malferindo a norma-princípio da boa-fé objetiva, ao arrepio do art. 6º, I, da LGPD – ainda que não agrida formal e explicitamente nenhuma das regras de conduta descritivamente postas –, se, por exemplo, atender prontamente à comunicação do titular sobre a revogação de seu consentimento (LGPD, art. 8º, §5º, c.c. art. 15, III), terminando subitamente o tratamento de dados, sem dar

33 V., por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso...**, subseção 6.2.3.

34 **Curso...**, seção 6.2.3.

35 V., por todos, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 719-860. Na apresentação metódica desses paradigmas, o grande civilista português refere-se aos “tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis”.

36 *Id.*, *ibid.*

ciência àquele titular de que o término súbito traduzir-se-á em imediato prejuízo, porque, p. ex., pende sobre ele, titular, investigação policial que poderia ser esclarecida, a seu favor, com a apresentação dos registros de vídeo de sua presença na empresa ao tempo do ato delituoso. No entanto, sabedor da preexistência do inquérito policial (ainda desconhecido do empregado), o empregador, de modo emulativo, atende à comunicação e, sem mais, deleta todos os registros. Nesse caso, o controlador – que é, em nosso exemplo, o empregador – age de modo desleal e opaco, valendo-se de uma informação privilegiada, que lhe advém por sua condição jurídica, por sua condição fático-econômica ou mesmo por acaso, e “permite” que o empregado se prejudique (= exercício inútil danoso). Poderá, a nosso sentir, ser instado a indenizar (art. 187 do CC).³⁷

Na realidade, apenas esse único aspecto do art. 6º já daria azo a uma monografia inteira. Mas impende ir além, explorando todos os seus incisos; e, por isso, deter-nos-emos neste ponto.

3.2. Ilustrando a abordagem crítico-construtiva (2): a proporcionalidade no tratamento de dados (finalidade, adequação, necessidade)

A teor do art. 6º da LGPD (*caput* e incisos I a III), as atividades de tratamento de dados devem observar o princípio da *finalidade*, pelo qual a realização do tratamento deve servir a propósitos *legítimos, específicos, explícitos e informados* ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; o princípio da *adequação*, pelo qual tratamento deve ser *compatível* com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; e o princípio da *necessidade*, pelo qual o tratamento deve se limitar ao *mínimo necessário* para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados *pertinentes, proporcionais* e *não excessivos* em relação às finalidades do tratamento de dados.

Trata-se, à toda evidência, da positivação do *princípio da proporcionalidade* – e de três de seus elementos analítico-conceituais (finalidade, adequação, necessidade) – para a regência e os efeitos afetos à matéria disciplinada pela LGPD. Passemos, pois, a problematizar o princípio e a sua aplicabilidade específica.

À partida, cabe registrar que, em nosso entendimento, a proporcionalidade

³⁷ Como obtempera Paulo Nader, “*abuso de direito é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo*”. (NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 553). Nesse caso, o empregador/controlador terá exercido, de modo inútil e danoso, o seu “direito” (na verdade, um direito-dever) de deletar imediatamente todos os registros em vídeo do empregado, tão logo ele comunique a revogação do consentimento para a captação de imagens.

configura ontologicamente o que acima se disse: trata-se mesmo de uma *norma-princípio*, com *ancoragem constitucional* (adscrita aos preceitos do art. 1º, *caput* – Estado de Direito – e 5º, LII – devido processo substantivo³⁸ – da CRFB, entre outros) e caráter desenganadamente *instrumental*. Nada obstante, esse aspecto ontológico está longe de ser pacífico.

Com efeito, a depender do autor e de suas filiações teóricas, dir-se-á de um “princípio da proporcionalidade”, de uma “regra da proporcionalidade”, de uma “máxima da proporcionalidade” ou até mesmo de um “enunciado da proporcionalidade” (ou, no idioma alemão, “*Prinzip*”, “*Regel*”, “*Grundsatz*” ou “*Satz*”). De nossa parte, como anotamos em outras obras,³⁹ filiamo-nos à dicotomia entre *normas-regras* e *normas-princípios*, tal como proposta por Robert Alexy,⁴⁰ já que nenhum outro modelo sistematiza e explica melhor a nomenclatura geral das espécies normativas na teoria geral do Direito; e, para mais, o modelo alexyano simplifica o debate, já que as limita a um único par conceitual. No particular – quanto à “natureza” da proporcionalidade –, entendemos por bem abandoná-lo, precisamente porque, a nosso sentir, a sua opção dogmática comprometeu a clareza sistemática. Alexy, com efeito, não se refere à proporcionalidade como um princípio, no mesmo sentido com que opõe normas-princípios e normas-regras; prefere utilizar a expressão “*Grundsatz*” (e não “*Prinzip*”). No vocabulário comum, bem poderiam ser ambos — “*Prinzip*” e “*Grundsatz*” — traduzidos como “princípio”, mas, no vocabulário jurídico, se Alexy optou por esta última, deve-se reconhecer, com Virgílio Afonso da Silva, que “*Alexy evita denominá-la [a proporcionalidade] de princípio (Prinzip), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra*”. Daí Virgílio ter traduzido a expressão alemã por “máxima da proporcionalidade”.⁴¹

Estamos, porém, com aqueles que – inclusive na Alemanha⁴² – reconhecem na

38 Sobre o nexo de pertinência entre o “*substantive due process*” e o princípio (ou máxima) da proporcionalidade, cf., de nossa lavra, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, subseção 12.2 (V). Como lá pontuamos, “*o devido processo legal substantivo é a garantia pela qual ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes, sem a devida proporcionalidade (afora os justos limites que a contêm, que dizem com a indenidade dos conteúdos essenciais, e o aspecto mutável dela indissociável, que diz com a capacidade de aprendizagem das normas jusfundamentais) [...]*”.

39 V., e.g., FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, §24º; **Curso...**, subseção 6.1.

40 ALEXY, Robert. **Theorie...**, p.71-99.

41 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Nota do Tradutor. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p.10. O próprio tradutor, porém, optou pela expressão “regra” – i.e., “regra da proporcionalidade” – em um de seus escritos anteriores (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, abr. 2002. n. 798, p.23 e ss.).

42 V., e.g., POLLAK, Christiana. **Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der**

proporcionalidade um *princípio*, quiçá não como (apenas) como mandado de otimização (“*Optmierungsgebot*”), mas (também) como *norma de calibração* do (sub) sistema. Nesse passo, serve bem a doutrina de Gomes Canotilho,⁴³ para quem há duas ordens distintas de princípios: os *princípios jurídicos* (em sentido estrito) e os *princípios hermenêuticos*. Se os princípios em geral têm três funções básicas (as que reportamos acima: função normativo-deontológica, função hermenêutica, função integrativa, função derogatória etc.), os ditos princípios hermenêuticos detêm função predominantemente interpretativa, com aplicações sobretudo retórico-argumentativas; e já por isso ostentam, como antecipávamos, caráter *instrumental*: não têm função normativo-deontológica própria e autônoma, prestando-se basicamente à interpretação/aplicação das fontes formais e ao controle de constitucionalidade e integrando o sistema jurídico na condição de “regra [*rectius*: norma] de calibração”.⁴⁴ É essa também, *v.g.*, a natureza do princípio da máxima efetividade, reportado por Canotilho⁴⁵ e outros autores. Na mesma vereda, o princípio da proporcionalidade é um princípio instrumental, intrassistemático, pleno de características gerais próprias das normas-princípios (*e.g.*, o elevado grau de abstração e o baixo grau de determinabilidade, demandando intervenções mediadoras do legislador ou do juiz); mas, por outro lado, dotado de baixa densidade normativa.⁴⁶

Fixado o nosso ponto de partida, interessa discutir, ainda que brevemente,

.....
Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Osterreichischen Verfassungsgerichtshofs.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, *passim*.

43 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1087.

44 Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução...**, p.175-179. Para o autor, as regras de calibração conferem coesão ao sistema jurídico e lhe dão os atributos da flexibilidade, da rigidez, da estabilidade e/ou da transformação, conforme seus conteúdos. Tais regras são construídas pela jurisprudência, pela doutrina e pelos costumes, ou mais inadequadamente pelo próprio legislador; e, como se dá com o princípio da proporcionalidade, “*não chegam a formar um conjunto coerente, estão dispersas no sistema e são produzidas de diferentes modos*”.

45 No escólio de Canotilho, o princípio da máxima efetividade “*é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p, 227).

46 Em publicações anteriores, chegamos a defender que a proporcionalidade, como princípio hermenêutico, não seria sequer uma *norma jurídica* (FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, §24º). Revisamos esse entendimento; mas seguimos a compreender que, se tem natureza de norma jurídica, não tem a mesma densidade normativa de princípios como o da igualdade ou da legalidade, capazes de impor diretamente, ao Poder Público e aos cidadãos em geral, deveres de ação ou omissão, sem necessidade de se associarem a outras normas. Mas, por outro lado, decerto atua com funções tipicamente normativas, a ponto de autorizar inclusive decretos de inconstitucionalidade de outras normas.

o conceito, os elementos e a ubiquação da proporcionalidade. Pode-se situar uma de suas origens contemporâneas no direito norte-americano, justamente como expressão manifesta do “*substantive due process*” (e sobretudo como *razoabilidade*);⁴⁷ mas o conceito e os elementos foram particularmente desenvolvidos pelos alemães, sob as expressões “*Verhältnismässigkeitsprinzip*”/“*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*” (da locução “*Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes*”). Em 1971, o BVerfG reconheceu, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de uma lei com base no princípio da proporcionalidade (o que evidencia, a propósito, uma das funções próprias das normas-princípios, como vimos acima: a *derrogatória*).

O princípio da proporcionalidade traduz a ideia de que, na esfera de conformação do legislador (“*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*”) — e, por extensão, no âmbito das intervenções “restritivas” dos demais poderes públicos,⁴⁸ como também no âmbito de ação das atividades privadas que afetem direitos humanos fundamentais⁴⁹ —, o **excesso** pode configurar a ilegitimidade constitucional de uma dada providência ou de sua abstenção,⁵⁰ por derivação do princípio do Estado de Direito,⁵¹ que proíbe restrições de direitos fundamentais inadequadas à consecução dos fins a que se prestam; e, já por isso, há quem o identifique com o conceito de “*Übermaßverbot*” (“proibição de excesso”),

47 Sobre a anterioridade da jurisprudência norte-americana no debate da proporcionalidade e de concordância prática (com outras designações), citando inclusive C. J. Antieau, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional...**, p.1150 e nota n. 20 (identificando a concordância prática como um antigo “*canon of constitutional construction*” das cortes estadunidenses, muito anterior à obra de Konrad Hesse). Veja-se ainda toda a jurisprudência da *U.S. Supreme Court* na fase do “*non-economic due process*”. No sentido de que a jurisprudência norte-americana cunhou basicamente a ideia da *razoabilidade*, inconfundível com a de proporcionalidade, v. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional...**, *passim*. Entendemos, de nossa parte, que, a rigor, o juízo de razoabilidade é *inerente* a todo juízo de proporcionalidade (FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, §24º).

48 Inclusive da Administração Pública (“*in casu*”, ao ensejo do exercício das funções regulamentares da ANPD) e do Poder Judiciário (na espécie, ao decidir litígios relacionados à proteção de dados pessoais).

49 Vindo a lume, aqui, a questão da *eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais* (“*Drittwirkung*”) – quanto à (i)legitimidade de atividades privadas que restringem ou agridem direitos fundamentais de outrem –, examinada emblematicamente pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, p. ex., no *case* Lüth (BVerfGE 7, 198-230, 1958), em que, lançando mão de um juízo de ponderação inerente ao princípio da proporcionalidade, considerou que as atividades de Erich Lüth ao expor publicamente o cineasta Veit Harlan como expoente cultural do período nazista e apoiador do respectivo regime não violava o direito de Harlan à privacidade/honra/imagem. V. SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Leonardo Martins (org.). Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p.381-395.

50 Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova...**, p.50 e ss.

51 O argumento que deriva o princípio da proporcionalidade do princípio do Estado de Direito foi assentado pelo BVerfG em março de 1971. Subsequentemente, veja-se BVerfGE 90, 145 (173); BVerfGE 92, 277 (317). Cf., a respeito, MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 38-54.

conquanto a sua compleição dogmática mais exata permita alcançar também o conceito de “*Untermaßverbot*” (“proibição de insuficiência”). Essa é, a toda evidência, a ideia ínsita aos três primeiros incisos do artigo 6º e, em particular, do inciso III (c.c. inciso I) – “*limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades*” –, tendo como destinatários da norma, porém, já não os poderes públicos, mas os *agentes de tratamento*.

Consequentemente, toda providência do controlador (especialmente) ou do operador de dados, ao restringir direitos fundamentais (“*in casu*”, nomeadamente o direito à privacidade), sempre admitirá apreciação material à luz das finalidades a que se destina – que têm de ser *legítimas, específicas, explícitas e informadas* – e em face dos demais interesses juridicamente relevantes em jogo, esteja ela consubstanciada em ato legislativo, em ato administrativo ou em ato jurisdicional. Cuida-se então de saber se a atividade restritiva guarda, para com os seus **fins legítimos**, uma relação de **adequação** (“*Geeignetheit*”) e de **necessidade** (“*Erforderlichkeit*”). E justamente aí se apresentam, a um tempo e nessa precisa ordem, os princípios de *finalidade* (6º, I), da *adequação* (art. 6º, II) e da *necessidade* (art. 6º, III), todos positivados pela LGPD. Noutras palavras, haverá violação desproporcional aos direitos fundamentais do titular de dados, por desconformidade com o princípio da proporcionalidade, sempre que se constatar, em um ato de tratamento de dados que de algum modo os restrinja, relação de *contraditoriedade, incongruência, irrazoabilidade* ou *inadequação* entre meios e fins.⁵²

Dissecando-o com maior cautela, Alexy⁵³ esclarece haver três elementos ínsitos a um juízo de proporcionalidade: a *adequação* (ou *idoneidade*), a *necessidade* (ou *exigibilidade*) e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Esses três elementos é que inclusive definem, nos casos concretos, se houve ou não uma legítima “otimização” do interesse protegido, quando se diz — de acordo com a teoria dos princípios — que as normas-princípios são mandados de otimização (“*Optmierungsgebote*”). Nessa ordem de ideias, os elementos — ou (sub)princípios — da adequação (art. 6º, II) e da necessidade (art. 6º, III) prestam-se a assegurar a maior realização possível do direito restringido (neste caso, a privacidade), “*de acordo com as possibilidades fáticas*” e sempre na relação *meio-fim* (art. 6º, I).

52 V. SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen. STARCK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, v. 2, p.390-391 (tratando da proporcionalidade *em geral*, sem qualquer aplicação específica à proteção de dados).

53 ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Berbal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios), 2004, p..38 e ss.

Já a proporcionalidade em sentido estrito “*expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes*”, i.e., corresponde à *lei de ponderação alexyana*, pela qual “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro*”.⁵⁴ Trata-se de um juízo puramente *jurídico-axiológico*, por envolver direitos, interesses e valores concretamente colidentes (à diferença dos dois anteriores – adequação e necessidade –, que são eminentemente *fáticos*). Em um caso concreto, não havendo norma-regra clara a respeito, caberá ao intérprete, num primeiro momento, avaliar qual o grau de restrição imposta à privacidade do titular de dados (e, pela lógica alexyana, atribuir um “peso” a esse grau); num segundo momento, avaliará qual a importância relativa da satisfação do interesse colidente (e.g., o direito de propriedade, o direito de informação, a liberdade de expressão etc.), atribuindo-lhe igualmente um “peso”; e, por fim, num terceiro momento, avaliará, cotejando os pesos, se a importância da satisfação desse último interesse justificaria ou não a constrição daquele primeiro direito. Se a justificar, o juízo de proporcionalidade terá sido *positivo* (i.e., as restrições impostas pela atividade de tratamento de dados terão sido legítimas); se não a justificar, o juízo de proporcionalidade terá sido *negativo* (e a atividade de tratamento terá sido ilegítima, impondo-se a sua imediata interrupção, se ainda em curso, e/ou a respectiva reparação, *ut arts. 42 e 43 da LGPD*).

Alexy não nega que o juízo de proporcionalidade albergue um procedimento de resultados múltiplos (porque “*a ponderação não é um procedimento que, em casa caso, conduza exatamente a um mesmo resultado*”). Mas recusa a usual pecha de irracionalidade ou de solipsismo – recorrente inclusive na doutrina nacional⁵⁵ –, sob a premissa de que o princípio (“*máxima*”) seja corretamente manejado. E para isso sugere, inclusive, um rigoroso modelo aritmético indicativo de tais juízos.⁵⁶

Deve-se ter em conta, enfim, que esses três elementos analítico-conceituais do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (que na LGPD radicará no “*finalidade*” do art. 6º, I) – guardam entre si uma relação de *subsidiariedade consecutiva*: principia-se, sempre, pela análise da adequação (art. 6º, II); subsequentemente, a análise da necessidade será exigível se e somente se o caso não puder ser resolvido com a análise da adequação; e, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito só será imprescindível se a questão não puder ser

54 *Id., ibid.*

55 V., por todos, STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, *passim*.

56 ALEXY, Robert. **Theorie...**, p.143-154 (fórmulas e gráficos aparecem às pp.141, 143, 147-148, etc.).

solucionado com as análises da adequação e da necessidade.⁵⁷

Nesse diapasão, violará o princípio da proporcionalidade – na espécie, por agressão ao (sub)princípio da adequação (LGPD, art. 6º, II) – se o empregador/controlador coletar dados relativos aos endereços de residência dos novos empregados, com a finalidade de lhes garantir o direito ao vale-transporte (Lei 7.418/1995); mas ulteriormente, quando abertas vagas para promoção, valer-se desses mesmos dados – “compartilhados” pelo departamento pessoal a pedido da gerência imediata – para excluir da concorrência trabalhadores de bairros economicamente menos favorecidos (por considerar, p. ex., que um trabalhador domiciliado na periferia da cidade não estaria recomendado para um posto de maior visibilidade, com atos de representação da empresa, ante um presumido déficit de educação ou de “elegância”). Esse uso, incompatível com a finalidade de coleta dos dados (que poderá ter sido inclusive legítima, na suposição de que os vales-transporte foram efetivamente assegurados a partir delas), tanto violará o princípio da adequação (art. 6º, II) como, de resto, também o princípio da não discriminação (art. 6º, IX). Se, por outro lado, a “finalidade” de pagar vale-transporte foi um mero pretexto para a coleta originária dos dados de residência, então desde logo se malferiu o próprio princípio da finalidade: afinal, a finalidade alegada, se seria em tese legítima, era apenas uma *falsa* finalidade.

3.3. Ilustrando a abordagem principiológica (3): a transparência (remuneratória, cognitiva, informativa, comunicativa)

A teor do art. 6º, VI, da LGPD, todos os titulares de dados – e, para o nosso especial interesse, os empregados titulares de dados – têm a garantia legal de que obterão dos agentes de tratamento de dados não “quaisquer” informações (o que diz mais com o princípio do livre acesso), mas fundamentalmente “*informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial*”. Eis, pois, o *princípio da transparência*, que igualmente vincula todas as pessoas e organizações que promovem tratamento de dados pessoais no território brasileiro.

A “fácil acessibilidade” liga-se, obviamente, ao princípio do art. 6º, IV (livre acesso), demonstrando a interconectividade dos princípios da LGPD. Já a *clareza* e a *precisão da informação sobre os dados pessoais do titular* é o que constitui, ao cabo e ao fim, o *Leitmotiv* dessa norma-princípio. Não se está a tratar, entenda-se bem, da clareza e da precisão *dos dados pessoais em si*, porque isso diz com o princípio da qualidade (LGPD, art. 6º, V); e não se está a tratar, igualmente, da clareza e da precisão

57 Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional...**, p. 34.

dos *propósitos* do tratamento de dados, porque isso diz com o princípio da finalidade (LGPD, art. 6º, I).⁵⁸ No princípio da transparência, o que está em causa é a clareza e a precisão da *informação que se pode obter*, pela via do livre acesso, a respeito dos dados pessoais. É, pois, por assim dizer, uma “metagarantia”.

Sobre o princípio da transparência, há que reconhecer que suas raízes estão deitadas no próprio eito constitucional. Como princípio geral especialmente voltado às atividades dos poderes públicos – pela lógica de que “*se a corrupção é a doença, transparência é parte essencial do seu tratamento*”⁵⁹ –, encontramos-lo na Constituição de 5.10.1988, no *caput* do art. 37 (como uma das dimensões do princípio da publicidade administrativa),⁶⁰ e ainda no art. 212-A, X, “d” (quanto à destinação de recursos para o Fundeb por parte de Estados, Municípios e Distrito Federal), no art. 216-A (quanto às informações do Sistema Nacional de Cultura) e no art. 40, §22, VII (quanto aos regimes próprios de previdência social já existentes ao tempo da EC 103/2019, aqui referido textualmente como *princípio*). Na legislação infraconstitucional, impende referir, sobre todas, a Lei 12.527/2011, dita “Lei do Acesso à Informação” ou “Lei da Transparência”, pela qual se assegura, mediante regras, políticas e instrumentos diversos, “*o direito fundamental de acesso à informação*” (art. 3º), atribuindo-se a todos os órgãos e entidades dos poderes públicos o dever de “*gestão transparente de informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação*” (art. 6º, I). Aqui, porém, cuida-se essencialmente do *direito difuso de informação* e da *liberdade geral de acesso à informação*, que mais têm a ver com a publicidade do que com a privacidade.

No(s) plano(s) da privacidade, todavia, a transparência também é um valor de máxima relevância, na medida em que os titulares de dados pessoais precisam de informações fidedignas – “*claras, precisas e facilmente acessíveis*” – relativas à realização do tratamento de seus dados e aos respectivos agentes de tratamento. É, com efeito, uma “*conditio sine qua non*” para que a pessoa natural possa gerir e defender a sua esfera privada, inclusive retificando ou eliminando registros (= princípio da qualidade dos dados) e responsabilizando os agentes em caso de tratamentos viciados que carregem danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

58 A transparência diz, sim, com a clareza e a precisão da *comunicação* desses propósitos (que, a despeito de qualquer coisa, podem até ser – eles, os propósitos – legítimos, explícitos, específicos e “informados”; se, porém, forem informados deficientemente, sem clareza e precisão, restará violado o princípio da transparência).

59 “*If corruption is a disease, transparency is essential part of its treatment*”. A frase é de Kofi Annan, secretário-geral da Organização das Nações Unidas (1997-2006), em mensagem gravada para o 20º aniversário da Transparência Internacional, no ano de 2013.

60 Nesse sentido – da íntima conexão constitucional entre a publicidade e a transparência –, cf., por todos, MARTINA JR., Wallace Paiva. **Transparência administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004, *passim*.

Nessa esteira, no âmbito da própria LGPD, o princípio da transparência ganha concreção ao longo de diversas normas-regras. O artigo 10, §2º estabelece, para o controlador de dados, o dever de *“adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse”* (i.e., para o apoio e a promoção de suas atividades e para a proteção, em proveito do titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem⁶¹); a transparência aqui funciona, portanto, como um contrapeso normativo para as hipóteses de legítimo interesse do controlador no tratamento de dados pessoais (que, em nossa opinião, dispensam o consentimento prévio do titular de dados, mas não lhe tiram o direito de oposição a se exercer *“ex post”*). Na mesma linha, o art. 20, §1º, já estudado acima, dispõe que *“o controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial”* (= transparência informacional algorítmica; voltaremos a isso). O art. 41, §1º, enfim, estatui, também com espeque no princípio da transparência, que *“[a] identidade e as informações de contato do encarregado [o DPO] deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador”* (o que diz, a um tempo, com o direito difuso de informação, afeto a toda a sociedade civil, e com o direito subjetivo público de informação de cada um dos titulares de dados).

Por tudo isso, e em arremate, espera-se que os empregadores, sob a égide da LGPD, comuniquem aos seus empregados todos os tratamentos dos respectivos dados pessoais, e as finalidades correspondentes, sempre de modo *claro e preciso*, sem dubiedades, *“seja por um aviso de privacidade ou por uma política de privacidade, mas é indispensável haver essa informação aos titulares dos dados pessoais”*.⁶²

Já se percebem também esforços de concreção do princípio da transparência no tratamento de dados pessoais em favor de trabalhadores que não sejam necessariamente empregados (CLT, arts. 2º e 3º), como, p. ex., trabalhadores por

61 Nesse sentido, a propósito, o Grupo de Trabalho da União Europeia sobre a proteção de dados pessoais registrou, no ano de 2014 (e a propósito da Diretiva 95/46/CE), o seu convencimento de que, como regra geral, *“a utilização de dados biométricos por exigências gerais de segurança de bens ou de pessoas [p. ex., videovigilância em agências bancárias] é considerada um interesse legítimo [do controlador] sobre o qual prevalecem os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa. Por outro lado, dados biométricos como a impressão digital e/ou o reconhecimento da íris podem ser utilizados para garantir a segurança de um local de alto risco, como um laboratório que esteja a investigar vírus perigosos, desde que o responsável pelo tratamento tenha apresentado provas concretas da existência de um risco considerável”* (. Cf. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Parecer...**, p. 68-69); e nesse caso, claro, independentemente do consentimento prévio do titular. Cf. ainda CARLOTO, Selma; ALMIRÃO, Mariana. **Lei...**, p. 63.

62 CARLOTO, Selma; ALMIRÃO, Mariana. **Lei...**, p. 44.

aplicativos.⁶³ Cite-se, como exemplo, o Projeto de Lei n. 3.748/2020, da Deputada Tábata do Amaral (PSB-SP), que *“institui e dispõe sobre o regime de trabalho sob demanda”*. Nos termos do seu artigo 6º, *“[a]s regras para fixação do valor a ser pago para o trabalhador por serviço devem ser claras e estar disponíveis para os trabalhadores, órgãos de fiscalização, sindicatos e entidades associativas de trabalhadores”*. Da mesma maneira, pelo texto do projeto (art. 6º, §1º), *“[a] plataforma deve disponibilizar aos trabalhadores e órgãos de fiscalização extrato discriminando, para cada serviço realizado, o tempo efetivo de prestação do serviço, o valor cobrado do cliente, promoções e descontos aplicados, o valor pago ao trabalhador, gorjetas pagas pelo cliente e outros dados relevantes para o cálculo da remuneração”*. Eis a “alma” do princípio da transparência: para além da própria informação, os predicamentos da clareza e da precisão.

No plano externo, ademais, há importantes lições registradas ao longo dos *consideranda* da GDPR, que merecem menção nesse momento analítico. No item n. 39 das considerações de abertura, p. ex., pontifica-se que, pelo princípio da transparência (*“principle of transparency”*), as informações relacionadas com o tratamento de dados pessoais devem ser de fácil acesso e compreensão, formuladas em uma linguagem clara e simples, além de abranger, entre outras coisas, a identidade do responsável por aquele tratamento e as respectivas finalidades⁶⁴ Adiante, no item n. 58, registra-se que,

63 Abstraindo-se, aqui, o complexo debate da subordinação algorítmica (que reconhecemos) e da possibilidade de formação de vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador *on demand* e a empresa de aplicativo (que igualmente admitimos, embora não entendamos que sempre se verifique, em caráter “necessário”; ao revés, compreendemos que se devam avaliar as circunstâncias de cada caso concreto: características do aplicativo e do “modelo de negócios”, não-eventualidade da prestação, níveis de pessoalidade etc.). Em razão dessa franca possibilidade, aliás, foi de imensa infelicidade o parágrafo único do artigo 1º do PL 3.748/2020, pelo qual “[a]os trabalhadores em regime de trabalho sob demanda não se aplicam as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”: aplicar-se-ão, por óbvio, se estiverem concretamente presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT (sob pena de agressão ao princípio constitucional da isonomia). A esse respeito, para a nossa opinião, recomendamos a leitura de outro estudo: FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. (Re)descobrimo o Direito do Trabalho: *Gig economy*, uberização do trabalho e outras reflexões. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (coord.). **Infoproletários e a uberização do trabalho**: Direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTr, 2019, *passim*. V. ainda, de modo mais geral (e para uma competente rescensão bibliográfica do tema), FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. **On demand**: Trabalho sob demanda em plataformas digitais. Belo Horizonte: Arraes, 2020, *passim*.

64 *In verbis*: “(39) Any processing of personal data should be lawful and fair. It should be transparent to natural persons that personal data concerning them are collected, used, consulted or otherwise processed and to what extent the personal data are or will be processed. The principle of transparency requires that any information and communication relating to the processing of those personal data be easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language be used. That principle concerns, in particular, information to the data subjects on the identity of the controller and the purposes of the processing and further information to ensure fair and transparent processing in respect of the natural persons concerned and their right to obtain confirmation and communication of personal data concerning them which are being processed. Natural persons should be made aware of risks, rules, safeguards and rights in relation to the processing of personal data and how to exercise their rights in relation to such processing. In particular, the specific purposes for which

também por força do princípio da transparência (agora também na perspectiva do direito difuso à informação), “qualquer informação destinada ao público ou ao titular dos dados seja concisa, de fácil acesso e compreensão, bem como formulada numa linguagem clara e simples, e que se recorra adicionalmente, quando for apropriado, a recursos visuais”,⁶⁵ sendo certo que, para o público em geral, tais informações poderão inclusive ser fornecidas por meio eletrônico (e.g., por um sítio na Internet).⁶⁶ No item n. 78, lê-se que a proteção de dados “by design” e “by default” deve incluir a minimização do tratamento de dados pessoais, a pseudonimização desses dados o quanto cedo possível,⁶⁷ a possibilidade de monitoramento por parte do titular de dados, a possibilidade de criação e incremento de soluções de segurança por parte do controlador de dados e, no que interessa a esta subseção, “a transparência no que toca às funções e ao tratamento de dados pessoais”.⁶⁸ E, por fim, no item n. 100, consigna-se que, a fim de reforçar a

.....
personal data are processed should be explicit and legitimate and determined at the time of the collection of the personal data. The personal data should be adequate, relevant and limited to what is necessary for the purposes for which they are processed. This requires, in particular, ensuring that the period for which the personal data are stored is limited to a strict minimum. Personal data should be processed only if the purpose of the processing could not reasonably be fulfilled by other means. In order to ensure that the personal data are not kept longer than necessary, time limits should be established by the controller for erasure or for a periodic review. Every reasonable step should be taken to ensure that personal data which are inaccurate are rectified or deleted. Personal data should be processed in a manner that ensures appropriate security and confidentiality of the personal data, including for preventing unauthorized access to or use of personal data and the equipment used for the processing”.

65 *In verbis: “(58) The principle of transparency requires that any information addressed to the public or to the data subject be concise, easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language and, additionally, where appropriate, visualization be used. Such information could be provided in electronic form, for example, when addressed to the public, through a website. This is of particular relevance in situations where the proliferation of actors and the technological complexity of practice make it difficult for the data subject to know and understand whether, by whom and for what purpose personal data relating to him or her are being collected, such as in the case of online advertising. Given that children merit specific protection, any information and communication, where processing is addressed to a child, should be in such a clear and plain language that the child can easily understand”.*

66 P. ex., no caso de publicidade digital, em que a multiplicidade de operadores e a complexidade tecnológica das práticas dificultam sobremodo o conhecimento, por parte do titular de dados, do fato mesmo da coleta de seus dados pessoais, como também da identidade do coletor e da finalidade de tal coleta.

67 A “pseudonimização”, diversamente da anonimização, admite um processo de reversão identificatória, por meio de informações adicionais que o controlador mantém em ambiente separado e seguro. Está prevista, entre nós, no art. 13, §4º, da LGPD (em relação aos estudos em saúde pública por órgãos de pesquisa devidamente habilitados): “Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro”.

68 *In verbis: “(78) The protection of the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of personal data require that appropriate technical and organizational measures be taken to ensure that the requirements of this Regulation are met. In order to be able to demonstrate compliance with this Regulation, the controller should adopt internal policies and implement measures which meet in*

transparência e o cumprimento do GDPR, os Estados-membros devem encorajar a criação/implementação de procedimentos de certificação e de selos de qualidade para a proteção de dados pessoais, de modo a permitir que os titulares de dados possam avaliar com rapidez o nível de tutela informacional disponível para aquele determinado produto ou serviço⁶⁹ (como, e.g., a ISO 27701).

Já no texto regulamentar propriamente dito, o artigo 5º, 1, do GDPR dispõe que os dados pessoais devem ser tratados com juridicidade (“*lawfulness*”),⁷⁰ boa-fé (“*fairness*”) e de um modo transparente em relação ao titular de dados (“*in a transparent manner in relation to the data subject*”). Adiante, o art. 12 dispõe que o controlador deve tomar as medidas adequadas para fornecer as informações a que se referem os artigos 13 e 14 e proceder às comunicações dos artigos 15 a 22 e 34, em todo caso “*de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças*”; e, para mais, dita que tais informações deverão ser prestadas por escrito ou por outros meios quaisquer, inclusive eletrônicos, sendo certo que, inclusive, “*a informação pode ser prestada oralmente, desde que a identidade do titular seja comprovada por outros meios*”.⁷¹

Nessa mesma ordem de ideias, mas com aplicações bem mais diversas e extensas – a revelar, também aqui, a tendência de ampliação horizontal do manto principiológico do direito à proteção de dados (algo natural, insista-se, se se entende que a norma-princípio é um “*Optmierunggebot*”) –, veem-se já, no panorama regulatório mundial, claros desdobramentos do princípio da transparência informacional no âmbito das relações de trabalho “*in genere*” (e, logo, não apenas em relações de trabalho

.....
particular the principles of data protection by design and data protection by default. Such measures could consist, inter alia, of minimizing the processing of personal data, pseudonymizing personal data as soon as possible, transparency with regard to the functions and processing of personal data, enabling the data subject to monitor the data processing, enabling the controller to create and improve security features. When developing, designing, selecting and using applications, services and products that are based on the processing of personal data or process personal data to fulfil their task, producers of the products, services and applications should be encouraged to take into account the right to data protection when developing and designing such products, services and applications and, with due regard to the state of the art, to make sure that controllers and processors are able to fulfil their data protection obligations. The principles of data protection by design and by default should also be taken into consideration in the context of public tenders”.

69 *In verbis: “(100) In order to enhance transparency and compliance with this Regulation, the establishment of certification mechanisms and data protection seals and marks should be encouraged, allowing data subjects to quickly assess the level of data protection of relevant products and services”.*

70 Ou – o que teria igual significado – “legalidade” em sentido material.

71 *In verbis: “1. The controller shall take appropriate measures to provide any information referred to in Articles 13 and 14 and any communication under Articles 15 to 22 and 34 relating to processing to the data subject in a concise, transparent, intelligible and easily accessible form, using clear and plain language, in particular for any information addressed specifically to a child. The information shall be provided in writing, or by other means, including, where appropriate, by electronic means. When requested by the data subject, the information may be provided orally, provided that the identity of the data subject is proven by other means”.*

subordinado). Em 2018, com efeito, a Organização Internacional do Trabalho divulgou o relatório *“Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world”*,⁷² em que sugeria, relativamente aos trabalhadores sujeitos às novas modalidades contratuais da *gig economy* – e, em particular, os trabalhadores em *crowdsourcing* (por microtarefas virtuais)⁷³ –, a garantia dos seguintes direitos mínimos (entre outros):

(a) o direito de não serem incorretamente classificados como trabalhadores por conta própria (autônomos), se são, na prática, trabalhadores por conta de outrem;

(b) o direito de receber, em moeda real, o valor total pelo qual os clientes são faturados, sendo certo que, a reboque desse direito, todas as taxas e os métodos de cálculo devem ser indicados de forma transparente, aos trabalhadores e aos clientes no momento do pagamento (= *transparência remuneratória*);⁷⁴

(c) o direito a que as condições da plataforma, nomeadamente no que respeita ao pagamento, à avaliação do trabalho e à resolução de litígios, sejam apresentadas ao trabalhador num formato legível por seres humanos (e não em “linguagem de máquina”), com clareza e concisão (= *transparência cognitiva*);⁷⁵

(d) o direito de serem informados dos motivos das avaliações negativas emitidas pelos consumidores (= *transparência informativa*) – inclusive para eventual exercício do direito

72 BERG, Janine; FURRER, Marianne; HARMON, Ellie; RANI, Uma; SILBERMAN, M. Six. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: Promover o trabalho digno no mundo digital. Genebra: Bureau Internacional do Trabalho, 2018, p. 105 e ss. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf . Acesso em: 13.2.2021. Para a pesquisa, foram realizadas, em 2015 e 2017, dois inquéritos que abrangeram 3 500 pessoas residentes em setenta e cinco países e que trabalhavam em cinco grandes plataformas de microtarefas com escala global; tais inquéritos foram depois complementados com entrevistas de fundo e outros inquéritos qualitativos realizados por investigadores do IG Metall (Alemanha). O Houve republicações do relatório em 2019 e 2020.

73 Com conclusões obviamente extensíveis, sem maiores dificuldades, aos trabalhadores *on demand* (por aplicativos digitais de serviços e afins).

74 Aqui, com acréscimos nossos em relação ao texto original do relatório da OIT.

75 Quanto a isso, aliás, a OIT observou que, *“mutatis mutandis”*, a Creative Commons desenvolveu versões “legíveis por humanos” das suas licenças de propriedade intelectual. Da mesma maneira, as empresas de aplicativos deveriam facultar aos trabalhadores versões legíveis por humanos das condições de serviço da plataforma.

fundamental à resposta ou ao contraditório⁷⁶ –, bem como o direito de que as respectivas avaliações e classificações não se baseiem em estatísticas de pagamento (i.e., se a recusa de pagamento pelo consumidor for permitida, os índices individuais de pagamento ou de não pagamento não devem se prestar à avaliação do trabalho ou do trabalhador);⁷⁷ e

(e) o direito de visualizarem e exportarem, a qualquer momento, um histórico completo das tarefas executadas e dos seus dados “reputacionais”, sempre em um formato concomitantemente legível por humanos e máquinas (= *transparência comunicativa*).

Compreendemos que, no caso brasileiro, diversas dessas dimensões e concreções do princípio da transparência no tratamento de dados – a rigor, praticamente todas elas – arrancam *diretamente* das normas-princípios do art. 5º, LXXIX, da CRFB, e do art. 6º, VI, da LGPD (ainda que não estejam expressas no texto legal); e, já por isso, são imediatamente “judiciáveis” (i.e., sindicáveis em juízo), podendo ser desde logo levadas às barras dos tribunais, independentemente de regulamentações prévias da ANPD⁷⁸ (v. art. 55-J, XIII). Nesse sentido, um trabalhador *on demand* já poderia exigir da plataforma a que está vinculado, neste exato momento, em juízo ou fora dele, informações claras e precisas sobre como as avaliações pessoais dos clientes a respeito de seus serviços estão sendo tratadas e de que modo estão impactando ou poderão vir a impactar em sua relação contratual com a plataforma (= transparência informativa). Em as reclamando em juízo, haveria de fazê-lo na Justiça do Trabalho, à vista do que dispõe o art. 114, I, da CRFB (que desde a EC 45/2004 atribui àquele ramo especializado a competência

76 Sobre a aplicabilidade, às relações entre empregador e empregado (ou, neste caso, entre trabalhador e plataforma), da cláusula do devido processo (“*due process of law*”) – de que o contraditório é uma das garantias (no campo judicial e, a depender do caso, também fora dele) –, v., por todos, VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego: contraditório e motivação - poder disciplinar e cessação do contrato de trabalho**. 2018. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018, *passim*. Compusemos, com muita honra, a banca examinadora.

77 Como bem pondera o relatório, “[n]ão se pode partir do princípio de que os clientes só recusam o pagamento quando o trabalho não é utilizável; os clientes utilizam processos imperfeitos de controle da qualidade e, às vezes, recusam o pagamento como uma estratégia de redução de custos”. Nesse caso, há mesmo uma extensão parcial aos trabalhadores da *gig economy*, justa e devidamente, do chamado “princípio da alteridade”, pelo qual os riscos da atividade econômica devem ser assumidos pelo empresário, não pelo trabalhador (v. CLT, art. 2º, *caput*).

78 Que, a virem, serão obviamente bem-vindas, por partirem do agente público que deve fazer, por excelência, a mediação concretizadora das normas-princípios do art. 6º da LGPD: a própria ANPD (arts. 55-A a 55-L), não o Poder Judiciário. Sobre mediações concretizadoras de princípios, v., por todos. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, p. 1086.

material para processar e julgar os litígios decorrentes das *relações de trabalho*, e já não apenas das relações de emprego).⁷⁹

Em litígios dessa natureza, a grande dificuldade será, às mais das vezes, identificar a tênue linha divisória entre a satisfação do direito à informação, pela via do princípio da transparência, e a salvaguarda dos segredos comerciais ou industriais da empresa (LGPD, art. 6º, VI, *in fine*). Dá-se, por assim dizer, uma *superposição de esferas excêntricas da privacidade*:⁸⁰ por uma lado, as esferas da privacidade (*“stricto sensu”*), da intimidade e até do segredo (mais raramente) que têm como centro subjetivo o trabalhador; por outro, a esfera da intimidade – a intermediária – que tem como centro subjetivo o empregador.⁸¹ Resolver *“de meritis”* tais lides exigirá do magistrado, ainda aqui, o manejo do princípio da proporcionalidade, já não na perspectiva que vínhamos de abordar (subseção 4.2) – da proporcionalidade *no tratamento de dados “a se”* (finalidade, adequação, necessidade) –, mas na perspectiva mais geral, do princípio constitucional e instrumental da proporcionalidade (quase como um *sobreprincípio*), que se entrelaça com as demais normas-princípios e permite definir, nos casos

79 Trata-se, evidentemente, do nosso entendimento pessoal. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – que detém a competência constitucional para dirimir os conflitos negativos e positivos de competência entre a Justiça do Trabalho e os outros ramos do Poder Judiciário (CRFB, art. 105, I, “d”) –, encontram-se já precedentes não qualificados que parecem sinalizar no sentido oposto, da competência material das justiças estaduais, ao argumento subjacente de que entre a empresa de plataforma e o trabalhador não haveria sequer “relação de trabalho” (antes mesmo, portanto, de se discutir se haveria ou não relação de emprego). V., e.g., STJ, CC 164.544, 2ª Seção, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 28.8.2019. A entendimentos desse gênero, a propósito, temos nos referido, em cursos e palestras, como a via do “negacionismo absoluto” (de modo evidentemente provocativo): o trabalhador de aplicativo, a rigor, não seria sequer “trabalhador”, mas – na irônica expressão de Byung-Chul Han – “empresário de si mesmo” (v. HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Giachini. São Paulo: Vozes, 2015, *passim*; ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020, *passim*). Existem ainda, em paralelo, outars três “vias” que temos apontado: a via do “negacionismo relativo” (em que se reconhece a competência material da Justiça do Trabalho, mas não a possibilidade mesma da relação de emprego: v., e.g., TST, RR 10575-88.2019.5.03.0003, 4ª T., rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, j. 9.9.2020); a via da equiparação *“tout court”* (v., e.g., na Espanha, STS, Sala IV, j. 23.9.2020, envolvendo a Glovo, a Deliverro e a Uber Eates; na Itália, a Sentenza n. 3570/2020 (Palermo), pubbl. il 24/11/2020, em relação à Foodinho S.R.L.; ou, no Brasil, e.g., TRT 3, RORSum 0010761-96.2019.5.03.0008, rel. Des. Maria Cecília Alves Pinto, em relação à IFood); e, de resto, as vias das chamadas “soluções intermediárias” (como, p. ex., a da Califórnia, com a *Proposition 22* e a conseqüente *AB-5*, e da da Inglaterra, equiparando motoristas de aplicativos a *workers*, que, na dogmática britânica, compõem uma classe intermediária entre os *employees* e os *self-employed persons*; v. UK Supreme Court, *Uber BV and others v. Aslam and Farrar*, Lord G. Legatt, 19.2.2021).

80 Dizemos “excêntrico”, aqui, como antônimo de “concêntrico”. Sobre os círculos concêntricos da proteção da privacidade, v., por todos, HENKEL, Heinrich. *Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indeskription*. 42. Deutschen Juristentages (Düsseldorf, 1957). In: **Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages**. Band II, Teil D, Erste Abteilung, Tübingen, 1958, p. 80 e ss.

81 Inclusive porque a inviolabilidade constitucional da intimidade e da vida privada também pode favorecer a pessoa jurídica e o ente despersonalizado, a depender do aspecto da privacidade que esteja em conflito. Veja-se ainda, sobre as esferas concêntricas da privacidade (*“lato sensu”*) e seus conteúdos, uma vez mais, a subseção 1.2.

concretos, quais interesses devem prevalecer. Em síntese, “*hard cases*”.⁸² Difíceis, sim; mas solúveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela da privacidade na sociedade de informação já não se limita à proteção do indivíduo, nas suas esferas concêntricas da vida privada, da intimidade e do segredo, contra intromissões indevidas do Estado e de terceiros. Para além disso, protege-o nos mais diversos cenários, dinâmicos e desconhecidos, que se expandem e complexificam conforme o avanço do estado da técnica, relevando novas e maiores vulnerabilidades. No século XXI, os dados pessoais transformam-se em *commodities* e, porque traduzem atributos personalíssimos da pessoa natural, precisam ser especialmente protegidos, resguardando-se os direitos e liberdades individuais em contextos tão novos quanto desafiadores: o sigilo de comunicações telemáticas, as potencialidades e riscos da biometria, a integridade do patrimônio e da identidade genética, os vieses discriminatórios de base inumana etc. As novas vulnerabilidades, ademais, ganham expressão e profundidade quando se somatizam as subalternidades, como se dá nas relações de emprego: os empregados hipersubordinam-se, confiando aos empregadores os seus dados pessoais e a eles se sujeitando já não apenas na

82 Em termos singelos, “*hard cases*” são casos litigiosos concretos para os quais a solução não aparece claramente delineada nas legislações (especialmente para países de *civil law*) e/ou nos precedentes (especialmente para países de *common law*), o que sugeriria, para os adeptos da teoria positivista da adjudicação (refutada por Dworkin), que os juízes poderiam decidir com base em sua discricionariedade jurídica. V., por todos, DWORKIN, Ronald. *Hard cases*. **Harvard Law Review**, vol. 88, n. 6, Apr. 1975, p. 1057-1109. Ainda a propósito, na crítica a qualquer possibilidade de “discricionariedade judicial” para o julgamento de “*hard cases*”, v. GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (coord.). **Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, *passim*; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, *passim*. De nossa parte, entendemos, com Cappelletti e outros, que “*um bom Juiz será, propriamente, aquele que se demonstre consciente, a um só tempo, dos limites e das intrínsecas fraquezas, mas, ainda, da única força da criação judiciária do Direito, força esta que consiste, sobretudo, [...] na conexão com os casos e problema concretos e com as partes que os personificam; e, pois, no caráter participativo da função jurisdicional [...]. O bom juiz, assim consciente dos limites, mas também das potencialidades da sua função, será sensível às circunstâncias que lhe permitam conciliar um prudente restraint em certos casos, com um corajoso ativismo noutros casos*” (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. I, p. 19-20). Noutras palavras, compreendemos que os juízes têm, sim, *alguma* discricionariedade judicial, especialmente quando estão diante de textos normativos abertos (de que arrancam conceitos jurídicos indeterminados, normas-princípios etc.), limitada pelo dever constitucional de motivar e pela proibição geral dos julgamentos por equidade; mas, ainda assim, há margens de discricção, em que o magistrado efetivamente “cria” para além do que já criou o legislador; e entendemos, mais, que isso é absolutamente natural nos Estados democráticos (v. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, p. 575 e ss., sobre o paradigma do “juiz construtivo”). V. ainda, a propósito, HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, *passim*.

relação empregado/empregador, mas na relação titular/controlador.

No mundo digital, com efeito, os fetichismos capitalistas abstratizam-se como nunca, tornando-se praticamente “metafetiches”. Se ao longo dos últimos três séculos os processos produtivos autonomizaram-se e “normalizaram” as relações sociais pela sua própria régua, de modo que as relações passaram a ser percebidas a partir das coisas e não das próprias pessoas, os ambientes digitais do século XXI permitem que se crie valor de troca autônomo para novas “coisas” que, a rigor, sequer existem no mundo tridimensional. São, por assim dizer, “coisas” virtuais que representam coisas reais (essas já fetichizadas nas relações de mercado ordinárias): comandos binomiais – algoritmos – que, a rigor, representam mercadorias (e.g., os códigos de barras), representam dinheiros (e.g., as criptomoedas) e, mais recentemente, representam até mesmo pessoas (e.g., os avatares do metaverso) e/ou os seus atributos personalíssimos (e eis que voltam à pauta os dados pessoais). E, bem se sabe, “mercadoria”, “moeda” e “pessoa” já eram, por si só, expressões do fetichismo capitalista, que agora se “refetichizam”.

Essas novas vulnerabilidades, ademais, ganham expressão e profundidade quando se somatizam as subalternidades, como revelaram, em nosso tempo, as relações de consumo ou, muito particularmente – e mais uma vez –, as relações de trabalho. Isso porque, tal como se deu nos albores da legislação trabalhista, a norma jurídica que deveria libertar os indivíduos e as coletividades simplesmente não é capaz de fazê-lo sem, antes, legitimar a opressão factualmente preestabelecida. O Direito do Trabalho apenas logrou estabelecer limites para o poder hierárquico patronal porque, antes, reconheceu-o e o autorizou (e tal reconhecimento plasmou-se, no discurso dogmático, como um conceito definidor das próprias relações de trabalho típicas: “subordinação jurídica”). Agora, é o “direito digital” – se é que já podemos tratá-lo assim, com essa autonomia categorial – o prestidigitador da vez: no marco normativo da proteção de dados, ele legitima o poder de fato amealhado por quem detém, à frente das empresas e organizações, o domínio das estruturas e dos procedimentos necessários para o tratamento dos dados pessoais (que, repise-se, nasce, como atividade organizada de valor agregado, com a própria empresa capitalista, muito antes de se “digitalizar”). Eis a figura do controlador de dados (“*data controller*”), reconhecida e institucionalizada. A partir disso, busca-se estabelecer limites, condições e responsabilidades; mas, nada obstante, legalizou-se a subalternidade. O direito fundamental à titularidade dos dados pessoais é, por assim dizer, um direito “tutelado”, eis que necessariamente mediado por quem, detendo estrutura e procedimento, é capaz de captá-los e tratá-los para as mais diversas finalidades (“*sein*”); e, mais do que isso, *pode* fazê-lo (“*sollen*”).

Daqui porque, no cerne dessa nova realidade híbrida – a um tempo,

tridimensional e digital –, a LGPD deve ser interpretada/aplicada a partir de um marco valorativo humanista, assentado em seus fundamentos (art. 2º) e sobretudo em seus princípios (art. 6º), que, já por isso, **(i)** desafiam desdobramentos semânticos mais atentos e sensíveis, que reconheçam o papel instrumental (e não finalístico) das tecnologias; e **(ii)** têm proeminência em relação aos restantes dispositivos da LGPD e da legislação correlata, na plenitude de suas funções normativo-deontológica, hermenêutica, integrativa, normogenética (em relação ao legislador e à própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados) e, no que couber, derogatória.

Impende reconhecer, ademais, que a LGPD tem natureza de *estatuto*, à maneira de outros diplomas legislativos brasileiros contemporâneos (o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Cidade etc.), o que a distingue pela sua *sólida ancoragem constitucional* (notadamente a partir da EC 115/2022), pela sua *transcendência normativa subordinante* (de modo que as demais leis e regulamentos sobre proteção de dados devem ser “lidas” a partir dela – como, antes ainda, a partir do próprio art. 5º, X e LXXIX, da Constituição –, e não o contrário), pela *especial natureza tuitiva* (tutela de direitos e liberdades individuais que, nada obstante, realiza-se como proteção difusa e intergeracional) e pela *atual e potencial transversalidade* (dialogando com outras fontes formais do campo jurídico-tuitivo e, em particular, com a CLT e a legislação trabalhista).

No Direito do Trabalho, enfim, os princípios do art. 6º da LGPD ganham especial densidade, incrementada pela interação com o princípio da proteção, de modo que, em razão das preditas subalternidades somatizadas, a proteção de dados pessoais do empregado torna-se mais abrangente (= inflexão horizontal) e mais consistente (= inflexão vertical) do que tende a ser, em geral, a proteção de dados reservada às demais pessoas naturais.

Eis o que se espera, com algum otimismo, para os anos vindouros de consolidação normativa, pelos caminhos regulatórios administrativos, como também – e sobretudo – pelas veredas judiciárias. Os castelos jurídicos só têm razão de ser, do ponto de vista ético, se puderem dar aposentos à dignidade do ser. E ainda que isso soe ingênuo em muitos sentidos e visões, não pode haver direção diversa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Berbal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios), 2004.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: O novo proletariado de serviços na era digital. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BERG, Janine; FURRER, Marianne; HARMON, Ellie; RANI, Uma; SILBERMAN, M. Six. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: Promover o trabalho digno no mundo digital. Genebra: *Bureau* Internacional do Trabalho, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf . Acesso em: 13.2.2021.

BERTOLLI, Emilia. 56 estatísticas de violação de dados para 2019. **Varonis** (Inside Out Security), 5.4.2019. Disponível em: <https://www.varonis.com/pt-br/blog/56-estatisticas-de-violacao-de-dados-para-2019>. Acesso em: 31.1.2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. I.

CARLOTO, Selma; ALMIRÃO, Mariana. **Lei Geral de Proteção de Dados comentada**: Com enfoque nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2021

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. O direito à proteção de dados e a tutela da autodeterminação informativa. **Consultor Jurídico**, 28.6.2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protecao-dados-tutela-autodeterminacao-informativa#_ftn3. Acesso em: 30.6.2020.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 719-860. Na apresentação metódica desses paradigmas, o grande civilista português refere-se aos “tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis”.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, Apr. 1975.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo: Tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”**. São Paulo: LTr, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. (Re) descobrindo o Direito do Trabalho: *Gig economy*, uberização do trabalho e outras reflexões. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (coord.). **Infoproletários e a uberização do trabalho: Direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades**. São Paulo: LTr, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. **On demand: Trabalho sob demanda em plataformas digitais**. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

FROMM, Erich. **The art of being**. London: Bloomsbury Publishing, 1992.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (coord.). **Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Parecer 06/2014 (WP 217) sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento de dados na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE**. Direção-Geral da Justiça da Comissão Europeia, 9.4.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95. Acesso em 13.2.2022.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Giachini. São Paulo: Vozes, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HENKEL, Heinrich. Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indeskription. 42. Deutschen Juristentages (Düsseldorf, 1957). In: **Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages**. Band II, Teil D, Erste Abteilung, Tübingen, 1958.

ISERHARD, Antônio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: Contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 23, 2003.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 870, abr. 2008.

LYON, David. **Postmodernity**. Buckingham: Open University, 1999.

MARTINA JR., Wallace Paiva. **Transparência administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS. Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Dignidade humana. Livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física e igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016. v. I.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: A história de um conceito. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, vol. 25, n. 4, out./dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel. *Habeas Data* e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 12, n. 39, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v12i39.655>. Acesso em: 10.1.2020.

MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa. **Migalhas**. Migalhas de Proteção de Dados, 30.10.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origens-alemas->

e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa. Acesso em: 15.10.2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito à autodeterminação informativa sob a perspectiva das instituições**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paula. O direito fundamental à autodeterminação informativa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>. Acesso em: 7.3.2021.

NETAPP. **Worldwide Data Privacy Regulations Compared** (eBook). Disponível em: <https://content.cloud.netapp.com/s/fe7d1028>. Acesso em 2.2.2022.

NIETO, Alejandro. Prólogo. In: MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. **Postmodernidad y derecho público**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

POLLAK, Christiana. **Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Osterreichischen Verfassungsgerichtshofs**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991.

SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen. STARCK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 2.

SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Leonardo Martins (org.). Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Nota do Tradutor. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos**

Fundamentais. Trad. Luís Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, abr. 2002. n. 798.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - Decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de Direito Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego: contraditório e motivação - poder disciplinar e cessação do contrato de trabalho.** 2018. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.