

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Luciana de Aboim Machado; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-421-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito do trabalho. 3. Meio ambiente do trabalho. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o IV Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 09, 10, 11, 12 e 13 de novembro de 2021, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema principal “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito do trabalho, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Os primeiros artigos possuem uma abordagem mais histórica. O primeiro deles, com o título “A Revolução 4.0 e as novas concepções de trabalho”, trouxe em seu escopo demonstrar as consequências da quarta revolução industrial e o modo como ela impactou as relações de trabalho, além da análise do modo como o século XXI inseriu novas tecnologias ao modo de produção. O segundo artigo objetivou demonstrar que a reforma trabalhista interrompeu o itinerário histórico de proteção do Direito do Trabalho (“Algumas alternativas para a retomada do itinerário histórico de proteção do Direito do Trabalho”). Em seguida vislumbra-se o artigo intitulado “Meio Ambiente do Trabalho Sustentável e sua relação com as multidimensões da sustentabilidade” que analisa o meio ambiente do trabalho com enfoque nas multidimensões da sustentabilidade e os desafios existentes para sua proteção.

Em seguida observa-se uma sequência de artigos que abordam temas relacionados à tecnologia. Com o escopo de apresentar o quão prejudicial a parassubordinação é para o conceito de alteridade nas relações de trabalho, que já não eram equânimes tem-se o artigo “Subordinação e Alteridade no Direito do Trabalho sob a luz das novas tecnologias”. O artigo “Direito à desconexão: avaliação do avanço das tecnologias da informação e comunicação no mundo do trabalho” estuda sobre o problema da disponibilidade permanente para o trabalho, facilitada pelo uso das novas tecnologias da informação e comunicação

(TICs), com ênfase nos trabalhadores em regime de teletrabalho nos seus domicílios. Na minha linha foi apresentado o artigo “Direito à desconexão e soberania temporal nos trabalhos digitais: considerações a partir de um paralelo normativo entre Brasil e França”

Em “A Gig Economy no curso da crise sanitária: as relações de trabalho no contexto das plataformas digitais” os autores relacionaram direito e economia e o emprego das ferramentas de tecnologias de acordo com o valor social do trabalho. O artigo “Direito do Trabalho e Smart Cities: a proteção ao trabalho em face da automação decorrente dos avanços da tecnologia” dispõe sobre como os poderes públicos e o Estado não podem manter-se inertes diante da evolução que reflete em outras graves questões como pobreza, fome e miséria extremas. Analisando e discutindo a utilização de tecnologia no processo judicial trabalhista, particularmente nas audiências telepresenciais tem-se o artigo “Tecnologia e Processo Trabalhista na sociedade da informação: aspectos positivos e negativos da audiência judicial telepresencial”. Com a finalidade de discutir o direito à desconexão dos trabalhadores que prestam serviço por meio de plataformas digitais vislumbra-se o artigo “O direito à desconexão nas plataformas digitais e a dignidade humana do trabalhador”.

Ainda em voga, duas abordagens da Covid-19 nos trabalhos: “Teletrabalho e Covid-19: desafios e perspectivas para o mundo do trabalho” e “Repercussões da pandemia do Covid-19 no teletrabalho brasileiro”.

Estudo sobre a escravidão foi feito no artigo “Da definição da escravidão e acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos à luz do caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil”. Com o objetivo de discutir a caracterização do trabalho escravo contemporâneo, as condições de trabalho dos garimpeiros e a utilização daqueles tem-se “a remodelação da escravidão nos garimpos do estado do Pará pela utilização de instrumentos estatais”. Em “Os direitos humanos da mulher trabalhadora imigrante refugiada no Brasil sob a perspectiva das empresas transnacionais” os autores abordam a ligação entre trabalho, economia e as empresas transnacionais frente à absorção da força de trabalho das mulheres refugiadas como meio efetivador dos direitos humanos, trazendo a discussão quanto ao existente tráfico de mulheres refugiadas no exercício de trabalhos degradantes ou análogo à escravo.

Com o objetivo analisar o ensino superior nas entidades privadas e os impactos que a mudança para o meio virtual acarretou aos direitos da personalidade dos professores, tais como o direito à imagem, à privacidade, e à liberdade de cátedra tem-se o artigo “Precarização da Docência: os direitos da personalidade frente ao trabalho remoto”. Em “A mercantilização do ensino superior e a relação precarizada de trabalho do professor” foram

apresentadas as mudanças na relação laboral docente em decorrência da entrada dos grandes grupos educacionais ao mercado da educação advindos do capitalismo do século XXI.

Dentre outros pontos, foram analisados se os instrumentos jurídicos que regulamentam a tipologia jurídica do contrato de associação são respeitados no artigo intitulado “Uma possível precarização dos direitos trabalhistas, sob a ótica do advogado associado, nos limites da Seccional da Bahia”. Com o escopo de compreender de que forma a globalização do direito aumenta a vulnerabilidade jurídica dos trabalhadores migrantes, com ênfase nos que atuam no ciclo produtivo das empresas tercerizadoras de serviço tem-se “Terceirização e a (des)cidadania dos trabalhadores migrantes: um estudo da emergência globalizada de vulnerabilidades interseccionais”.

Com a difícil tarefa de explicar a relação íntima que a nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais tem sobre as relações laborais no ambiente de trabalho pode-se vislumbrar “A Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho – uma análise aos efeitos decorrentes da circulação de dados pessoais no ambiente laboral”. E, em “O sistema de responsabilidade civil do empregador por violação de dados do empregado” analisa-se a relação entre a privacidade e a proteção de dados dentro do contrato de trabalho, os aspectos legais e a definição do sistema apropriado para a imputação da responsabilidade.

Com tema bastante inovador de uso de plataformas digitais observa-se três artigos, quais sejam: “Novas formas de subordinação do trabalhador da economia do compartilhamento: uma análise crítica de decisões do Tribunal Superior do Trabalho”, “As condições de trabalho dos motoristas profissionais de acordo com a Lei 13.103/2015: uma análise qualitativa sobre o perfil do caminhoneiro no Brasil” e “O trabalhador por aplicativo e o vínculo empregatício”.

Por fim, temos o artigo com o título “Competência de jurisdição sobre o trabalho artístico infantil” que cuida do impacto do trabalho artístico infantil no desenvolvimento pessoal e social dos menores de 18 anos que se sujeitam a realizá-lo e, em “Resíduos domiciliares e a Súmula 448 do Tribunal Superior do Trabalho” a temática assume relevância ao englobar os requisitos para a concessão de adicional de insalubridade para trabalhadores que manejam diretamente os resíduos domiciliares.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Luciana de Aboim Machado

Universidade Federal de Sergipe

Yuri Nathan da Costa Lannes

Universidade Presbiteriana Mackenzie

**O SISTEMA DE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR
VIOLAÇÃO DE DADOS DO EMPREGADO**

**THE EMPLOYER'S CIVIL LIABILITY SYSTEM FOR BREACH OF EMPLOYEE
DATA**

Otávio Bruno da Silva Ferreira ¹

Resumo

A utilização da tecnologia aumenta os riscos de obtenção de dados sem o consentimento do titular. Por isso, indaga-se: qual o sistema de responsabilidade aplicável quando o empregador não protege os dados de seus empregados? Para tanto, analisa-se a relação entre a privacidade e a proteção de dados dentro do contrato de trabalho, os aspectos legais e a definição do sistema apropriado para a imputação da responsabilidade. A partir de estudo sob o método dedutivo, de abordagem qualitativa, do tipo exploratório, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico, conclui-se que a responsabilidade subjetiva é adequada ao caso.

Palavras-chave: Contrato de trabalho, Proteção de dados, Lgpd, Responsabilidade civil

Abstract/Resumen/Résumé

The use of technology increases the risk of obtaining data without the consent of the data subject. Therefore, the question is: what is the system of liability applicable when the employer does not protect the data of its employees? Therefore, the relationship between privacy and data protection within the employment contract, the legal aspects and the definition of the appropriate system for the imputation of responsibility are analyzed. From a study under the deductive method, with a qualitative approach, of the exploratory type, using the bibliographic survey as a procedure, it is concluded that the subjective responsibility is appropriate.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Employment contract, Data protection, Lgpd, Civil responsibility

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pelo CESUPA. Professor de Direito do Trabalho. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico tem provocado mudanças significativas no tecido social, alterando a dinâmica e relação entre tempo e espaço.

No contexto do tratamento e utilização de dados pessoais, captados em qualidade e quantidade exponencial, os cruzamentos de informações e a formação de perfis podem acarretar violação aos direitos e garantias fundamentais, diretamente relacionados ao aspecto da dignidade da pessoa humana. Aparentemente desconectados e isolados, o seu tratamento, por meio de tecnologias, permite oferecer um perfil pessoal e obter conhecimento sobre gostos, hábitos, interesses, etc. (LÓPEZ BALAGUER; RAMOS MORAGUES, 2020, p. 506).

Nesse cenário, a informação desponta como bem de valor para o desenvolvimento das relações, superando obstáculos físicos e ocupando um espaço de centralidade na reorganização e nas formas de reprodução social.

Ao lado das vantagens advindas com a utilização dos avanços tecnológicos, há, por outro lado, problemas decorrentes da mesma origem, haja vista que o aumento da transmissão de informação, com a existência de múltiplas ferramentas, aumenta os riscos de obtenção de informações sem o consentimento do titular de dados e de sua utilização indevida, com comprometimento dos direitos da personalidade, dentre os quais a privacidade. Tal quadro exige a necessidade de uma tutela efetiva para essa nova dimensão, especialmente o direito à proteção de dados.

O mundo do trabalho não está fora da conflituosidade gerada pela utilização desenfreada de dados pessoais. López Balaguer e Ramos Moragues (2020, p. 509) afirmam que, nas relações de trabalho, a troca de informações é uma constante, e que o desenvolvimento das ferramentas tecnológicas se projetam sobre a privacidade dos trabalhadores em três perspectivas: i) permitem às empresas um maior acesso, tanto qualitativa quanto quantitativamente, a informações pessoais dos trabalhadores; ii) eliminação das fronteiras entre a vida laboral e a vida privada e iii) o exercício de controle mais incisivo do cumprimento das obrigações laborais em decorrência dos novos sistemas tecnológicos.

No contrato de trabalho, o parâmetro para intromissão do empregador aos dados do trabalhador é resolvido pela necessidade do empreendimento. Assim, o tratamento dos dados, especialmente os dados sensíveis, somente é autorizado quando o trabalhador estiver encarregado da execução de tarefas específicas que façam exigir o conhecimento daquelas informações.

A necessidade de um equilíbrio entre as inovações tecnológicas e os direitos humanos

deve ocupar espaço de debate e ser regulado com a adoção de atos de precaução e a definição das regras indispensáveis para neutralizar eventuais excessos e danos.

O direito à proteção de dados como direito autônomo decorre da observação de novas situações que ensejam proteção legal, seja por simples tratamento de dados pessoais, seja pela possibilidade de adoção de atitudes discriminatórias, como perfil racial, exames pré-admissionais, lista de trabalhadores que já tenham feito reclamação em face do ex-empregador, dentre outros. Assim, seu regramento surge com o intuito de proteger os direitos fundamentais de privacidade, de liberdade, dentre outros, a partir de uma tutela efetiva das informações, que consiga protegê-las do acesso de terceiros e que obriguem o seu tratamento adequado por aqueles que a possuem.

Em virtude de todos os riscos expostos, a responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais pelo empregador é matéria de suma importância. Se não há como isolar-se, se os contratos laborais são feitos, em regra, com a tomada de uma infinidade de dados do trabalhador, há de ser observada a segurança necessária para o tratamento de tais informações. Por certo, havendo falha ou vazamento de informações, voluntárias ou promovidas por terceiros, com a ocorrência de danos ao trabalhador, deve-se imputar responsabilidade a quem a lei aponta como causador.

Por isso, o presente estudo tem o objetivo de responder o seguinte problema: qual a modalidade de responsabilidade suportada pelo empregador que não protege adequadamente os dados de seus empregados?

Para tanto, aponta-se como objetivo geral investigar os parâmetros legais na área de responsabilidade no diploma normativo nacional a fim de compreender, dentro de uma interpretação adequada, qual a modalidade de responsabilidade deve estar presente para a imputação do dever de indenizar.

Assim, são objetivos específicos do presente estudo: i) analisar a relação entre a privacidade, a proteção de dados e o contrato de trabalho; ii) compreender os aspectos legais do regime jurídico de proteção de dados, por meio de análise da LGPD e iii) analisar a temática de responsabilidade, como a definição do sistema apropriada.

A partir do problema de pesquisa, as análises deste estudo, metodologicamente, decorrem da aplicação do método dedutivo, com abordagem qualitativa e, quanto aos objetivos, exploratórias. Como procedimentos, tem-se o levantamento bibliográfico, especialmente artigos doutrinários sobre a temática.

Além da introdução e das considerações finais, o texto está estruturado em mais três seções. Na primeira delas, far-se-á uma abordagem sobre a privacidade e o direito à proteção

de dados como direito fundamental e o impacto decorrente da tecnologia nos contratos de trabalho. Na segunda, discorrer-se-á sobre os principais pontos do diploma normativo de proteção de dados nacional. Por fim, na última seção, analisar-se-ão os sistemas de responsabilidade civil discutidos na doutrina e o apontamento de qual deles é aplicável ao caso.

Entende-se que o presente estudo apresenta-se como contribuição para a discussão sobre os rumos hermenêuticos adotados para o deslinde da controvérsia, com a crítica necessária e o apontamento da necessidade de fixar um sistema de responsabilidade que consiga proteger de forma efetiva os titulares do direito que as normativas asseguram proteção.

2 DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS, À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE E A RELAÇÃO COM O CONTRATO DE TRABALHO

Para a compreensão do tema a ser tratado é fundamental ter como premissa que o direito à intimidade e o direito à proteção de dados apresentam substantividade que os distingue, inexistindo coincidência absoluta entre eles, embora, por vezes, sejam tratados como sinônimos. Assim, a violação de um não representa, por si só, a violação do outro.

Em linhas gerais, os dados pessoais são aqueles que servem para identificar uma pessoa e que, geralmente, estão relacionados à sua privacidade e que, por isso, encontram-se vinculados com a sua intimidade. Por outro lado, o conceito de intimidade é mais restrito, não abarcando todos os dados considerados pessoais de uma pessoa. Por essa razão, fala-se que a intimidade protege a esfera mais reservada das pessoas enquanto que a privacidade protege as variáveis da personalidade que, isoladamente consideradas, podem carecer de significação intrínseca, mas que, analisadas conjuntamente, projetam um retrato da personalidade do indivíduo que ele tem direito a manter reservado (MERCADER UGUINA, 2019, p. 23).

Por outro lado, a substantividade do direito à proteção de dados é reconhecida a partir do seu desprendimento de outros direitos de personalidade, tendo a ser visto de forma autônoma, com tratamento e conteúdo diferenciado, sendo necessário, portanto, uma tutela que considere essa particularidade.

A despeito de ambos os direitos objetivarem a proteção da vida privada da pessoa, o direito à intimidade estende a sua garantia à intimidade em sua dimensão constitucionalmente protegida, ou seja, sobre os dados íntimos da pessoa, enquanto que o direito à proteção de dados abarca a proteção aos dados que sejam relevantes ou tenham incidência no exercício de

qualquer direitos da pessoa, sejam ou não direitos previstos no texto constitucional e sejam ou não relativo à sua honra, ideologia, intimidade ou qualquer outro bem. Assim, este último direito protege os dados pessoais em face do conhecimento ou emprego por terceiros, independente de estar ou não previsto em algum texto constitucional.

Interessa anotar que a distinção entre os direitos citados quanto à esfera de imposição a terceiros. Se, por um lado, o direito à intimidade confere o poder jurídico de impor a terceiros o dever de abstenção de toda e qualquer forma de intromissão na esfera íntima da pessoa e a proibição de fazer uso daquilo que é conhecido, o direito à proteção de dados representa um poder de disposição e de controle sobre os dados pessoais e faculta à pessoa decidir sobre quais dados pode ceder a terceiros, quais dados o terceiro pode coletar e garante ao titular dos dados a ciência sobre quem possui acesso ou guarda de seus dados pessoais e para qual motivo ou finalidade, assegurado o direito à oposição de seu uso.

A garantia de proteção ao direito de personalidade visa preservar o desenvolvimento do indivíduo, protegendo-o em face de violações contra sua identidade intelectual, física e moral. Por certo, a vida privada, consistente naquilo que é particular ao indivíduo, faz com que a privacidade figure como gênero do qual a intimidade atua como espécie (FINKELSTEIN; FINKELSTEIN, 2019, p. 284).

Por isso, pode-se dizer que o direito à privacidade serve à proteção do próprio direito da personalidade. Sarlet (2020, p. 188) enfatiza que, a despeito da citada relação, o conteúdo de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, embora fortemente articulado com o princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e alguns direitos especiais de personalidade, como é o caso, entre outros, do direito à privacidade e do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não se confunde com o do objeto da proteção de tais direitos.

Em sentido próximo, Pinto (2018, p. 642) discorre que o fundamento constitucional direto mais próximo de um direito fundamental à proteção de dados talvez seja mesmo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, radicado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, o qual também assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana, que, de acordo com tradição jurídica já consolidada no direito constitucional estrangeiro e no direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, inclui o (mas não se limita ao!) direito à livre disposição sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação informativa.

A histórica da privacidade sofreu um profundo impacto com a evolução da tecnologia, que permitiu tornar a vida cotidiana em palco do qual, por vezes, os expectadores são indetermináveis. Nesse cenário, assistiu-se a invasão da vida íntima por meio de monitoramentos facilitados pela tecnologia, que mostrou quão frágil era a tutela até então existente.

Finkelstein e Finkelstein (2019, p. 287) enfatizam que os dados coletados neste monitoramento são permanentes e, portanto, investigáveis por qualquer pessoa que tenha interesse em ter acesso a essas informações, com o aumento do que pode ser investigável.

Interessante observar que a definição de privacidade como o direito de ser deixado só não está atualizado com a sociedade da informação. Atualmente, a garantia de privacidade abarca dimensões relativas à coleta e tratamento de dados pessoais, exigindo do Direito o disciplinamento necessário para atender às novas necessidades, especialmente os riscos decorrentes do uso indevido das informações e dados captados por meio da inteligência artificial e do armazenamento de dados.

Neste ambiente, o reconhecimento de um direito fundamental à proteção dos dados pessoais “confere um novo e atual sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da autonomia e das esferas de liberdade que lhes são inerentes” (MOLINARO, 2019, p. 183).

Por outro lado, para a compreensão do direito autônomo à proteção de dados pessoais, é necessário o diálogo com outros direitos, especialmente o direito à privacidade e o direito à autodeterminação informativa a fim de assimilar as distinções entre eles.

Sarlet (2020, p. 189) identifica o direito à autodeterminação informativa como um direito fundamental que consiste na prerrogativa de cada indivíduo de decidir, em princípio e substancialmente, sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais, que, por certo, não assegura a cada cidadão um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dada a inserção e responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações do direito quando em prol do interesse geral.

Acrescenta ainda que a relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é, em certo sentido, dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima é indispensável (SARLET, 2020, p. 190).

A despeito da confluência e da zona limítrofe que gera a distinção entre os direitos,

não há uma sobreposição entre eles, seja entre a autodeterminação informativa e a proteção de dados, seja entre a privacidade e os outros direitos de personalidade. A justificativa é que o direito à autodeterminação informativa apresenta uma dupla dimensão, individual e coletiva, no sentido de que garantida constitucionalmente não é apenas (embora possa ser, como direito subjetivo individual, o mais importante) a possibilidade de cada um decidir sobre acesso, uso e difusão dos seus dados pessoais, mas também – e aqui a dimensão metaindividual (coletiva) – se trata de destacar que a autodeterminação informativa constitui condição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito a estar só (*right to be alone*) (HORNUNG; SCHNABEL, 2009, p. 85).

Por isso, há sentido na afirmativa de Ruaro (2010, p. 189) para quem a proteção de dados pessoais e, da mesma forma, a autodeterminação informativa, vai além da privacidade e de sua proteção, ao menos no sentido tradicional do termo, caracterizado por uma lógica de “recolhimento” e “exposição”. Isto significa que o objeto abrangido pela proteção de dados é mais amplo, abarcando todos os dados que dizem respeito a determinada pessoa natural, sendo irrelevante à qual esfera da vida pessoal se referem, seja íntima, privada, familiar ou social, sendo descabida qualquer tentativa de delimitação temática (BIONI, 2019, p. 95).

Por isso, conclui-se que o direito à proteção de dados é distinto, autônomo e mais abrangente que o direito à privacidade, vinculado diretamente à proteção da personalidade humana.

Ainda sobre aquele direito, Sarlet (2018, p. 288) observa que ele também, assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, possui uma dimensão dupla. Em sua dimensão subjetiva, se apresenta como um conjunto heterogêneo de posições subjetivas de natureza defensiva (negativa). Por outro lado, na sua dimensão objetiva, assume a condição de direito a prestações, cujo objeto consiste em uma atuação do Estado mediante a disponibilização de prestações de natureza fática ou normativa.

Além disso, entende-se que, mesmo dentro da atuação privada, não há como permitir uma ação livre dos direitos fundamentais, especialmente no tocante à proteção de dados, mormente quando o consentimento do titular não é dado de forma substancialmente livre, haja vista a imensa quantidade de contratos de adesão no mundo atual, a exigir rigoroso controle das restrições a direitos fundamentais nas relações privadas.

No mesmo sentido, Sarlet (2018, p. 414) discorre que os atores devem, no âmbito e limites de suas respectivas funções, competências e atribuições, aplicar e concretizar o direito à proteção de dados, assegurando-lhe a sua máxima eficácia e efetividade concreta, tanto na

condição de direito subjetivo negativo (não intervenção arbitrária no seu âmbito de proteção), quanto, por força de sua dimensão objetiva, levando a sério os respectivos deveres de proteção e o critério da proibição de proteção insuficiente.

Especialmente, no contrato de trabalho, marcado por relações que perpassam pelos direitos da personalidade. Sousa e Gonçalves (2020, p. 120), a execução desse contrato é um ambiente propício à gestão de um conjunto elevado de dados pessoais e com bastante impacto na esfera jurídica do trabalhador, pois a relação que decorre de um contrato de trabalho entre empregador e trabalhador é, também, uma relação entre o responsável pelo tratamento de dados e o respetivo titular de dados pessoais.

Como dito acima, a irradiação dos direitos fundamentais sobre as relações privadas compõe, em certa dose, uma limitação aos poderes das partes contratantes. Por um lado, se ao empregador assiste o poder diretivo sobre o seu empreendimento, tal poder encontra-se limitado pelos direitos fundamentais do empregado, impedindo, em um primeiro momento, a inclusão de cláusulas contratuais que sejam contrárias àqueles direitos e, por segundo, a observância, ao longo e após o pacto laboral, dos ditames necessários à preservação da dignidade do trabalhador, por meio de uma adequada ponderação valorativa do direito fundamental e das obrigações que podem ser possíveis sem que possa falar em violação.

A situação é bastante delicada em decorrência da ausência de uma liberdade substancial para discutir as cláusulas contratuais na relação laboral. Em regra, trata-se de um contrato de adesão, no qual a vontade do empregado é bastante limitada quando comparada com o conteúdo regulamentar disposto a favor do empregador, responsável pela oferta do trabalho.

Neste ponto, interessa anotar que, quanto aos dados pessoais, ainda mais em se tratando do mundo digital, a exigência do consentimento do titular dos dados e usuário das tecnologias de informação (aplicativos de toda ordem, mídias sociais, compras pela internet etc.), embora cogente do ponto de vista constitucional e legal, esbarra de modo substancial – ainda que diferenciada – nas limitações à autonomia privada (SARLET, 2020, p. 209). Assim, até o consentimento do trabalhador deve ser visto com cautela, considerando a sua situação de vulnerabilidade.

Por certo, a celebração de um contrato de trabalho não implica, pelo trabalhador, em renúncia de qualquer direito assegurado nos textos fundamentais. Da mesma forma, a despeito da organização empresarial e dos poderes que lhe são assegurados, o empregador não está desacoplado da sociedade e das regulações, não havendo espaço para falar que possam impor limitações aos direitos fundamentais dos seus empregados.

Assim, assegura-se um determinado nível de proteção ao trabalhador, impondo ao empregador a obrigação de tratamento de dados pessoais não só ao longo da relação de trabalho, mas também nas fases prévia e pós-contratual.

No tocante aos dados coletados durante a relação laboral, identifica-se que a colheita ocorrer antes mesmo da celebração formal do vínculo, por meio de dados disponíveis em redes sociais e por meio de perguntas feitas durante a entrevista que, por vezes, vão bem além daquilo que é necessário ao empregador ter acesso para a prestação de um serviço que poderá (ou não) num futuro ser-lhe fornecido.

Por outro lado, a legislação impõe uma obrigação direta ou indireta sobre o empregador de manter um conjunto de informação ou registo sobre os seus trabalhadores, cujo conteúdo é essencial para a manutenção do contrato de trabalho ou simplesmente para garantir uma tutela do controle do cumprimento das regras laborais por parte das autoridades de inspeção.

Ainda na fase de recrutamento, que é, em rigor, o primeiro momento em que o empregador atua na qualidade de responsável pelo tratamento de dados pessoais de um candidato/trabalhador, são colhidos dados para o registo de pessoal, considerando a obrigação do empregador em manter um registo atualizado em cada estabelecimento dos seus trabalhadores, com a indicação de nome, datas de nascimento e admissão, modalidade de contrato, categoria, promoções, retribuições, datas de início e termo das férias e faltas que impliquem perda da retribuição ou diminuição de dias de férias.

Durante o contrato, o empregador fará colheita de dados nas seguintes situações: i) Registo de tempos de trabalho, incluindo horas extras e intervalos; ii) Registo de trabalhadores incluídos em cada turno de trabalho; iii) Registo de avaliações de riscos inerentes à atividade do trabalhador noturno; iv) Registo de sanções disciplinares; v) Informação sobre a manutenção de título profissional que permita o exercício de uma determinada profissão para o qual o trabalhador foi contratado; vi) Informação sobre relação de dependentes, dentre outras.

Há ainda os registos que resultam de necessidades práticas decorrentes da execução do contrato de trabalho, como, por exemplo: i) Dados bancários do trabalhador, para garantir a eficácia do pagamento das prestações salariais, embora o pagamento da retribuição possa ser realizado em dinheiro, cheque ou transferência bancária, esta última geralmente é o meio de pagamento mais consensual; ii) A informação sobre dados fiscais do trabalhador (extensível ao agregado familiar) para efeitos de retenção na fonte em sede de Imposto de Renda, dentre outros.

Além dos dados coletados por obrigatoriedade legal, o empregador terá acesso a outros dados do empregado em decorrência da atividade desenvolvida. Neste campo, ingressam os dados decorrentes de imagens de câmeras de circuito interno, geolocalização do trabalhador quando estiver portando aparelho de geolocalização (GPS), acesso ao conteúdo de e-mail corporativo, dentre outros. A concentração de uma infinidade de dados tratados pelo empregador representa risco à privacidade e à intimidade do trabalhador, sem falar em possível violação do direito à proteção de dados pessoais, por meio de uma intrusão excessiva e não justificada de manutenção e manuseio dos citados dados.

Acrescenta-se ainda que, mesmo após o fim do contrato, persistirá a obrigatoriedade legal de manutenção de certos dados.

Sousa e Gonçalves (2020, p. 131) pontuam que, com a cessação do contrato de trabalho, não se extingue a obrigação do empregador de manter o tratamento de dados pessoais do seu trabalhador, não sendo-lhe garantido o direito de apagar os dados pessoais que detenha de um trabalhador à data da cessação do contrato. Assim, o empregador estará autorizado a guardar determinados dados após o término do contrato que estejam relacionados aos seguintes fatores: i) Conservação para fins probatórios; (ii) Conservação para garantia do controle da legalidade por autoridade de inspeção do trabalho e; iii) Conservação para cumprimento de prazos legais.

A referida guarda está em consonância, não apenas com os princípios da licitude, da limitação da finalidade, da minimização, da exatidão, da limitação da conservação, da integridade e da confidencialidade e responsabilização, mas principalmente em decorrência do cumprimento de obrigações legais, da execução de contrato e do legítimo interesse.

Diante desse cenário, surgem questionamentos que gravitam sobre o destino dos dados coletados dos trabalhadores, o grau de compromisso daquele responsável pela colheita e/ou pelo controle dos dados, a garantia do empregado de que seus dados não serão divulgados ou conhecidos por terceiros. Por isso, entende-se importante analisar os normativos que regem a matéria, o que é feito na seção seguinte.

3 DO REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

O regime jurídico de proteção de dados não é algo pronto e acabado. Ao contrário, os dilemas e obstáculos enfrentados desde o seu despertar demonstram a necessidade da exata compreensão e, especialmente, da extensão daquele direito fundamental autônomo.

Dentro de um panorama marcado pela coleta e cruzamento de dados a partir da

utilização de tecnologias, como dito acima, a sociedade foi profundamente impactada, necessitando de novos direcionamentos para tratar de um novo direito: o direito à proteção dos dados.

Nesse cenário, no Brasil, foi aprovada a Lei nº 13.708/2018 (BRASIL, 2018), doravante denominada LGPD. Para fins de compreensão, apresentar-se-ão os principais elementos e os sujeitos que compõem o quadro de proteção de dados.

A LGPD (BRASIL, 2018) define dado pessoal como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I).

López Balaguer e Ramos Moragues (2020, p. 506) traçam que os dados amparados são todos aqueles que identifiquem ou permitam identificar a pessoa, servir para a confecção de seu perfil ideológico, racial, sexual, econômico ou de qualquer outra índole, ou que sirvam para qualquer outra utilidade que em determinadas circunstâncias constitua uma ameaça para o indivíduo.

Na visão de Cordeiro (2020, p. 107), a definição pode ser decomposta em quatro elementos distintivos e autonomizáveis: i) qualquer informação; ii) relativa a; iii) pessoa singular; e iv) identificada ou identificável.

Do primeiro elemento, destaca que toda informação é relevante, para efeitos de aplicação do Direito à Proteção de Dados, não se limitando a informação relativa à privacidade, abrangendo todos os aspectos relacionados à pessoa, quer familiares ou sociais, públicos ou privados, físicos ou mentais, independente do formato em que a informação foi recolhida e do suporte em que se encontra armazenada (CORDEIRO, 2020, p. 107).

Do segundo elemento, destaca que para ser pessoal a informação tem que ser relativa a uma pessoa, com exclusão de realidades jurídicas não subjetiváveis, de objetos, salvo quando conjugada com informação de uma pessoa e também quando seja possível identificar o titular do dado dentro de uma coletividade (CORDEIRO, 2020, p. 107).

Nas palavras de Doneda (2011, p. 93) é necessário para a caracterização de dado pessoal a existência de vínculo com a pessoa que faça revelar um aspecto objetivo de seu titular, referindo-se a características ou ações desta pessoa, que podem ser atribuídas a ela em conformidade com a lei, como no caso do nome civil ou do domicílio, ou então que são informações provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações referentes às suas manifestações, como sobre opiniões que manifesta e tantas outras.

Como pessoa singular, entende que a aplicação é restrita às pessoas singulares, independente de sua nacionalidade ou local de residência, afastando as pessoas coletivas e as

realidades jurídicas não subjetiváveis, como as coisas e os animais (CORDEIRO, 2020, p. 107).

Por fim, da locução identificada ou identificável, identifica-se que identificada é quando a informação é suficiente para tanto, de forma inequívoca. Por outro lado, entende-se como identificável quando a informação é relativa a pessoa determinável, sempre quando haja uma probabilidade razoável de o responsável pelo tratamento ou de terceiros conseguirem identificar, por meio da conjugação de informação adicional à que já detêm ou não, a identidade do titular dos dados, ou seja, que torne a identificação possível, à luz de um juízo de razoabilidade.

Além disso, a LGPD (BRASIL, 2018) conceitua por “dado pessoal sensível” aquele sobre “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II).

Por fim, a LGPD (BRASIL, 2018) considera não identificável, ou “anonimizado”, os dados relativos “a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (art. 5º, III).

Outro conceito importante para a compreensão da temática é o de tratamento. Segundo a LGPD (BRASIL, 2018), o tratamento é “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (art. 5º, X).

A LGPD (BRASIL, 2018) não define as operações, razão pela qual a compreensão de seu conteúdo deve ser feita a partir da interpretação de seu conceito usual no mundo jurídico. Por outro lado, a locução “com as que” permite dizer que a lista é meramente exemplificativa, permitindo que o conceito de tratamento seja bastante amplo. Diante disso, qualquer operação que colha dados pessoais constitui uma espécie de tratamento e portanto estará sujeita à disciplina da proteção de dados.

Por previsão legal, estão excluídos do regime de proteção de dados pessoais: a) tratamento de dados realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos ou, b) realizados para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos e acadêmicos. Já as atividades de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou investigação e repressão de infrações penais serão regidos por legislação específica, que deverá observar o

princípio da necessidade e da proporcionalidade no tratamento dos dados (BRASIL, 2018).

Cordeiro (2020, p. 143) decompõe o exame do tratamento a partir da análise de três vertentes: i) uma operação ou um conjunto de operações; ii) efetuadas sobre dados pessoais; e iii) por meio automatizados ou não automatizados.

Segundo ele, a operação corresponde a um ato jurídico, corresponde ao ato humano com repercussão jurídica, com a exclusão daqueles casos resultantes de destruição de dados decorrentes de ação não humana. Além disso, apenas apresentam relevância as operações efetuadas sobre dados pessoais. Por fim, o tratamento pode ser realizado pelos meios automatizados, parcialmente automatizados ou não automatizados (CORDEIRO, 2020, p. 143).

Do normativo citado, identifica-se o objetivo de proteger o titular de dados. Por outro lado, há outras pessoas que intervêm no tratamento de dados, dentre os quais, destacam-se o controlador e operador (agentes de tratamento) e o encarregado.

Segundo a LGPD (BRASIL, 2018), o titular é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento, ou seja, a pessoa física identificada ou identificável (art. 5º, V).

Por certo, Ruaro (2020) acentua que o titular dispõe do direito à proteção de dados pessoais em dupla dimensão: i) tutela da personalidade contra os riscos que ameacem sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais, e, ii) a atribuição ao titular do direito à garantia do poder de controlar o fluxo de seus dados na sociedade, envolvendo tanto um aspecto subjetivo (controle dos dados pelo titular) quando um aspecto objetivo (proteção contra os riscos causados pelo tratamento dos dados pessoais).

Ao titular dos dados estão assegurados, segundo a LGPD (BRASIL, 2018), os seguintes direitos: a obtenção do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição a confirmação da existência de tratamento; o acesso aos dados; a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; a portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; a eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; a informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; a informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa e a revogação do consentimento.

Por outro lado, de acordo com a LGPD (BRASIL, 2018), o controlador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Corresponde à pessoa que toma a iniciativa e controla os meios técnicos e humanos necessários à implementação do tratamento.

Interessa observar que, como regra geral, o controlador deverá, primeiramente, ser considerado como a sociedade e não a pessoa que age em seu nome. A pessoa física será considerada controladora quando agir em nome próprio.

Outra situação que merece cuidado é sobre a contratação, pelo controlador, de prestadores de serviços (denominados pela lei como operadores), os quais serão solidariamente responsáveis pelos danos causados quando descumprirem a LGPD (BRASIL, 2018) ou quando não tiverem seguido as instruções lícitas do “controlador” (nesses casos o “operador” se equipara ao “controlador”).

Por fim, destaca-se que a situação de controlador pode decorrer de três situações: i) a designação do controlador resulta de uma competência expressamente prevista em lei; ii) na ausência de disposição legal designando, expressamente, a identidade do controlador, seguem-se as regras gerais do direito para determinar sua identidade, como, por exemplo, a responsabilidade do empregador pelos atos do empregado e iii) insuficientes os métodos anteriores, recorre-se ao exame das circunstâncias fáticas, por meio do exame dos termos dos contratos para enquadrar as relações entre seus partícipes na operação de tratamento, mas também o efetivo grau de controle exercido por um partícipe na operação.

Por outro lado, a LGPD (BRASIL, 2018) define o “operador” como a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5º, VII). Assim, a qualificação de “operador” exige da pessoa em causa o preenchimento de duas condições fundamentais: i) que seja uma entidade jurídica distinta do “controlador” e, portanto, dotada de personalidade jurídica própria e ii) que aja “em nome do controlador”.

Essa segunda noção guarda alguma similitude com o contrato de mandato e significa que o operador deverá rigorosamente respeitar a LGPD (BRASIL, 2018) e se limitar a obedecer às instruções lícitas do “controlador”, sob pena de responsabilidade solidária (art. 42, § 1º, I).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DADOS

O estudo da responsabilidade civil vem sendo alargado por uma rede complexa composta por pessoas, máquinas, algoritmos, em um contexto mundial caracterizado pelo aumento de riscos de origens diversas. Agora, a responsabilidade ocupa-se, além da reparação de eventuais prejuízos suportados pelos vitimados, com a inibição de atos ilícitos, revelando-se uma função preventiva essencial nesta era da informação e da tecnologia.

Nesse sentido, a tutela dos interesses fundados em valores constitucionais não se limita a uma tutela de tipo negativo clássico, destinada a reprimir sua lesão, mas abrange também uma tutela negativa preventiva ou inibitória, no sentido de evitar situações potencialmente lesivas a tais interesses, bem como uma tutela positiva, comprometida em promover a sua máxima realização (SCHREIBER, 2015. p. 229).

Nestes termos, reconhecido que o tratamento de dados é potencialmente lesivo, torna-se necessária a sua operação com segurança, a fim de prevenir prejuízos à pessoa humana.

Fixadas tais premissas, passa-se ao exame dos aspectos legais da responsabilidade no campo da proteção de dados.

No plano normativo, a LGPD (BRASIL, 2018) destaca que o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. Estabelece ainda que o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão.

Com o mesmo objetivo, destaca que os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão. Por outro lado, a LGPD estabelece excludentes de responsabilidade.¹

Esclarece, outrossim, que o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: i) o modo pelo qual é realizado; ii) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; iii) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

1 Diz o texto: “os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I) que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II) que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro” (art. 43)

Da mesma forma, considerando o dever imposto aos agentes de tratamento consistente na adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, responderá pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança” previstas “der causa ao dano.

Para identificar o critério de imputação adequado é necessário fixar que os elementos para a caracterização da responsabilidade civil do controlador e dos demais agentes são: i) a realização do tratamento; ii) a violação à legislação de proteção de dados pessoais; iii) a existência de nexo de causalidade e iv) o dano a outrem. Identifica-se, ainda, um dever geral de segurança aos agentes de tratamento, atraindo a sua responsabilização em caso de violação de tal dever e de danos ao titular de dados.

Por essa razão, entende-se que a violação à normativa de proteção de dados pessoais pode ocorrer em duas dimensões: i) pela violação aos deveres expressos na lei de regência, caracterizando ilícitos específicos e devidamente nominados e ii) pela violação da cláusula geral de segurança, caracterizando ilícito geral. O ilícito geral pode ser compreendido a partir da ruptura das legítimas expectativas quanto à segurança no processo de tratamento de dados², caracterizando um tratamento irregular dos dados, com aproximação da falta de dever de cuidado, característica da culpa em sentido estrito.

A respeito do nexo de causalidade, Cordeiro (2019, p. 49-63) ensina que "A responsabilidade civil por violação do RGPD apenas poderá ocorrer se entre esta violação e os danos produzidos na esfera jurídica do lesado existir um nexo de causalidade”.

Por isso, conclui-se que, no âmbito dos normativos de proteção de dados, a responsabilidade civil existirá quando houver tratamento de dados pessoais, de forma ilícita, tanto sob o aspecto de ilícito específico, quanto de ilícito geral, e houver dano a outrem.

A questão que se apresenta é se é necessário aferir a existência de culpa do controlador para fins de imputação de responsabilidade. Em outras palavras, busca-se, neste momento, responder a seguinte indagação: a tutela do direito à proteção de dados permite a adoção da modalidade de responsabilidade objetiva ou subjetiva?

2 De acordo com o art. 44 da LGPD, *in verbis*: Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 08 dez. 2020.

Buscando responder a pergunta, Tasso (2020, p. 97) pontua que, a despeito da LGPD não prever o elemento culpa, não o exclui expressamente, enfatizando que a obrigação de reparar tem como pressuposto a circunstância de ter sido a operação de tratamento lesiva realizada em violação à legislação de proteção de dados.

Destaca que a lei é ampla na imposição de uma série de deveres de ação e de abstenção aos agentes de tratamento e que tais regras não consistem em meras recomendações tendentes a evitar incidentes de segurança, sendo o tratamento regular de dados uma obrigação de resultado e não de meio. Por isso, entende que, caso o sistema de responsabilidade civil da LGPD fosse o da modalidade objetiva, a prescrição exaustiva e detalhada dos deveres seria algo absolutamente inócuo, sobretudo porque redundaria na conclusão de que de nada adiantaria o cumprimento dos deveres se, qualquer que fosse o incidente, a responsabilidade pela reparação estivesse configurada, o que é um contrassenso. Em acréscimo argumentativo, pontua que, quando o legislador excepcionou a regra da responsabilidade subjetiva no direito privado, o fez de modo expresso e inequívoco, o que não se verifica no texto da LGPD (TASSO, 2020, p. 105-106).

Por outro lado, Doneda e Mendes (2018, p. 469) consideram que a atividade de tratamento de dados encerra um risco intrínseco, na medida em que há uma potencialidade danosa considerável em caso de violação desses direitos. Sustentam que a lei adota, como princípio, a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento”. Por isso, concluem que o legislador optou por um regime de responsabilidade objetiva, vinculando o exercício da atividade de tratamento de dados pessoais a um risco inerente, potencialmente causador de danos a seus titulares.

Por outro lado, para Moraes (2019. p. 6), o legislador instituiu um novo regime de responsabilização dito proativo, com exigência de atitudes conscientes, diligentes e proativas por parte das empresas em relação à utilização dos dados pessoais. Segundo seu entendimento, qualquer empresa que processe dados pessoais não apenas terá que cumprir a lei, mas também deverá provar que está em conformidade com ela, cabendo-lhe, ainda, a responsabilidade de identificar os próprios riscos e escolher e aplicar as medidas apropriadas para mitigá-los. Conclui, com isso, que o legislador, embora tenha flertado com o regime subjetivo, elaborou um novo sistema, de prevenção, que se baseia justamente no risco da atividade. Tampouco optou pelo regime da responsabilidade objetiva, que seria talvez mais adequado à matéria dos dados pessoais, porque buscou ir além na prevenção, ao aventurar-se em um sistema que tenta, acima de tudo, evitar que danos sejam causados.

Da leitura da lei de regência, extrai-se que, a despeito do reconhecimento da existência de risco na atividade, não há a adoção do risco como critério de imputação de responsabilidade. Neste primeiro ponto, alude-se ao fato de que não é suficiente o desenvolvimento da atividade de tratamento causadora de um dano para se configurar a responsabilidade civil dos agentes de tratamento, sendo exigido, da mesma forma, que o tratamento seja considerado violador da legislação de proteção aos dados pessoais, ou seja, que seja ilícito.

Acrescenta-se que a imputação por meio da responsabilidade objetiva não atende ao aspecto finalístico da proteção de dados. Em outras palavras, se é esperado dos agentes de tratamento um comportamento preventivo, a responsabilidade objetiva coloca todos os agentes de tratamento no mesmo nível, sem distinção entre aquele que adota providências para a garantia da proteção de dados e o que nada faz a respeito.

É por isso que a imputação por risco não oferece distinção adequada ao comportamento do sujeito, acabando por desincentivar comportamentos cooperativos e proativos, com incentivo a comportamentos que analisem, sob o aspecto da eficiência operacional, se vale a pena ou não ocupar-se com a proteção de dados.

Além disso, o modelo dito proativo não responde adequadamente qual modalidade deve ser empregada para o exame da responsabilidade civil. Trata-se, em verdade, mais do cumprimento de um dever, de prevenção, de cooperação e de precaução, que, não obstante, não explica de que forma será apurada a responsabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos dados do trabalhador constitui direito fundamental e autônomo, originando deveres de conduta e de cuidado, especialmente, o desenvolvimento de parâmetros efetivos de proteção.

É inequívoca a consagração da regra de solidariedade obrigacional entre os corresponsáveis, ao mesmo tempo em que é promovida a inversão do ônus da prova, a partir do momento em que se constata a violação, com o entendimento de que, a partir do momento em que um determinado sujeito lida com os dados alheios, assume a esfera de risco/responsabilidade, devendo adotar certas medidas de cuidado.

Entende-se que, o fato de se prescindir da prova da culpa, com a inversão do ônus probatório, pela consagração de uma presunção, não nos afasta da responsabilidade subjetiva, pois a culpa continua a ser um elemento determinante da responsabilidade, sem a qual não

haverá o dever de indenizar.

Tal entendimento, ao mesmo em que afasta a necessidade do titular de dados provar o preenchimento de todos os requisitos da responsabilidade civil, em consonância com a proteção que lhe é assegurada, permite o tratamento adequado de acordo com a conduta adotada pelo operador/controlador, com a devida distinção entre aqueles que cumprem ou não o dispositivo legal.

Assim, em resposta ao problema de pesquisa que norteou este estudo, entende-se que a conduta do empregador que não protege adequadamente os dados pessoais de seus empregados deverá ser apreciada sob o viés da modalidade subjetiva, com presunção de culpa, por meio da inversão do ônus probatório.

Por fim, a presente resposta não está isenta de críticas e não pretende ser opinião inquestionável. Ao contrário, está mais para o lado dos estudos que visam fomentar o debate sobre este tema recente que tem amplo alcance jurídico-social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília: DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em 02 out. 2021.

CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. **Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019**. Coimbra: Almedina, 2020.

CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson Rosenvald; MUNIZ, Francisco. **Desafios da Nova Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 49-63.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, jul.-dez. 2011.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. **Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados**. Revista de Direito do Consumidor, v. 120, nov.-dez., 2018

FINKELSTEIN, Maria Eugênia; FINKELSTEIN, Cláudio. **Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Florianópolis: Revista de Direito Brasileira, v. 23, n. 9, p. 284-301, mai./ago. 2019.

HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. **Data protection in Germany I: The**

populational census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, issue 1, 2009.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes; RAMOS MORAGUES, Francisco. **Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad**. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 2020, p. 506-540

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. **Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales**. Ed. Francis Lefebvre. Claves Prácticas, Madrid, 2019.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. **Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data**. *Belo Horizonte: Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”**. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 3, 2019.

PINTO, Paulo Mota. **Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos**. Coimbra: Gestlegal, 2018.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação**. *Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan./jun. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada**. *Belo Horizonte: Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 288.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUSA, Duarte Abrunhosa; GONÇALVES, Rui Coimbra. **Da necessidade de conservação de dados pessoais dos trabalhadores no período pós-contratual**. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. vol. 212. ano 46. p. 119-145. São Paulo: Ed. RT, jul./ago./2020.

TASSO, Fernando Antônio. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor**. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 97-115, Janeiro-Março/2020.