



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO

## O FUTURO DO PASSADO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Antonio Carlos Aguiar\*

*É impossível entender o mundo de hoje até que o hoje se torne amanhã.*

Chuck Klosterman<sup>1</sup>

### D) Desculpe-me Einstein<sup>2</sup>, mas não há como voltar ao passado.

Esse sonho de voltar ao passado (para compreendê-lo de perto, corrigi-lo ou simplesmente *nostalgia-lo*) tem sido objeto de vários filmes, ensaios e livros de ficção científica. De cabeça lembramos dois *blockbusters*: “De volta para o futuro” e “O Exterminador do Futuro”. Um bom livro neste sentido, é o romance de ficção científica *Timescape*, de Gregory Benford, publicado em 1980, que trata da comunicação entre cientistas separados por décadas. “Pesquisadores enviam uma mensagem de volta no tempo, de 1988 para 1962, de forma a alertar para uma iminente catástrofe ecológica. Para tanto são utilizadas partículas subatômicas hipotéticas denominadas *táquions*, cuja existência é prevista pela relatividade de Einstein, mas que contam com propriedades tão estranhas que hoje se limitam às páginas de história de ficção científica. Os *táquions* são partículas que se descolam mais rapidamente do que a luz. Seu nome, cunhado na década de 60, quando houve pesquisa séria a seu respeito, vem da palavra grega *tachys*, que significa veloz. Em função dessa propriedade, os *táquions* acabam voltando no tempo”<sup>3</sup>.

Há, ainda, outra “maneira de se voltar ao passado”. Neste caso a viagem passa pelo deslocamento, por meio de uma trajetória curva no espaço-tempo que leva de volta ao passado, de forma análoga à imagem de um *looping* em uma montanha russa. “Esses *loopings*, conhecidos em física como *curvas tipo-tempo fechadas*, têm sido tópico de importantes pesquisas teóricas em anos recentes”<sup>4</sup>.

---

\* Antonio Carlos Aguiar, mestre e doutor em Direito do Trabalho, Titular da Cadeira n. 48 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

<sup>1</sup> KLOSTERMAN, Chuck, tradução de Érico Assis, *E se estivermos errados?* Harper Collins, Rio de Janeiro, 2017, p. 22.

<sup>2</sup> Einstein aqui tem sentido figurado, com abrangência muito maior do que apenas o brilhante cientista.

<sup>3</sup> AL-KHALILI, Jim. *PARADOXO Os nove maiores enigmas da ciência*. Fundamento. Tradução Sertão Produções Artísticas e Cinematográficas Ltda. (Pedro da Costa Novaes). São Paulo. 1ª ed., p. 140.

<sup>4</sup> In ob. cit., p. 141.



Pois bem: “desde meados do século 20, sabe-se que as teorias da relatividade de Einstein admitem na verdade, a possibilidade de viagens ao passado, embora apenas sob algumas condições e por causa de certos caprichos da matemática. A Teoria da Relatividade Especial demonstra como o primeiro tipo de viagem no tempo pode ser possível (a retrocausalidade por meio de deslocamentos mais rápidos que a luz). A Teoria Geral da Relatividade, por sua vez, permite a existência de uma outra forma, mais ‘tradicional’ de viagem no tempo, por meio de curvas tipo-tempo. O lógico Kurt Gödel, que trabalhou com Einstein na Universidade Princeton, durante a década de 40, demonstrou matematicamente que esse tipo de viagem no tempo é possível, ao menos em termos teóricos, sem violar qualquer lei da natureza (...)”.<sup>5</sup>

Na prática, porém, tudo isso não é factível, na medida em que, como bem explicita Jim (PARADOXO), por meio de simulações e cálculos, corroborados, com exemplo bem simples. Vamos ao exemplo: o acionamento de um interruptor na Terra, que faz piscar uma lâmpada na Lua. Sabendo-se que a Luz percorre a distância entre a Terra e a Lua em aproximadamente 1,3 segundo, tem-se que o sinal viaja também à velocidade da luz. Sendo assim, através de um telescópio, veríamos 2,6 segundos depois, a luz se acender.

Para melhor compreensão, ele explica essa situação de modo bem simples e didático, para demonstrar a sua fragilidade lógica desta situação: “um cosmonauta a bordo de um foguete, viajando à Lua, próximo à velocidade da luz, veria o acendimento da lâmpada antes que acionássemos o interruptor na Terra. Seria possível, então, a esse tripulante da espaçonave, enviar-nos um sinal mais rápido que a luz confirmando a visualização da lâmpada. Esse sinal pareceria, a um observador na Terra, viajar para trás no tempo e poderia chegar aqui antes do acionamento do interruptor, permitindo que decidíssemos não acender a lâmpada. A única forma de eliminar esse tipo de situação consiste em sustentar a impossibilidade de impulsos mais rápidos que a luz”<sup>6</sup>.

Não é possível, portanto, essa viagem, por mais que seja desejável.

Pensar diferente, agir imaginariamente em sentido contrário, defender uma crença, simplesmente porque assim nela se acredita e, a partir desta compreensão, “tornar” verdadeiros meios e formas de sustentação contrárias aos fatos, porque o peso da crença “deve” sufocar o real em nome do “querer” (acreditar) não é suficiente para que a imaginação alquimicamente vire realidade, por mais que se aposte nessa metamorfose, isso não é possível. Impossível “dar de ombros à realidade”.

Esse destaque inicial é realizado à vista dos tempos (atuais) em que vivemos. Tempos de “Pós-verdades”. Tempos, para os quais Steven Pinker, que é professor de Harvard e até 2003 foi diretor do Centro de Neurociência do MIT, em seu livro, *O Novo Iluminismo*<sup>7</sup>,

---

<sup>5</sup> In *Ob. Cit.* P. 141.

<sup>6</sup> *Ob. Cit.*, p. 144.

<sup>7</sup> PINKER, Steven, *O Novo Iluminismo*, tradução Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares, Companhia das Letras, 2018.



alerta sobre o fato de que “a funesta pós-verdade arrisca abrir uma fissura no baluarte iluminista. Ao brandir que ‘não existe verdade’ (mas apenas narrativas e os rebolados mais ou menos bonitinhos da intertextualidade), o desconstrucionismo e o pós-modernismo podem minar ou até degradar a autoridade do desconhecimento e do estudo – portanto, da razão, substituindo-a pelo relativismo moral e epistemológico. O resultado são as realidades solipsistas. Já que nada corresponde ao real, cada um acredita no que quiser e que todo mundo se exploda”<sup>8</sup>.

Não há como democrática e republicanamente viver neste universo crivado por um “*bang-bang* solipsista” de opiniões individualizadas e baseadas em estruturas que não se encaixam com a realidade, por melhor que sejam as boas intenções que elas carreguem.

Não há de se falar em mudança de destino, quando ele já chegou; quando não é mais uma aposta, mas, ao contrário, uma certeza.

Não há como se aplicar regras, ainda que sejam ou tenham sido boas um dia, para uma determinada realidade, se ela não existe mais. Quando é outra a dimensão real. O que foi bom para uma determinada época pode simplesmente não ser nem um pouco adequado ou minimamente pertinente para outro tempo. E não é porque deixou de ser bom. É porque aquilo que um dia foi reconhecido como verdade, pode revelar-se depois como uma farsa ou uma grande mentira. Na melhor das hipóteses, como algo totalmente insignificante. As necessidades transformam-se. As pessoas mudam. O mundo não para.

O que de fato é ruim? Por que esse ruim não pode se transformar em algo simplesmente magnífico tempos depois? E mais ainda: por que, mais adiante, esse magnífico não pode uma vez mais voltar ao *status quo ante* ou mesmo incrustar-se num ostracismo?

Um bom exemplo; uma “grande” obra literária...

“Existe um famoso *website* que vende livros (e, se você comprou este livro, as pesquisas sugerem que há 41% de chance de ter feito seu pedido no *website* de que estou falando). Livros representam só uns 7% do total de vendas do *website*, mas eles são o principal produto pelo qual o *website* é conhecido.

Parte do êxito do site está no conteúdo produzido pelos usuários: os consumidores podem escrever resenhas sobre o que compram, mesmo que não tenham lido de fato o livro que estão criticando. E isso é sensacional, principalmente se você quiser resenhas negativas, com uma estrelinha só, de *Moby Dick*. ‘Pomposo, arrogante, autoindulgente e insuportável. O pior livro que eu já li’, escreveu, em 2014, um cliente insatisfeito. ‘Narrativa fraca, estrutura pobre, tramas sem resolução, ¾ dos capítulos são irrelevantes e o autor muitas vezes confunde-se com o protagonista, um dos capítulos é exclusivamente dedicado ao fato de que as baleias não têm nariz. Outro trata da cor branca’. O interessante é que a outra aquisição

---

<sup>8</sup> NOGUEIRA, Paulo. *Uma defesa da RAZÃO*. Artigo publicado no jornal O Estado de S. Paulo, Caderno Aliás, Filosofia, Domingo, 09 de setembro de 2018.



que essa pessoa também resolveu resenhar foi uma impressora Hewlett-Packart – que também manda fax – à qual ela concedeu duas estrelas”<sup>9</sup>.

E olhe que estamos falando de *Moby Dick*, “hoje considerado um dos dez maiores romances da literatura mundial”, que “a crítica americana rotula como ‘o grande clássico’; ‘nosso maior romance’, estudado nas escolas e universidades ao lado das mais importantes obras literárias produzidas na América. Tornou-se, além disso, um prato feito para os novos admiradores da corrente psicanalítica, que passaram a lhe atribuir complexos, recalques e traumas, esmiuçados em dezenas e dezenas de livros que hoje engrossam seu miliardário baú bibliográfico. A literatura norte-americana precisava de um “Ulisses”. E foi a chance”<sup>10</sup>.

Esse caso *Moby Dick* é inexoravelmente a revelação de que “as coisas mudam”... Aquilo que foi até pouco tempo entendido e compreendido de acordo com uma determinada proposição, pode simplesmente não ser mais reconhecido “verdadeiro”.

O texto mudou? Algo pernicioso foi encontrado sobre o autor? Não. Nada disso aconteceu. Nada com relação à obra e o autor foram alterados. Nada.

O que houve, então?

Transição temporal. O passado (quando a obra foi escrita) ficou lá, no seu tempo. O futuro veio e tornou-se presente (atual: nova realidade). E o novo futuro, que é incerto para todos nós, pode simplesmente mudar todo esse roteiro.

Tudo evolui. Conceitos são modificados, mutações estruturais e sociais fazem-nos enxergar o que não víamos e, com isso, mudam-se as opiniões.

Daí, porque se deve alocar determinada coisa onde ela deve realmente estar, e de acordo com o que a realidade determina, não por meio de um estreito feixe, que anteriormente limitava a visão, mas por um caminho mais complexo; mais moderno, para uma compreensão livre de estigmas e dogmas distantes do tempo em que foram concebidos. A passagem, para o agora, tem de, obrigatoriamente, ser maior e mais democrática. O horizonte mais abrangente; a distância a se percorrer livre de limitações temporais, justamente para se ir mais longe.

Tanto isso é verdade que à época da morte de Herman Melville (o escritor de *Moby Dick*, que acreditava que seu texto seria visto imediatamente como uma obra prima), o livro tinha vendido pouco mais de cinco mil exemplares<sup>11</sup>, representando para o autor um verdadeiro fracasso, tanto que virou alcoólatra, poeta, e mais tarde, inspetor alfandegário<sup>12</sup>...

<sup>9</sup> Ob. Cit., p. 18.

<sup>10</sup> BARROSO, Ivo, *Clássico de Melville virou um “Ulisses” americano*. Jornal Folha de S. Paulo, Caderno Ilustrada, 26 de abril de 2008.

<sup>11</sup> E, mesmo assim, isso ocorreu depois que Melville fez revisões no texto, alterou o título (antes o nome era *A Baleia*). Para *A baleia*, a tiragem inicial foi de apenas 500 exemplares, mas menos de 300 foram vendidos.



Você deve estar se perguntando: o que tem a ver a história de Ismael, já veterano do mar, que decide embrenhar-se em outro ramo da atividade marítima, a pesca de baleias, com Direito do Trabalho? E no (do) Brasil? Em tempos de reforma trabalhista, diríamos: tudo! Na verdade, não exatamente com a história de Ismael e sua baleia, mas da transição entre o velho e o novo. Como dizia Russomano: “As gerações moças compreendem melhor que as nossas gerações o sentido e o destino do Direito Sindical”<sup>13</sup>. Temos de ler, interpretar e trazer a realidade o que está escrito na lei com os tempos atuais.

## II) Muita coisa mudou desde a discussão onomástica sobre *Direito Social Restrito*.

Importante, aqui, para bem contextualizar a abrangência e “possibilidade factual-jurídica” de se aplicar, ainda nos dias de hoje (ou não), da forma como era antes (e porque assim era feito) os princípios basilares de do “passado histórico” do Direito do Trabalho, entender as razões que levaram a fixação deste entendimento, para, então e após, trazê-lo à realidade atual e compreender se há espaço adaptativo para sua defesa, sem quaisquer mudanças.

Neste sentido, cumpre destacar que os primeiros debates no terreno do Direito do Trabalho, aos olhos de quem começava a estudar a disciplina, isso nos idos dos anos 1950, passava pelo entendimento quanto ao título apropriado para o então, *novo*, à época, ramo da ciência jurídica<sup>14</sup>. Essa concepção sobre a onomatologia do termo diz muito quanto àquilo que queremos evidenciar nesse estudo.

Em destaque está a classificação mais desejável naqueles tempos, lançada por Cesarino Júnior: Direito Social Restrito.

E o que era esse Direito Social Restrito?

“Em primeiro lugar, o Direito Social Restrito se propõe a defender os *hipossuficientes*, que são aqueles que, na sociedade capitalista, dependem do trabalho para que possam sobreviver e não possuem recursos e meios para lutar por si mesmo. A princípio eles se procuram unir, para que possam ser fortes. Agrupam-se. Aglutinam-se. Criam-se, assim, organizações profissionais. É o momento em que a classe economicamente fraca tenta proteger

---

<sup>12</sup> KLOSTERMAN, Chuck, tradução de Érico Assis, *E se estivermos errados?* Harper Collins, Rio de Janeiro, 2017, p. 19.

<sup>13</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito Sindical. Princípios Gerais*. José Konfino – Editor, Rio de Janeiro, 1975. (Dedicatória)

<sup>14</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *O EMPREGADO e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º Volume, 1954, José Konfino Editor, São Paulo, p. 34.



a si própria. Eis, portanto, uma *auto-proteção*. Aqui, por conseguinte, os empregadores e os empregados são vistos e estudados através de suas entidades de classe, de seus sindicatos, isto é, são olhados coletivamente. E o conjunto de normas legais que regula a formação do sindicato e das outras instituições profissionais constitui o *Direito Social Coletivo*, ou seja, o *Direito Corporativo*, que melhor fôra chamar, no Brasil, de *Direito Sindical*, visto que a organização das profissões, entre nós, se faz com base na oposição entre empregados e empregadores, não existindo entidades de classe que congreguem, ao mesmo tempo, uns e outros, para unificação das forças palpitantes da produção nacional.

Mas os patrões e os obreiros podem, também, ser considerados *individualmente*. Vemos, então, que eles se acham vinculados pelos laços de um contrato e de uma relação jurídica chamada *relação de emprêgo*. As leis que disciplinam a conduta dos empregados e dos empregadores dentro do contrato de trabalho formam o *Direito Social Específico*, que é o Direito do Trabalho.

Após e finalmente, surgem leis sociais aplicáveis à generalidade dos que trabalham ou, ainda mais, dos que não têm suficiente poder econômico para que sobrevivam. É, agora, o Estado que favorece, diretamente, os *hipossuficientes*. São normas jurídicas que visam ao aperfeiçoamento étnico, de acordo com os quadros higiênicos e eugênicos, o progresso educacional do povo, a moralização da família, a dignificação ética do homem, etc. Essas leis constituem o *Direito Assistencial*, que abrange todos os aspectos do seguro social.

Portanto, o Direito Sindical, o direito do trabalho e o direito Assistencial são três partes de que compõe o Direito Social Restrito, isto é e, o *Direito Social*<sup>15</sup>“.

E quais os princípios atinentes ao tema, também para aquele ambiente laboral primevo?

São basicamente cinco: (i) o Princípio da *Progressão Racional*, que consiste na busca de garantias que cubram *necessidades existenciais dos trabalhadores*: “se, amanhã, por uma radical transformação do mundo em que estamos, essas necessidades fundamentais do proletariado fôssem satisfeitas, por um golpe de mágica, no dia seguinte renasceriam as reivindicações trabalhistas, em nome das necessidades mais sutis, mais requintadas, mais espirituais, mas, de qualquer forma autênticas necessidades econômicas”<sup>16</sup>; (ii) princípio da “sinceridade das leis trabalhistas”; (iii) princípio da economia, que se subdivide em: a) obter um determinado resultado com o mínimo de gasto possível (economia em sentido próprio); e b) outorgar benefícios a certos grupos de pessoas com o menor sacrifício para a população

<sup>15</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *O EMPREGADO e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º Volume, 1954, José Konfino Editor, São Paulo, p. 48/49.

<sup>16</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *O EMPREGADO e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º Volume, 1954, José Konfino Editor, São Paulo, p. 87/88.



(economia social); (iii) princípio da tutela oficial dos direitos do trabalhador<sup>17</sup>; e (v) princípio da igualdade, que desdobra-se em igualdade jurídica, econômica e moral<sup>18</sup>.

### III) Aplicação prático-estrutural atual

Muita coisa mudou de lá pra cá. Os ditamos éticos e étnicos citados, nem de longe atendem questões de ordem do dia a dia social direcionadas, por exemplo, à igualdade de gênero. As necessidades de uma pessoa nos dias de hoje passam muito longe daquelas de um cidadão médio dos anos 1950. Tecnicamente então, impossível qualquer viés comparativo (por mínimo que seja). E no que comporta a força dos entes sindicais (que até presidente da república elegeram) não há sombra de dúvidas de que muita coisa mudou. No que se refere às leis trabalhistas, por razões óbvias, não conseguem acompanhar esse turbilhão exponencial de mudanças.

Vejamos, neste sentido, um exemplo bem simples, instalado na CLT no parágrafo 2º, do artigo 511, que textualmente diz que: “*a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional (grifamos)*”.

As relações coletivas de trabalho, que compõem o Direito Coletivo de Trabalho, formatam-se por meio de três elementos, quais sejam sujeito, objeto e relação jurídica.

Os “*sujeitos* (ativos e passivos) da relação coletiva não são trabalhadores e empresários, individualmente considerados, isto é, pessoas naturais ou jurídicas enleadas por obrigações e movidas por direitos subjetivos emanantes de interesses particulares. Essa relação nasce, geralmente, de atos de acentuado caráter contratual, conhecidos pela denominação corrente de *convenções coletivas de trabalho*, ou, diretamente, de fatos criados pelo convívio ou pelo entrechoque das categorias profissionais ou econômicas, como ocorre através dos *conflitos coletivos de trabalho*<sup>19</sup>.

As pessoas que interferem e interagem na criação, alteração ou extinção da relação coletiva de trabalho não são diretamente os atores principais: trabalhadores e empresários em ação direta. Todo esse complexo de relações coletivas se move por meio de intermediários, em especial, no que se refere aos trabalhadores (por força, inclusive, de disposição constitucional: artigo 8º,VI), pessoas jurídicas representativas de categorias (ou

<sup>17</sup> Russomano destacava à época a importância deste princípio, à vista do “desenvolvimento incipiente do sindicato e das precárias condições de vida do operariado latino-americano”.

<sup>18</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *O EMPREGADO e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º Volume, 1954, José Konfino Editor, São Paulo, p. 87/94.

<sup>19</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito Sindical. Princípios Gerais*. José Konfino – Editor, Rio de Janeiro, 1975, p. 42.



grupos) profissionais e econômicos, a quem cabe a defesa dos interesses individuais e coletivos de toda a categoria.

Essa representação, coordenação e defesa desses interesses se dá por intermédio exclusivo de um ente sindical: sindicatos e entidades de grau superior (artigos 533 e 562, da CLT): federações e confederações.

O sindicato “é um sujeito coletivo, como organização destinada a representar interesses de grupo, na esfera das relações de trabalhistas. Tem direitos, deveres, responsabilidades, patrimônio, filiados, estatutos, tudo como uma pessoa jurídica”<sup>20</sup>.

“O sindicato se diferencia das demais associações por agrupar empregados ou empregadores em torno de interesses profissionais ou econômicos, recebendo tratamento especial do Estado do direito posto”<sup>21</sup>.

Observe-se, ademais, no campo de relevância e importância da ação desenvolvida por esse ente diferenciado de representação, chamado de sindical, que dentre as suas funções, uma (senão a mais importante) das suas funções é a da negociação coletiva de trabalho que gera contratos coletivos que vão além do estabelecimento de cláusulas contratuais, que eram obrigações concretas e diretas para os sindicatos convenientes, que são as chamadas “*Cláusula normativas*, que, por estanho que pareça, têm como consequência, a *formulação de normas de trabalho* e como obrigação resultante o respeito a essas normas, no mento da celebração dos contratos individuais, ou seja, na prática de outros atos jurídicos. Assim, embora na ralação coletiva, eventualmente, o objeto possa ser uma obrigação concreta, o que ela possui de relevante (e original) é a formulação abstrata de normas de trabalho, de caráter cogente, espeitadas pelos trabalhadores e empresários quando, individualmente, celebram contratos de trabalho”<sup>22</sup>.

Dito tudo isto, o que fica é: nos dias atuais qual a importância social ou jurídica da divisão por categoria (ditada ainda nos dias de hoje pelo Estado)? É democrática? É atual? Diríamos mais: é factualmente possível diante de todo cipoal de mudanças que houve – e continua em processo contingente de mutação – no mundo do trabalho? Exemplo: qual seria mesmo a categoria da plataforma UBER ou Airbnb? Motoristas? Hoteleiros? Ou ainda outra específica para Plataformas? Não somente neste universo mais recente: veja-se o exemplo das montadoras de veículos: são elas uma indústria metalúrgica?

<sup>20</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. São Paulo: Saraiva 1989, p. 153.

<sup>21</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *A sindicalização no serviço público*. Curitiba: Genesis, 1996, p. 17-18.

<sup>22</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito Sindical. Princípios Gerais*. José Konfino – Editor, Rio de Janeiro, 1975, p. 44.



Mas as mudanças não param por aqui. Vão bem mais longe. Na verdade, “em pleno século 21, o que importa investigar é qual o melhor caminho para romper ‘relações de produção’ peremptas a fim de liberar as ‘forças produtivas’”.<sup>23</sup>

#### IV) O Direito do Trabalho Bifronte Pós-Reforma Trabalhista

“Após reforma, país interrompe 7 altas e fecha 12,3 mil vagas com carteira”, essa foi a manchete de 27 de dezembro de 2017, do site do UOL<sup>24</sup>, ao fazer um balanço do primeiro mês de vigência da reforma trabalhista.

A análise ainda trouxe outras informações, como: “Trabalho sem hora fixa e parcial. O ministério divulgou os primeiros números sobre as novas modalidades de trabalho estabelecidas pela reforma trabalhista. No mês passado, foram criadas 3.067 vagas de trabalho intermitente, no qual o empregado não tem horário fixo e recebe apenas pelas horas trabalhadas. Na modalidade de trabalho parcial, foram criados 231 postos”.

Acontece, porém, que essa observação se baseia em fatos e dados que se tornaram ultrapassados pelas novidades advindas da reforma. Não podem mais, portanto, ser tratados isoladamente, sob pena de não revelarem a verdade da situação. Logo, uma análise correta e precisa dos efeitos mutantes reformistas, passa pela observação deste novo conjunto de informações e movimentações estruturais que afetam e influenciam significativamente o próprio Direito do Trabalho.

Eis o desafio a ser enfrentado.

Os desdobramentos jurídicos e factuais deste período pós-reforma vão muito além dessas abordagens pontuais, uma vez que exames desta natureza não se dão de modo complexo. Ao contrário: se limitam a um estudo desatualizado, preso e limitado a apenas um tipo específico e próprio de relação de trabalho, centrada na base da subordinação jurídica que vincula a prestação de serviços de um trabalhador para com o seu contratante na forma de vínculo de emprego: empregado e empregador. Num contrato de trabalho regido, única exclusivamente, pela CLT (Consolidação das Leis de Trabalho), e, mesmo assim, desprezando o fato (novo) jurídico de que o emprego atualmente já não mais é de um tipo-único, para fins de tratamento jurídico-trabalhista.

<sup>23</sup> LAMOUNIER, Bolivar. *Política, democracia e ética pública*. Jornal O Estado de S. Paulo, Caderno Espaço Aberto, A2. 31 de dezembro de 2017.

<sup>24</sup> Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2017/12/27/caged-novembro-2017-saldo-empregos-carreira-assinada.htm>. Acessado em 02/01/2018, às 19:45.



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO

Daí a imperiosa necessidade de um olhar apropriado e direcionador às pesquisas como essa, impedindo que se olhe tão somente o tradicional, ou melhor, o antigo, como meio de apuração, quando se vê postos de trabalho apenas como emprego, de acordo com dados fornecidos pelo CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), e se conclui que eles revelam a realidade do trabalho, sem incluir nesta perspectiva a nova divisão advinda da reforma.

Daí porque a visão da carteira de trabalho (de papel, em pleno mundo digital) torna-se turva neste momento de mudanças de estrutura na forma de consecução, execução e modalidades de trabalho, de matizes virtuais, participativas e empreendedoras, além das tradicionais.

Daí porque cientificamente a investigação, ao desprezar o novo, peca justamente por não atentar que a realidade é outra, movida por alterações sociopolíticas e por uma nova ordem jurídica.

O desafio aqui proposto é exatamente esse. Tratar os efeitos da mudança de acordo com o alcance que elas de fato e juridicamente impactam em todo Direito do Trabalho.

Um exame pormenorizado dessas alterações no mundo do trabalho, por intermédio de um choque de realidade necessário àquilo que move e alimenta as intenções, formações, desejos e expectativas de todos aqueles que vivem e trabalham no século XXI.

Não se pode simplesmente dizer que há uma espécie de “DNA protetivo trabalhista” imutável, avesso a qualquer alteração, ainda que advinda da Lei (!). A adaptabilidade é imprescindível à sobrevivência; à conformação social. Os padrões de comportamento, as relações interpessoais, as atividades econômicas, as leis mudam, transformando as estruturas sociais. Não há como “virar às costas” a tudo isso e se colocar dentro de uma bolha de proteção contra uma espécie de “vírus sociais mutantes”.

Exemplificando por meio de acontecimentos reais: “Considere uma habitante de Berlim nascida em 1900 e vivendo longevos cem anos. Ela passou a infância no Império Hohenzollern de Guilherme II; seus anos adultos na República de Weimar, no Terceiro Reich nazista e na Alemanha Oriental comunista; e morreu cidadã de uma Alemanha democrática reunificada. Conseguiu ser parte de cinco sistemas sociopolíticos muito diferentes, embora seu DNA tenha permanecido exatamente o mesmo”<sup>25</sup>. Bem-vindo à vida real.

---

<sup>25</sup> HARARI, Yuval Noah. *Sapiens. Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. 28ª edição. 2017. L&PM EDITORES, Porto Alegre, p. 43.



**IV) Dupla dimensão: (i) jurídico-protetiva plena e (ii) jurídico-protetiva-objetiva.**

Para tanto, utilizando a máxima da “dupla dimensão”, que normalmente é aplicada ao Direito Ambiental, aqui, por analogia, numa espécie de “diálogo das fontes”, a adaptaremos ao Direito do Trabalho, precisamente no objeto central da crítica encimada, que se encerra na subordinação, eixo vinculante e caracterizador que o vincula (Direito do Trabalho) unicamente aos contratos de emprego.

Para tanto, trabalhar-se-á com um desdobramento de gênero, para um efetivo alcance das regras trabalhistas aos contratos de trabalho (todos!), que chamaremos de “*lato (s)*” –, não mais limitados, portanto e por isso mesmo, a um único viés de formação e formatação de existência, que é a subordinação, mas, ao contrário, devidamente ampliado, por meio de uma visão de entendimento e compreensão de viabilização jurídica mais adequada à realidade atual, ou seja, a repartição em espécies: (i) jurídico-protetiva plena e (ii) jurídico-protetiva-objetiva.

A primeira está ligada à proteção tradicional relativa ao trabalho subordinado e vincula-se ao contrato de emprego, ainda sob o enfoque formador da primazia da realidade, independentemente da vontade das partes, no caso específico de um tipo de empregado, a que chamaremos de *tradicional*.

Note-se, portanto, que a regra já não é mais una. Sua aplicação tem aplicação limitada a uma situação própria. Observa-se, então, uma novidade, que advem de uma primeira divisão, que reparte a figura do empregado em duas categorias, para fins de aplicação protetiva ilimitada, em especial, no que pertine a autonomia de vontade. Para esse diferenciativo, são exigidos dois elementos: (a) formação acadêmica superior e (b) valor salarial também superior, que chamaremos de *contemporâneo*.

A primeira categoria será a do empregado *tradicional*, também chamado de hipossuficiente, aquele que não detém autonomia plena para negociar cláusulas e condições contratuais, tampouco modificações no contrato de trabalho existente. Aplicam-se-lhe as protetivas constantes no artigo 468, da CLT, com base no princípio da plena proteção.

Não existe alteração conceitual neste caso. Toda a literatura existente relacionada à proteção legal ao empregado continua eficaz e inalterável. Pouco, assim, há para se tratar nesta oportunidade sobre o tema, à vista das incontáveis e excelentes obras acadêmicas que tratam do assunto.

A novidade que merece ser tratada e contemplada neste estudo, refere-se à adição de uma segunda categoria de empregado, para quem a irradiação dos efeitos protetivos não mais é tão ampla e, muito menos, inabdicável.



Nesta segunda categoria se encontram presentes os empregados que têm nível superior de escolaridade e recebem salários inferiores a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Eles detêm autonomia e liberdade contratuais para negociar o seu contrato de trabalho (no início e no decorrer do seu curso). São os contemporâneos, também denominados de hipersuficientes, numa forma de diferenciá-los (sob unicamente o viés de autonomia negocial) dos primeiros.

Essa advertência, quanto à única motivação jurídica diferenciadora é realizada, a fim de se evitarem mal-entendidos, haja vista que as partes (empregado e empregador) continuam não sendo iguais, para fins de consectários contratuais de cobrança de direitos e obrigações, uma vez que de um lado do contrato encontra-se uma pessoa humana e com proteção constitucional contra todas eventuais e possíveis ameaças à dignidade da pessoa humana e, de outro, uma que detem poderes de direção, fiscalização e disciplinar, além de assumir os riscos do negócio. Não são iguais. Não se tornaram iguais, mesmo depois da reforma.

Os empregados de ambas as categorias continuam protegidos contra todo o tipo de agressões e excessos laborais, enquanto seres humanos, cidadãos e trabalhadores, por isso estarem enquadrados na espécie **jurídico-protetiva plena**.

A segunda, funda-se na introdução, nas Constituições, de tarefas, deveres de atuação e objetivos a serem atingidos pelo Estado. Diferentemente da dimensão subjetiva, não está aqui em causa o indivíduo, diretamente, mas sim a proteção jurídico-objetiva que a ordem jurídica confere independentemente dos sujeitos.

Atualmente até a busca por uma ocupação ou recolocação profissional está diferenciada. Quem ainda manda pelo correio ou entrega pessoalmente um currículo expresso? Aliás, cabe outra pergunta: o que mesmo deve conter neste currículo (digital)?

Hoje por meio do espaço cibernético encontra-se tudo. Ele é tutorial. Um grande “supermercado digital” demonstrando as praticidades do *como fazer*. Vídeos explicativos, aulas, manuais, pórticos exemplificativos, etc. Uma interessante vitrine de mecanismos de atuação variados. A pergunta (outra) que fica é: mecanismo de ajuda/apoio ou de padronização/*stantardlização*? Estaríamos impedindo que Óblio<sup>26</sup> possa manifestar e ser auto-criativo?

---

<sup>26</sup> Filme: A Ponta (original The Point), de 1971, dirigido por Fred Wolf, em que, num reino incomum, onde toda a população tem cabeça em formato de ponta, nasce um menino (exceção) chamado Óblio, que tem cabeça redonda. Não obstante sua diferença, ele tem muitos amigos. Todavia, um conde mau e ciumento, acaba por entender que Óblio é mais popular do que o seu filho. E, deste modo, resolve expulsá-lo (juntamente com o seu cachorrinho Arrow) do reino. Ele é exilado para uma floresta afastada. Contudo, lá ele acaba tendo experiências incríveis. Conhece um homem com três cabeças, abelhas gigantes, uma árvore no negócio da venda de folha e uma pedra bem-humorada. Como lição, Óblio aprende que não é necessário ter uma cabeça pontuda para ter um propósito na vida. Participação especial de Ringo Starr como narrador.



Comporte-se bem e adequadamente. Entrevistas de candidatos a emprego. Quantas “dicas” são dadas/oferecidas aos candidatos, a fim de que “se comportem bem” numa entrevista. Que impressionem. Apresentem o “seu melhor”. Que apresentem suas “qualificações e qualificativos” que retratem quem ele é (ou quer/deva ser). E todas essas informações serão “guardadas numa ‘caixinha’”.

Essa abordagem é identificada para destacar que a base de informações obtidas, antes mesmo do início de uma relação de trabalho, por parte do empregador (pelo mercado e/ou mídias sociais), é indutiva e, por via reflexiva, invasiva na vida da (na) vida privada do entrevistado; da nossa vida...

Passam por esse estágio perguntas pessoais, personalíssimas, que, por vezes, vão bem além daquilo que necessária e obrigatoriamente deveria o empregador ter acesso informativo para a prestação de um serviço que poderá (ou não) num futuro ser-lhe fornecido.

Vão desde com quem mora: filhos, cônjuge, pais, amigos, etc., até para que time torce; religião que professa; opinião política, redes sociais que está presente, gostos, cultura, prática esportiva, hobby, rituais, amigos (network), e daí por diante, passando, é claro, pelo básico, ou seja, escolaridade e experiência profissional anterior, tudo por meio de mecanismos “científicos” de avaliação e “constatação” *direta*, como: capacidade profissional, experiência, formação *direta* e *indireta* (nível de empatia, comportamento em equipe, resiliência e empregabilidade), por exemplo.

Aliás, no que se refere à experiência anterior, juntamente com o grau técnico de sua avaliação, são acompanhados questionamentos outros, como a razão da sua saída, procedidos do porque da escolha de um novo e eventual empregador, acrescidos, de modo sutil e aparentemente inocente, de outras perguntas, que têm o fito de saber se o candidato tem algum tipo de vício, se apresenta algum problema de saúde pessoal e/ou familiar, se tem espírito questionador, tudo devidamente atrelado aos seus hábitos nos empregos anteriores, como qual frequência/necessidade de uso de *smartphone*, como entende as ordens e orientações recebidas, faltas ao serviço e assim por diante.

Questiona-se, ainda, onde mora e a distância de sua casa até a empresa, bem como quantas conduções são necessárias ao deslocamento, não somente para fins de cálculos relacionados a custos, como com vale transporte, mas, também, como um meio de monitoramento relacionado a futuros e possíveis atrasos.

Ao final, a entrevista é encerrada e dela advém um resumo, um fechamento opinativo quanto à avaliação (subjéctiva ou por meio de algum programa – ou algoritmo) da personalidade do candidato: pessoa calma, paciente, “resiliente”, “promissora”, agitada, ansiosa, dinâmica, criativa, com iniciativa, identificando – segundo os critérios de quem o avaliou – os seus pontos positivos e negativos.



Esse relatório *conclusivo* serve à contratação ou não da pessoa.

As perguntas que ficam, a partir desse complexo processo, são: qual o destino dessa profícua e detalhada fonte de informações dessa pessoa? Qual o compromisso de sigilo daqueles que as obtiveram, que estiveram envolvidos neste procedimento? Qual a garantia do entrevistado de que seus dados pessoais não serão abertos (ou conhecidos) por terceiros? Qual a proteção jurídica desses dados pessoais? Qual a diferenciação de tratamento (se existente) dessas informações, entre os contratados e os não-contratados (e o critério de acesso)? Se existente, qual ou quais os motivos jurídicos para isso?

Parabéns: você foi aprovado na entrevista, de candidato torna-se um *colaborador* efetivo. Passa, muitas vezes, a ter convênio médico e a empresa, prestadora desses serviços, ilimitado acesso a toda a sua condição físico-mental (por vezes, da sua família também). Internamente, tem direito ao uso de ferramentas digitais (e espaço para arquivamento de fotos, vídeos e outros documentos pessoais), tudo e por óbvio, armazenado e guardado por constantes *backups* efetuados pelo empregador em suas máquinas (os computadores, *smarthphones*, *tablets*, etc. continuam sendo de propriedade do empregador) – pelo menos, essa é a regra (que, claro, comporta exceções).

Se o empregado prestar serviços externos ou em *home office* poderá (se não houver explícita ordem em sentido contrário) se utilizar de rede *wi-fi* pública e/ou gratuita. Estará (o risco é grande e efetivo), contudo, trabalhando e possivelmente disponibilizando informações confidenciais para quem não deveria nesta hipótese. Será que ninguém lhe disse que isso não era seguro? Não há alguma política interna ou disposição contratual alertando-o para esse fato de risco? A necessidade dessas prévias comunicativas é importantíssima, diante dos reflexos negativos que podem desdobrar-se da sua (má) utilização.

Por falar em política interna será que há alguma disciplinando como ele deve usar (ou não usar) os aparelhos que lhe são ofertados para o trabalho, como computadores, *smarthphones*, *tablets*, etc? E mais: que eles serão considerados como ferramenta de trabalho e, portanto, sujeitos à fiscalização e controle? Condição que implica análise e verificação de (por) terceiros de fatos, fotos e comportamentos íntimos?

Ou mais ainda: que o empregador poderá, ao longo do contrato, obter informações estritamente pessoais relacionadas ao comportamento geral do empregado, geradoras de fórmulas que lhe permitem avaliar e assegurar a sua produtividade, influenciando diretamente na sua carreira profissional, sem que tenha possibilidade de um “contraditório” quanto ao subjetivo entendimento daquele que detém acesso a essas informações?

Ainda com relação ao uso do *wi-fi* aberto para clientes apenas com senha sem identificação, a empregadora teria explicitado sobre os riscos de a sua utilização poder ser tratada em determinadas situações como crime virtual – além do acesso indevido por terceiros



das informações contidas no aparelho? – como, por exemplo, um roubo de identidade e de senha, com a utilização das informações pessoais para realizar compras online ou efetuar transações financeiras de forma indevida. Ou, então: a) falsa identidade; b) calúnia, injúria ou difamação na internet ; c) estelionato; d) pirataria; e) discriminação (comentários preconceituosos de cunho racista, sexista, homofóbico, transfóbico, etc.); e) pedofilia.

A lista é grande.

Terminada a relação teria o empregado um salvo conduto relativo a uma espécie de direito ao esquecimento? Seus dados pessoais são seus e de mais ninguém. Logo, tudo que estiver (se previamente autorizado para tanto) guardado em seu maquinário deverá ser-lhe entregue por meio de *pendrive* ou mídia equivalente, com garantia de não armazenamento por parte do empregador.

Há de se observar, ainda, outros aspectos periféricos e reflexivos supervenientes ao fim do contrato, não diretamente ligados ao arquivo/guarda de “coisas” pessoais. A relação profissional que foi mantida entre empregado e empregador é originária de um contrato sinalagmático, limitado tão somente àqueles que o constituíram, à vista do seu caráter de direitos e obrigações exclusivas aos envolvidos. Salvo informações de índole estatal, que obrigatoriamente devem ser guardadas e eventual ou periodicamente repassadas à fiscalização do Estado, a fidúcia contratual obriga as partes que respeitem a individualidade personalíssima do contrato. Não é juridicamente admissível e possível repassar a terceiros dados e/ou informações sem a anuência do seu titular.

O que fica, para estudo e avaliação jurídica, é o *como*, ou seja, a instrumentalização de mecanismos eficazes de controle, para efetividade deste comando ético, à vista da ruptura contratual havida no relacionamento entre as partes. Único, diga-se de passagem, elo jurídico e factual que as ligava.

Sem dúvida alguma, é importantíssima a celebração de mecanismos jurídicos de vazão eficaz para essa garantia. Eles podem perpassar por aditivos contratuais; compromissos expressos pós-contratuais, com cláusulas restritivas de liberdade; acordos coletivos de trabalho; políticas internas de *compliance*; e tudo mais que tenha o condão de limitar (pelo menos mitigar) o conteúdo comunicativo dessas informações/dados pessoais e profissionais dos envolvidos ausentes, diante da ruptura do laço contratual.

Não há aqui que se esperar bom senso ou outra medida moral subjetiva. Deve-se, ao contrário, exteriorizar e expressar categoricamente os entendimentos e seus limites. Somente assim, se terá o respeito jurídico necessário e a possibilidade de reparo, diante de uma eventual e futura infração.

Quando se fala em proteção, dentro de um contexto social permeado por questões tecnológicas, o que está em jogo não é a construção de meios e formas que garantam



ao indivíduo (a pessoa humana) uma proibição plena quanto ao acesso à sua vida privada; à sua intimidade (algo como: *me deixe em paz*).

O que é possível e deve ser respeitado é outro modo garantidor, qual seja o *controle*. Dispositivos legais que delimitem o acesso e uso dos seus dados pessoais, formadores da sua identidade e personalidade, que protejam o segredo (se assim a pessoa o quiser) sobre esses dados; sobre o fluxo dessas informações.

Muito embora no Brasil não exista uma regulamentação específica acerca da proteção de dados, a tutela privada de direitos da personalidade do trabalhador tem sua garantia, com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana. Para tanto, observam-se as disposições principiológicas da Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e Marco Civil da Internet.

Por sua vez, a União Europeia, em 27 de abril de 2016, editou normas que compõem o agora chamado *General Data Protection Regulation* (GDPR). De acordo com o estabelecido, as organizações que manipulam e tratam dados pessoais da Comunidade Europeia tiveram até maio de 2018 para se adequar às novas regras, dois anos após a edição<sup>27</sup>. O GDPR é composto por:

- a) Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho – relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)<sup>28</sup>;
- b) Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho – relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho<sup>29</sup>;

---

<sup>27</sup> Considerando n° 171: A Diretiva 95/46/CE deverá ser revogada pelo presente regulamento. Os tratamentos de dados que se encontrem já em curso à data de aplicação do presente regulamento deverão passar a cumprir as suas disposições no prazo de dois anos após a data de entrada em vigor. Se o tratamento dos dados se basear no consentimento dado nos termos do disposto na Diretiva 95/46/CE, não será necessário obter uma vez mais o consentimento do titular dos dados, se a forma pela qual o consentimento foi dado cumprir as condições previstas no presente regulamento, para que o responsável pelo tratamento prossiga essa atividade após a data de aplicação do presente regulamento. As decisões da Comissão que tenham sido adotadas e as autorizações que tenham emitidas pelas autoridades de controlo com base na Diretiva 95/46/CE, permanecem em vigor até ao momento em que sejam alteradas, substituídas ou revogadas.

<sup>28</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>

<sup>29</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>



- c) Diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 – relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave<sup>30</sup>.

Em relação ao âmbito de aplicação, devemos ter em mente que o GDPR aplica-se a empresas brasileiras que tratam dados de cidadãos europeus, como, por exemplo, empresas que tenham matriz ou filial europeia, com sistema integrado para tratamento de dados<sup>31</sup>.

Numa relação de emprego, como bem alerta e destaca Tatiana de Almeida Granja<sup>32</sup>, estão presentes princípios próprios do Direito do Trabalho, que impõem limites aos poderes do empregador (direção, hierárquico e de fiscalização), garantidores, portanto, da proteção de dados. Neste sentido, ao destacar, primeiramente, o *princípio da irrenunciabilidade de Direitos*, ela o faz citando outros dois autores:

Primeiro, a jurista Maria Belén Cardona Rubert<sup>33</sup>, que identifica as possibilidades de tratamento de dados sensíveis:

“O empresário unicamente poderá proceder ao tratamento automatizado destes dados sensíveis quando, pela natureza do posto, o trabalhador deva

<sup>30</sup> Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0681&from=PT>

<sup>31</sup> Artigo 3º. Âmbito de aplicação territorial: 1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. 2. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com:

a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. 3. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento estabelecido não na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público.

<sup>32</sup> GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/o-desafio-da-protecao-aos-dados-pessoais-do-trabalhador-a-relacao-de-trabalho/>. Acessado em 29/10/2017.

<sup>33</sup> No original: *El empresario únicamente podrá proceder al tratamiento automatizado de estos datos sensibles cuando, por la naturaleza del puesto, el trabajador deba realizar tareas cargadas de un indudable contenido ideológico, mientras que habrá que entienda excluida esta posibilidad en el caso de tratarse de tareas neutras, ya que la aptitud para ejecutar dichas prestaciones no depende de la participación del trabajador en la tendencia o línea ideológica de la empresa y, por tanto, son ilícitas todas las indagaciones realizadas por el empresario dirigidas a obtener información relativa a la ideología, creencias religiosas, afinidad política o sindical del candidato al empleo o del trabajador en plantilla que tenga que desarrollar o que desarrolle actividades ideológicamente neutras*. CARDONA RUBERT, Maria Belén. *Informática y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.p. 158-159 *apud* GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*.



realizar tarefas carregadas de um indubitável conteúdo ideológico, devendo ser excluída esta possibilidade no caso de se tratar de tarefas neutras, já que a aptidão para executar ditas prestações não depende da participação do trabalhador na tendência ou linha ideológica da empresa e, portanto, são ilícitas todas as indagações realizadas pelo empresário dirigidas a obter informação relativa a ideologia, crenças religiosas, afinidade política ou sindical do candidato ao emprego ou do trabalhador do quadro que tenha que desenvolver ou desenvolva atividades ideologicamente neutras”.

Depois, traz à tona o entendimento de Daniel Martínez Fons<sup>34</sup>:

“[...] no que se refere aos dados especialmente protegidos, deve-se ter em conta que a exigência do consentimento na coleta e no tratamento de dados sensíveis não substitui nem neutraliza os direitos fundamentais à intimidade, liberdade religiosa, ideológica e sindical na relação de trabalho. Efetivamente, o requerimento empresarial ao trabalhador de qualquer informação relativa a algum dos aspectos agora citados se sujeita ao princípio da proporcionalidade. Isto significa que deve ser comprovado um interesse relevante no conhecimento da informação”.

A seguir, trata do *princípio da qualidade dos dados*, evidenciando que por esse princípio “os dados coletados devem ser adequados, necessários e proporcionais (não excessivos) e adequados à finalidade de tratamento a que se destinam. Além disso, eles devem ser, de fato, necessários, indispensáveis e não excessivos ao propósito do tratamento. [...] deve haver proporcionalidade entre as naturezas dos dados levantados e o objetivo do tratamento de dados. Insta registrar que as três exigências relacionadas à qualidade dos dados – adequação, pertinência ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – correspondem aos três elementos do Princípio da Proporcionalidade”.

Depois, completa com o *Princípio da Informação*, onde “é obrigação do empregador informar a existência e a finalidade do tratamento. É também necessário informar os meios e as fontes que serão utilizadas na obtenção dos dados, bem como as consequências da negativa de consentimento e/ou fornecimento das informações. [...] é mister demonstrar a idoneidade e garantir a transparência do tratamento de dados de caráter pessoal”.

---

<sup>34</sup> [...] por lo que se refiere a los datos especialmente protegidos, debe tenerse en cuenta que la exigencia del consentimiento en la recogida y tratamiento de datos sensibles no sustituye ni neutraliza los derechos fundamentales a la intimidad, libertad religiosa, ideológica y sindical en el relación de trabajo. Efectivamente, el requerimiento empresarial de cualquier información que se solicite al trabajador relativa a alguno de los aspectos ahora citados se halla sujeta al principio de proporcionalidad. Ello significa que debe justificarse un interés relevante en el conocimiento de la información. MARTÍNEZ FONTS, Daniel. Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. Derecho social y nuevas tecnologías. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 44. *apud* GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*.



Outro princípio por ela relacionado refere-se ao *Princípio do Consentimento*, onde “em qualquer espécie de tratamento de dados, o consentimento do indivíduo tem importância capital. Trata-se do princípio que legitima todo o tratamento. Ele permite que o afetado controle a utilização de seus dados pessoais, o que se denomina direito à autodeterminação informativa”.

Especificamente com relação a esse princípio, uma vez mais, ela se vale das assertivas e preciosas lições de Daniel Martínez Fons<sup>35</sup>, para quem:

[...] o consentimento da pessoa afetada é princípio essencial da relação de tratamento de dados [...]. A aplicação de tecnologias que permitam coletar, armazenar e tratar dados de caráter pessoal exige, com caráter geral, o consentimento do afetado [...]. Trata-se, portanto, de acordo com a doutrina, do “informed consent”, isto é, um consentimento informado e plenamente consciente sobre a relação jurídico-privada que se constrói entre o responsável do ficheiro e o afetado (tradução e grifos nossos).

E completa a relação com os princípios: (i) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; (ii) Princípio da Não-Discriminação; e (iii) Princípio da Boa-Fé.

Para um real e efetivo efeito garantidor, hão de ser habilitados e reconhecidos alguns direitos suplementares: (a) direito de acesso; (b) direitos de retificação e de cancelamento; e (c) direito de oposição.

O empregado tem de ter acesso às informações que lhe dizem respeito. Deve-lhe ser facilitado o conhecimento, com simplicidade de caminhos para obtenção de todas as informações que concernem à sua vida (pessoal e profissional).

Neste sentido, Daniel Martínez Fons<sup>36</sup> assegura que:

---

<sup>35</sup> [...] es principio esencial de la relación de tratamiento de datos el consentimiento de la persona afectada [...]. La aplicación de tecnologías que permitan recabar, almacenar y tratar datos de carácter personal exige, con carácter general, el consentimiento del afectado [...]. Se trata, por tanto, de acuerdo con la doctrina, de “informed consent”, esto es, un consentimiento informado y plenamente consciente sobre el que se construye la relación jurídico-privado entre el responsable del fichero y el afectado. Martínez Fons, Daniel. Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. Derecho social y nuevas tecnologías. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 39. *apud* GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*.

<sup>36</sup> [...] para la obtención de un resultado ponderado en la composición de los intereses opuestos no basta con la máxima tutela que pueda ofrecerse al ámbito estricto de la intimidad y un amplio conjunto de informaciones a las que legítimamente pueda acceder el empresario. Todo lo contrario el equilibrio de intereses debe fundamentarse sobre el principio de control del sujeto sobre la información relacionada con él. Ello se manifiesta en la existencia de una finalidad legítima que justifique la recogida de los datos de carácter personal. Es precisamente el referido principio el elemento esencial que ha de tomarse en consideración en la evaluación del tratamiento de datos en la



[...] não cabe impor restrições indiretas que desestimulem o exercício do direito de acessar; de maneira que se deve rejeitar qualquer prática neste sentido, tais como circunscrever o exercício do direito fora da jornada de trabalho ou que o tempo investido não seja considerado tempo de trabalho, submeter a questionários os trabalhadores que querem acessar, nem, enfim, estabelecer um registro autônomo dos trabalhadores que fazem uso de sua faculdade.

Quanto à periodicidade, Tatiana de Almeida Granja, entende que deve ser fixado “um intervalo mínimo entre os acessos dos trabalhadores aos seus próprios dados, evitando transtornos para a organização decorrentes de sucessivos e despropositados acessos [...] com o estabelecimento de exigências mínimas que demonstrem a legitimidade de interesse”.

Por óbvio, quando houver necessidades excepcionais e justificáveis, esse período pode sofrer alterações para atender essas legítimas urgências.

Embora não haja regulamentação específica na legislação brasileira (fora da relação de trabalho) há de se interpretar que a tutela dos direitos privados abarca a proteção do trabalhador, com base nas garantias constitucionais, Código Civil e Consolidação das Leis do Trabalho.

Os dados poderão ser objeto de correção (*Direitos de retificação e de cancelamento*), por meio de cancelamento (exclusão física do dado) ou, em alguns casos, pelo simples bloqueio ao acesso.

Há, ainda, a possibilidade do exercício do *Direito de oposição*, facultado ao empregado apresentar justificativas legítimas para exposição e/ou manutenção de seus dados pessoais, uma espécie de *jus resistitiae* no contrato de trabalho.

Note-se que esse procedimento de controle é indispensável dentro do seio da sociedade eminentemente digital que vivemos. Como alerta, Fernanda Bruno, professora e pesquisadora da UFRJ, “os contornos modernos que conhecemos e herdamos – a separação público/privado e a definição de papéis em cada uma dessas esferas, a valorização da família, os direitos do indivíduo, a inviolabilidade do domínio privado, o direito ao segredo, à solidão, a proteção ao anonimato etc – foram resultado de embates na definição das relações entre o estado e a sociedade civil, o indivíduo e o coletivo. Logo, a privacidade, não sendo uma condição “natural”, está sujeita a variações, mas estas não seguem um princípio “evolutivo” que

---

*relación laboral. Se trata, consiguientemente, de determinar la cantidad y calidad de las informaciones que sobre el cumplimiento de la prestación de trabajo pueden ser recogidas.* Martínez Fons, Daniel. Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. Derecho social y nuevas tecnologías. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 31-32. *apud* GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho.*



levaria a sua extinção (como quer Zuckerberg, presidente do Facebook), mas são (e foram sempre) o efeito de embates sociais, políticos, econômicos. A história da privacidade é uma história política do cotidiano, onde a micro e a macro-política não cessam de se misturar. É nesse sentido que se deve compreender as recentes transformações nos seus limites. A privacidade hoje está em disputa. Não se trata de afirmar que ela existe ou deixou de existir, mas de compreender os discursos, forças e práticas que hoje disputam pelo sentido, valor e experiência da privacidade. Essa disputa é especialmente sensível no campo das redes distribuídas de comunicação. Assim, é preciso entrecruzar a disputa em torno da privacidade e as disputas políticas, econômicas, sociais, cognitivas e estéticas que se travam no âmbito dessas redes, de seus “bens” materiais e imateriais, de seus modelos de comunicação, circulação e produção de informação, conhecimento, cultura etc. Não raro (embora não necessariamente) os que clamam pelo fim da privacidade também clamam pelo controle da liberdade e do anonimato, ou pelo controle das práticas de compartilhamento e colaboração na rede<sup>37</sup>.

O importante, sem dúvida alguma, é o cuidado e a forma como são tratadas, divulgadas e destinadas às informações provenientes de dados pessoais do trabalhador<sup>38</sup> (antes, durante e após a relação de emprego), na medida em que esses dados pessoais (e sua publicidade) estão sob um invólucro digital de duas ordens:

- a) Uma primeira que pode ser chamada de *mais superficial e visível*, “onde as pessoas geram e disponibilizam voluntariamente e sobre os quais usualmente têm o controle do seu grau de visibilidade e publicidade (conforme as ferramentas disponibilizadas aos usuários, e nas quais inscrevem-se as nuances éticas da política de privacidade desses serviços e ambientes)”; e
- b) uma segunda camada, que chamaremos de *profunda*, de dados que podem ou não conter meios de identificação dos indivíduos que os geraram. “Agregados em bancos de dados e submetidos a **técnicas de mineração e profiling**, tais dados geram mapas e perfis de consumo, interesse, comportamento, sociabilidade, preferências políticas que podem ser usados para os mais diversos fins, do marketing à administração pública ou privada, da indústria do entretenimento à indústria da segurança, entre outros. Neste caso, o controle do indivíduo sobre os seus próprios dados é bem menos evidente e a noção de privacidade (nos seus termos jurídicos)

---

<sup>37</sup> BRUNO, Fernanda. O fim da privacidade em disputa. Disponível em: <http://revistapontocom.org.br/edicoes-anteriores-artigos/o-fim-da-privacidade-em-disputa>. Acessado em 27/05/2018.

<sup>38</sup> É utilizado aqui o termo trabalhador, em vez de empregado, porque tratam-se de estágios supra-contrato de trabalho (antes e depois da sua confecção).



não dá conta da complexidade de questões sociais, políticas e cognitivas envolvidas”<sup>39</sup>.

Logo, a proteção e guarda dos dados deve ser feita de maneira própria e complexa e não de modo amador e subjetivo, até porque o Marco Civil da Internet exige a proteção da **privacidade do usuário**, mas pede a manutenção, por **um ano**, de registros que possam **identificar os autores** dos acessos.

A importância deste viés contratual quanto à proteção de dados, tem relevância estrutural e transversal, tanto que gerou até a criação de uma profissão nova e moldada à sua gerência e aplicabilidade, como é o caso do “diretor de proteção de dados”. Em matéria específica sobre o tema, publicada no jornal O Estado de S. Paulo, destacou-se que “bancos, seguradoras, agências de publicidade e marketing e veículos de comunicação, todos procuram o mesmo profissional [...] *Data Protection Officer* (diretor de proteção de dados, em tradução livre) ou DPO. Trata-se de responsável por elaborar estratégias sobre como coletar e proteger dados pessoais contra ciberataques, uma das novas exigências do Regulamento Geral Sobre Proteção de Dados Pessoais (GDPR). [...]. Com a entrada em vigor da GDPR, a União Europeia espera que o DPO seja capaz de dizer “não” a um presidente executivo que esteja a infringir as regras impostas pela legislação”<sup>40</sup>.

O equilíbrio entre as inovações digitais, comércio eletrônico e vida privada tem de existir e ser regulado. Todo esse processo de publicidade direcionada, assistentes pessoais, redes sociais e serviços de geolocalização estão imbricados nos estágios acima relacionados e próprios da relação de emprego (melhor: de trabalho, em sentido lato), o que exige, portanto, precaução e definição de regras comportamentais contratuais com o fito de mitigar abusos e excessos, preservando-se a dignidade da pessoa humana.

O Regulamento Geral Sobre Proteção de Dados (GDPR) é um grande balizador do “como” tratar o tema, uma vez que regulamenta direitos que incluem o acesso aos dados, retificação, direito ao esquecimento, direito à informação em caso de sinistro – como vazamento de dados –, direito à limitação de tratamento e, finalmente, direito à portabilidade de dados. Esse último muito inovador. O usuário vai poder transferir seus dados de um banco para outro, por exemplo, sem burocracia<sup>41</sup>.

O momento, assim, valendo-se, aqui, da metáfora trazida por Leandro Karnal (lembrando Padre Vieira) é transformador: deve-se dar plena segurança jurídica à proteção de dados, lapidando-a em mármore e não de murta.

---

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Jornal O Estado de S. Paulo, 20 de maio de 2018, Caderno Economia B12.

<sup>41</sup> Entrevista de Fernando Santiago, doutor e especialista em privacidade e direito relacionado a tecnologia, in Jornal O Estado de S. Paulo, 20 de maio de 2018, Caderno Economia B12.



Destaca Karnal: “O padre Vieira criou uma ideia em seu *Sermão do Espírito Santo*, em 1657. Alguns povos, pensava o inaciano, são de difícil mudança e resistem à pregação do Evangelho. Diz o português que: ‘Há umas nações naturalmente duras e constantes, as quais dificultosamente recebem a fé e deixam os erros de seus antepassados; resistem com armas, duvidam com o entendimento, repugnam com a vontade, cerram-se, teimam, argumentam, replicam, dão grande trabalho até se renderem; mas, uma vez rendidos, uma vez que receberam a fé, ficam nelas firmes, como estátuas de mármore; Não é necessário trabalhar mais nelas’. No caso desses povos, a conquista espiritual seria muito complexa e demorada. Uma vez realizada a tarefa hercúlea, a nova imagem seria dura como pedra e os convertidos ficariam apegados de forma definitiva à Boa-Nova. Haveria outros povos, como os indígenas do Brasil, que teriam comportamento oposto. Seria dóceis e receptivos ao novo modelo religioso. A facilidade da adesão seria acompanhada pela pouca constância no caminho de Jesus. Imediatamente cristianizados e com rapidez voltando às crenças antepassadas. No caso em questão, em vez de mármore, seria como esculpir em um arbusto, a murta, planta sobre a qual o jardineiro hábil pode produzir formas inventivas. Passadas algumas semanas (Vieira fala em 4 dias), o arbusto perde o modelo e retorna ao estado natural. No mundo clássico, a murta era dedicada à deusa Vênus/Afroditê, reforçando sua mutabilidade. Os ‘gentios’ do Novo Mundo eram alunos ambíguos: aceitariam tudo que lhes ensinavam e, teimosos, permanecem apegados ao seu universo de valores”<sup>42</sup>.

Mais do que fundamental, imprescindível, se torna, assim, o respeito à garantia do controle de dados pessoais, por meio de políticas específicas e adequadas.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2019.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Carlos. *Direito do Trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo, LTr. 2018

ALIGHIERE, Dante, *A Divina Comédia, Purgatório*, Tradução e notas Italo Eugenio Mauro, Editora 34, São Paulo, 1998, 4ª reimpressão 2000.

ALMEIDA, Tatiana de. *O Desafio da Proteção aos Dados pessoais do Trabalhador: a relação de trabalho*. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/o-desafio-da-protecao-aos-dados-pessoais-do-trabalhador-a-relacao-de-trabalho/>> Acesso em 27 mai. 2018.

ALVES, Rubem. *Concerto para corpo e alma*. Papirus Editora. São Paulo, 2002.

---

<sup>42</sup> KARNAL, Leandro. *Brasil de mármore e de murta*. Jornal O Estado de S. Paulo, 20 de maio de 2018, Caderno 2, C7.



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO

BRUNO, Fernanda. *O fim da privacidade em disputa*. Disponível em: <<http://revistapontocom.org.br/edicoes-antiores-artigos/o-fim-da-privacidade-em-disputa>> Acessado em 27 mai.2018.

CARDONA RUBERT, Maria Belén. *Informática y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999 apud GRANJA, Tatiana de Almeida. O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/o-desafio-da-protecao-aos-dados-pessoais-do-trabalhador-a-relacao-de-trabalho/>> Acesso em 27 mai. 2018.

COLL, C; MONEREO, C (Org). *Psicologia da educação virtual: aprender e ensinar com as tecnologias da informação e da comunicação*. Tradução Naila Freitas. Porto Alegre: Armed

DUARTE, Roberto Dias, in *Quem mexeu no meu currículo?* Jornal O Estado de S. Paulo, 23 de outubro de 2011, p. 2, Caderno Empregos.

MARTÍNEZ FONS, Daniel. *Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo*. *Derecho social y nuevas tecnologías*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005 apud GRANJA, Tatiana de Almeida. O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/o-desafio-da-protecao-aos-dados-pessoais-do-trabalhador-a-relacao-de-trabalho/>> Acesso em 27 mai.



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO