

Associação de Estudos Laborais

Questões Laborais

Ano XXXI – N.º 64 – Jan/Jun 2024 – Periodicidade Semestral – PVP 15,60€

64

Despedimento coletivo

Contrato de trabalho a termo após a reforma laboral

Inteligência artificial e relações de trabalho

Licença parental e direito a férias

Remissão abdicativa

Trabalho a tempo parcial

Subsídio de férias e subsídio de Natal

Direito fundamental à proteção de dados e autodeterminação informativa: consentimento e os direitos da personalidade frente a escalada da inteligência artificial no ambiente laboral – da experiência portuguesa às projeções no Brasil

CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO*

RESUMO: Partindo da comprovação de que o Direito Português se encontra mais estruturado em relação à cultura da proteção de dados brasileira, inclusive no campo das relações laborais, propõe-se uma reflexão, por vezes comparativa, desde as bases para construção do direito fundamental e autônomo à proteção de dados e autodeterminação informativa, percorrendo os principais marcos nos cenários lusitano e europeu, assim como brasileiro, para analisar em seguida o uso da base legal/licitude consentimento à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados e compreensões em Portugal, a fim de apresentar as incipientes discussões, projetando cenários para o tema no Brasil. Em seguida, apresenta-se o rico arcabouço jurídico europeu – inclusive *softlaw* –, assim como as leis portuguesas relativas à automatização e inteligência artificial (IA) a fim de projetar panoramas para o Brasil, visando à tutela dos direitos fundamentais da proteção de dados e autodeterminação informativa frente a escalada no uso da automatização, inteligência artificial e algoritmos na tomada de decisões que afetam diretamente aos trabalhadores, tendo por escopo a adoção de uma IA ética e transparente que ofereça segurança jurídica ao jurisdicionado e respeite os direitos da personalidade dos quais o trabalhador não se despe no curso da relação de trabalho, pois diretamente atrelados à dignidade da pessoa humana.

* Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (titular da cadeira 75). Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP; Professor; Membro do Grupo de Pesquisa GETRAB-USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior; Membro da Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Coordenador do Conselho de Relações Trabalhistas da Associação Comercial do Paraná; Diretor Jurídico da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades – SOBRATT; Presidente do Instituto Mundo do Trabalho – IMT; Sócio-fundador Célio Neto Advogados, Rua Visconde do Rio Branco, 1322, 1º andar, CEP 80.410-001, Curitiba, Paraná, Brasil. celio@celioneto.com.br, <https://orcid.org/0000-0002-0844-5923>.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados, autodeterminação informativa, consentimento, direitos fundamentais, automatização, inteligência artificial.

ABSTRACT: Based on the evidence that Portuguese law is more structured in relation to the Brazilian data protection culture, including in the field of labour relations, a reflection, sometimes comparative, is proposed, from the bases for the construction of the fundamental and autonomous right to data protection and informational self-determination, and the covering the main milestones in the Portuguese and European scenarios, as well as in Brazil, to then analyse the use of the legal basis / lawfulness consent in the light of the General Data Protection Regulation and understandings in Portugal, in order to present the incipient discussions, projecting scenarios for similar situations in Brazil. Then, the rich European legal framework – including softlaw – is presented, as well as the Portuguese laws related to automation and artificial intelligence in order to project panoramas for Brazil, aiming at the protection of fundamental rights regarding data protection and informative self-determination in the face of the escalation in the use of automation, artificial intelligence and algorithms in decision-making that directly affects workers, with the scope of adopting an ethical and transparent AI that offers legal certainty to the jurisdiction and respects the very personal rights for which the worker does not waive its rights in the course of an employment relationship, as they are directly linked to the dignity of the human person.

KEYWORDS: Data protection, informative self-determination, consent, fundamental rights, automation, artificial intelligence.

1. Introdução

A revista *The Economist*¹ talvez tenha sido a primeira a elencar os dados como recurso de maior valor na sociedade da informação, estampando figura onde as gigantes da tecnologia aparecem no lugar das plataformas de petróleo. Essa imagem reflete a sociedade atual, em que o petróleo – em princípio – deixa de ser o recurso de maior valor, sendo ultrapassado pela importância econômica dos dados, que por sinal, são vastamente coletados pelas maiores empresas de tecnologia.

¹ THE ECONOMIST, «The world's most valuable resource is no longer oil, but data: The data economy demands a new approach to antitrust rules», *The Economist*, 06.05.2017, in <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (15.05.2023).

Com a passagem do átomo ao *bit*, de forma imperceptível, ou mesmo inconsciente, no quotidiano de cada um, são armazenados dados – num cenário em que o homem se torna fonte de informação pessoal².

O próprio 'Considerando 6' do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) é no sentido de que as pessoas cada vez mais disponibilizam as suas informações pessoais de forma pública e global. Nesse panorama ocorre a captação dos padrões de navegação diante das buscas, compras e mensagens, numa indústria de coleta, tratamento e transação comercial de dados (*data brokers*), que permitem a combinação dos dados.

A coleta massiva de dados é exponencialmente potencializada com a internet das coisas (*IoT – Internet of Things*) que permite que aparelhos de uso doméstico conversem entre si, recolhendo e combinando dados pessoais, assim como hábitos de consumo e o próprio modo de vida de cada um, com o objetivo de melhor servir ao ser humano, do que é exemplo o *Firebox* que possibilita servir um café quando o clima esfria, ou mesmo o *Samsung Smart Hub* que informa ao usuário quais as necessidades de compra do mercado – ambos a partir do uso do smartphone.

A combinação e integração de inteligência artificial (IA), *machine learning*, computação em nuvem, internet das coisas, e sobretudo internet de todas as coisas (*IoE – Internet of Everything* – noção mais vasta, não se limita às coisas, abrangendo pessoas, processos e dados, interligados nesta rede), mormente numa cidade inteligente onde a hipervigilância pode se fazer presente (*smart city*), despe o indivíduo³, que tem o seu perfil traçado, com amplificação dos riscos aos direitos da proteção de dados e autodeterminação informativa quando a decisão é automatizada, ou tomada por meio da IA.

Ao mesmo tempo em que se reivindica maior privacidade, as pessoas adotam comportamento contrário, de tal arte a autorizar sucessivas intromissões em sua privacidade, estabelecendo o fenômeno do *privacy paradox* (paradoxo da privacidade).⁴

² TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 53 e 75.

³ CARLOS ANDRÉ FERREIRA DIAS, *A Privacidade na era da Internet das Coisas: Direitos de Personalidade e Proteção de Dados*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2019, in <https://hdl.handle.net/10216/140094> (15.05.2023), p. 8 e p. 25.

⁴ INÊS CAMARINHA LOPES, «O consentimento como fundamento de licitude do tratamento de dados pessoais e o *privacy paradox*», in *O Sentir do Direito – Estudos em Homenagem ao*

No entanto, Inês Camarinha Lopes⁵ alerta que não se trata efetivamente de comportamentos contraditórios que facilitam o processamento de dados pessoais, com todas as vantagens econômicas que lhe estão associadas propiciando a transação num mercado de dados, mas da falta de consciência do titular do dado quanto ao resultado de seus comportamentos.

Nessa linha, cumpre observar que Daniel J. Solove afirma que os titulares não possuem capacidade de analisar e avaliar adequadamente quanto à existência de vantagem ou não de prestar o consentimento, haja vista que desconhecem as reais consequências que daí podem decorrer, o que impede o consentimento livre e informado.⁶

E esse é o ponto, o exercício do direito à autodeterminação informativa, ou seja, de controle sobre o fluxo dos dados do titular, tendo informação suficiente a respeito, inclusive para que possa exercer o consentimento quando esta for a hipótese, especialmente quando do processamento automatizado ou por meio da inteligência artificial da informação para tomada de decisões que provoquem impactos nas relações de trabalho.

2. O paradigma português

A Constituição da República de Portugal (CRP), tal como as demais cartas constitucionais democráticas contemporâneas parte do princípio da dignidade da pessoa humana, elegendo-o, logo no art. 1º, como valor supremo a dirigir todo o ordenamento.

A partir desse vetor, e no que particularmente interessa ao presente estudo, regula direitos, liberdades e garantias pessoais, dentre os quais especial menção ao art. 35º, na medida em que, sob o título “Utilização da informática”, de forma pioneira a nível mundial, o n. 1 contempla o direito à autodeterminação informativa, e o n. 2 garante a proteção de dados pessoais.

Professor José Tavares de Sousa, André Lamas Leite, Fernando da Silva Pereira e Tiago Azevedo Ramalho (coord.), Edit. AAFDL, Lisboa, 2022, p. 199.

⁵ INÊS CAMARINHA LOPES, «O consentimento como fundamento...», cit., p. 199.

⁶ DANIEL J. SOLOVE, «Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma», *Harvard Law Review* 1880, 2013, v. 126, n. 7, in <https://harvardlawreview.org/print/vol-126/introduction-privacy-self-management-and-the-consent-dilemma/> (15.05.2023).

A Constituição Portuguesa reverberou os seus valores para a legislação infraconstitucional, contemplando a tutela geral da personalidade⁷ junto ao Código Civil (CC) e no próprio Código do Trabalho (CT), valendo aqui o ensinamento de Paulo Mota Pinto que, ao abordar o carácter aberto do direito geral da personalidade, explica que este permite “a tutela de novos bens, e face a renovadas ameaças à pessoa humana, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade, quer numa perspectiva estática quer na sua dinâmica de realização e desenvolvimento”.⁸

Nessa esteira, o CT consagra e reconhece os direitos da personalidade, tutelando-os de forma cuidadosa e expressa, no Título II, Capítulo I, Subsecção II, destacando para este estudo a liberdade de expressão (art. 14^o); integridade física e moral (art. 15^o); reserva da intimidade da vida privada (art. 16^o); proteção de dados pessoais do trabalhador (art. 17^o). E, na Subsecção III, Divisão I, apresenta conceitos em matéria de igualdade e não discriminação (art. 23^o); assim como a expressa previsão de direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho (art. 24^o); a proibição de discriminação (art. 25^o); na Divisão II, a proibição da prática de assédio (art. 29^o); e, na Divisão III, acesso ao emprego, atividade profissional ou formação (art. 30^o); igualdade das condições de trabalho (art. 31^o); e, o regramento quanto aos registros de processos de recrutamento (art. 32^o).

Nota-se, pois, que o CT português já demonstrava preocupação inclusive com disposições quanto à proteção de dados do trabalhador, de modo a disciplinar a coleta do dado, seguindo vetor da ordem constitucional (art. 35^o), e na forma da Lei 67/98 no que tange ao acesso, controle e conhecimento da finalidade da coleta ou do tratamento⁹, que transpôs ao ordenamento jurí-

⁷ Paulo Mota Pinto leciona que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada possui reconhecimento relativamente recente na ordem jurídica portuguesa: “Ainda que seja possível encontrar alguns precedentes em textos mais antigos, podemos afirmar que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é um direito cujo reconhecimento é relativamente recente. Este resultou da combinação de diversos factores, incluindo a afirmação do individualismo com mudanças no ambiente social, o aumento em larga escala da circulação de informação e a evolução tecnológica. Na ordem jurídica portuguesa foi apenas nos anos sessenta que se reconheceu um direito à protecção da intimidade da vida privada”.

PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, «A protecção da vida privada e a constituição», *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, 2000, v. 2000, n. 76, pp. 153-204.

⁸ PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, «A protecção da vida privada...», cit.

⁹ MARIA REGINA GOMES REDINHA, «Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão», *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Edi-

dico português a Diretiva 95/46/CE¹⁰, posteriormente revogada pelo RGPD, consoante se verá a seguir.

2.1. Bases da construção do direito fundamental e autónomo à proteção de dados e autodeterminação informativa

2.1.1. Comunidade Europeia

De grande importância a Convenção 108 do Conselho da Europa de 1981 relativa à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos no processamento automático dos dados pessoais.

Por sinal, a Convenção 108, firmada em Estrasburgo, na França, foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado na proteção de dados, visando garantir a todas as pessoas singulares o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal.

Na esteira da Convenção 108, em 1989 no plano específico das relações do trabalho foi editada a Recomendação 89 (2)¹¹. Observado o seu carácter não vinculativo¹², trata dos dados pessoais do empregado no ambiente de trabalho, recomendando uma série de cuidados, que se iniciam com a orientação de que o empregador deve informar os trabalhadores acerca dos dados da vida privada destes a serem inseridos em sistemas informatizados, dispondo em seu art. 2º o respeito pela privacidade e pela dignidade dos trabalhadores, reconhecendo a possibilidade de os trabalhadores exercerem relações individuais e sociais no posto de trabalho.¹³

Ainda que mais abrangente que o terreno europeu, não se pode passar ao largo da Assembleia Geral das Nações Unidas, que em 1990 tratou de forma

tora, Coimbra, 2005, in <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/18699/2/49726.pdf> (15.05.2023), p. 6.

¹⁰ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores...*, cit., p. 322.
¹¹ CONSELHO DA EUROPA – COMITÉ DE MINISTROS, «Recomendação nº R (89) 2 do Comité de Ministros aos Estados Membros relativa à protecção de dados pessoais utilizados para fins de trabalho (adoptada pelo Comité de Ministros em 18.01.1989)», *Privacy.it*, in <http://www.privacy.it/archivio/CER-89-2.html> (15.05.2023).

¹² Como se sabe, recomendações não vinculam os Estados-membros.

¹³ CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*, 2ª ed., LTr, São Paulo, 2022.

pioneira dos princípios básicos no que tange a fichários informatizados, por meio da Resolução 45/95, elencando os princípios da licitude, lealdade, exatidão, finalidade (inclusive abordando o tempo de conservação junto a este último), não discriminação e segurança.¹⁴

O ano de 1995 foi especial para a proteção de dados em razão da edição da Diretiva 95/46/CE¹⁵ de *protecção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*, a partir da qual a Comunidade Europeia passou a contar com uma diretriz a ser seguida pelos Estados-membros.

Em 1997, foi editada a Diretiva 97/66/CE, relativa ao *tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade no sector das telecomunicações derogada pela 2002/58/CE* que regula o *tratamento de dados pessoais e privacidade no sector das comunicações electrónicas*, e alterada pela 2006/24/CE que contempla a *conservação de dados das comunicações electrónicas*.

Cumprir registrar, em 2000, a edição da Diretiva 2000/31/CE relativa ao *comércio electrónico*, e no mesmo ano foi promulgada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – bastante utilizada como norte e fundamento para as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) –, sobretudo diante do conteúdo do art. 8º, n. 1, que enuncia a proteção de dados de carácter pessoal, disciplinando que tais devem ser objeto de tratamento legal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou outros fundamentos legítimos previstos por lei, dentre outras disposições.

Em 2010, durante o *Internet Governance Forum*, na Lituânia, foi lançada a Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet, que garante o direito de não ser vigiado, privacidade *on line*, criptografia e anonimato *on line*.

Em 2012, foi apresentada Proposta de Regulamento para a Proteção de Dados Pessoais, que, como notar-se-á, acabou por tornar-se o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).

Em 2015, foi editada a Recomendação do Comitê de Ministros sobre o Tratamento de Dados Pessoais no contexto do emprego CM/REC (2015/5), em substituição à Recomendação 89, considerada desatualizada diante das novas tecnologias.

¹⁴ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores...*, cit., p. 129 e 130.

¹⁵ EUROPEAN UNION LAW. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046> (15.05.2023).

Em 2018, o texto da Convenção 108 também foi atualizado, sendo promulgada a Convenção 108+, com o objetivo de também adequá-la às novas tecnologias¹⁶, contemplando temas como a proporcionalidade do tratamento, bases legais específicas, devendo ser obtido um consentimento qualificado, além de regras relativas às decisões automatizadas, dentre outras.

Tal como adiantado, após longo debate legislativo, a Proposta de Regulamento de 2012 foi aprovada, promulgando-se o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais 2016/679, de 27.04, que entrou em vigor no dia 25.05.2016, com prazo de plena vigência a partir de 25.05.2018, revogando a Diretiva 95/46, e com força vinculativa, ou seja, gerando o dever de observância por parte dos Estados-membros, com o escopo de buscar harmonização legislativa entre os países da Comunidade Europeia.

2.1.1.1. *Recepção local do RGPD*

Em Portugal, há, pois, uma cultura de proteção de dados, desde o âmbito constitucional (art. 35º, CRP) até a legislação infraconstitucional, com menção expressa ao tema no CT. Somam-se aos preciosos subsídios do direito local, as diretivas da Comunidade Europeia mencionadas no item anterior, tendo como maior referência a Diretiva 95/46, revogada quando o RGPD entrou em vigência.

O artigo 88º do Regulamento Geral, por sinal, é dedicado exclusivamente ao tratamento de dados no contexto laboral, disciplinando que cabe aos Estados-membros estabelecer em seus ordenamentos ou em convenções coletivas normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no tratamento de dados de trabalhadores para efeitos de recrutamento, execução do contrato, igualdade e diversidade, saúde e segurança e cessação contratual, dentre outros.

Inobstante o caráter vinculativo do RGPD, há espaço de regulamentação para os Estados-membros, consoante expressamente disposto no art. 88º relativo ao tratamento no contexto laboral, para efeitos de recrutamento,

¹⁶ ALINE FUKU FACHINETTI / GUILHERME CAMARGO, «Convenção 108+: o tratado de proteção de dados e a relevância do tema para o Brasil», *Revista Consultor Jurídico*, 04.07.2021, in <https://www.conjur.com.br/2021-jul-04/opiniao-convencao-108-relevancia-protecao-dados> (17.05.2023).

execução do contrato de trabalho (incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas), gestão, planeamento e organização do trabalho, igualdade e diversidade no local de trabalho, saúde e segurança no trabalho, proteção dos bens do empregador ou do cliente, exercício e gozo (individual) dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, e de cessação da relação de trabalho.¹⁷

Tal condição consta do Considerando 155, que permite que às convenções coletivas, incluindo “acordos setoriais”,

“prever regras específicas para o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente no que respeita às condições em que os dados pessoais podem ser tratados no contexto laboral com base no consentimento do assalariado, para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas por lei ou por convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no trabalho, de saúde e segurança no trabalho, e para efeitos de exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho”.

O Direito Português expressamente regulamenta o RGPD, forte da Lei 58/2019, que revoga a Lei 67/98 (que transpunha a Diretiva 95/46/CE para a ordem jurídica portuguesa)¹⁸, e assegura a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, contemplando dispositivo expresso quanto às relações de trabalho, consoante art. 28º.

¹⁷ Nota-se, secundado em Joaquín García Murcia e Iván Antonio Rodríguez Cardo, que a redação do art. 88º usa a expressão “normas mais específicas”, e não “normas mais protetoras”, de tal arte a permitir que os sistemas de proteção geral no local de trabalho possam ser reduzidos por normas dos Estados-membros, claro que sempre protegidos os direitos fundamentais e interesses legítimos em jogo.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO, «Implicaciones laborales del Reglamento 2016/679 de la Unión Europea sobre Protección de datos personales», *Questões Laborais*, dezembro/2017, n. 51, p. 53.

¹⁸ Forte do art. 66º-A, da Lei 26/2016, com as alterações da Lei de Execução.

2.1.2. Direito fundamental e autônomo à proteção de dados e autodeterminação informativa

A Lei do Censo em 1983 previa que os cidadãos alemães tinham que fornecer dados variados para fins estatísticos, tais como: nome, residência, telefone, sexo, data de nascimento, dados profissionais, acadêmicos e religiosos, existindo previsão de cruzamento desses dados para finalidade genérica de execução de atividades administrativas.

Ao apreciar a inconstitucionalidade da Lei do Censo, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pressupõe: (i) conhecimento do titular a respeito da informação que o outro possui a seu respeito, em que momento e contexto; (ii) liberdade de agir sem que as suas atuações ou decisões sejam monitoradas.

A decisão da Corte Constitucional alemã consignou ainda que não há direito absoluto, de tal arte que os titulares dos dados não possuem controle total sobre os seus dados, mas cabe ao próprio titular determinar os termos em que os seus dados pessoais podem ser divulgados e tratados.

Decidiu ainda, em apertada síntese, que as restrições ao direito à autodeterminação informativa apenas podem ocorrer diante do interesse público e com suporte constitucional, aplicado e respeitado o princípio da proporcionalidade.¹⁹

A Corte Alemã entendeu que os dados deveriam se limitar à finalidade de recenseamento, apontando em suas razões de decidir a proteção de dados como direito autônomo, destacado do direito à privacidade.

Com a Diretiva 95/46 já se forjava a construção de um novo direito, que ganhou expressão com o art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais, consoante lecionam Joaquín García Murcia e Iván Antonio Rodríguez Cardo ao tratar da proteção de dados pessoais como direito fundamental a integrar uma nova geração mais próxima com os dias e necessidades atuais.²⁰

No campo constitucional, Portugal foi pioneiro ao garantir o direito à autodeterminação informativa, nos termos do art. 35º, n. 1, da CRP que contempla o direito de acesso aos dados informatizados que digam respeito ao

¹⁹ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 258-259.

²⁰ JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO, «Implicaciones laborales ...», *cit.*, p. 40 e 46.

titular, podendo exigir a ratificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destina.

Teresa Coelho Moreira explica que com a informática inseriu-se a necessidade de rever o conceito de privacidade, a fim de ampliar a visão meramente negativa (de não ser importunado em seu recôndito), passando para uma visão positiva, a fim de permitir o controle sobre as informações que lhe dizem respeito, seja ela íntima ou não. Insere-se, pois, a autodeterminação informativa como função dinâmica da privacidade.²¹

O art. 35º da Constituição de Portugal contempla, pois, a inserção dessa visão positiva, concernente a uma série de direitos que revelam o direito à autodeterminação informativa.

Na definição de Carlos André Ferreira Dias, trata-se “antes de mais, um direito ao controlo por parte do indivíduo sobre os seus dados pessoais, permitindo-lhe, se assim o entender, dispor deles e definir em que condições”.²²

O autor explica que esse direito se desdobra em três outros: (i) direito de acesso aos registros da informação a fim de se ter ciência quanto aos dados pessoais próprios que estão em posse do terceiro; (ii) direito ao não tratamento de dados sensíveis; (iii) direito a que não se estabeleça uma interface dos dados, combinando dados da mesma natureza.²³

Na mesma linha, forte do art. 35º, n. 2, dentre outras, garante a proteção de dados pessoais, nos termos definidos pela lei, bem como determina observância às condições aplicáveis ao tratamento automatizado, forte do n. 2 do art. 35º da CRP.

O CT em seu art. 17º, n. 3 está a reverberar os valores constitucionais relativos à autodeterminação informativa ao prever o direito do candidato ao emprego ou trabalhador de controle sobre os dados fornecidos, podendo tomar ciência do teor e fins, assim como exigir retificação e atualização.

2.2. Consentimento nas relações de trabalho

A Diretiva 95/46/CE conceituava consentimento, nos termos do art. 2º, alínea “h”, como “qualquer manifestação de vontade, livre, específica e infor-

²¹ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores...*, cit., p. 124.
²² CARLOS ANDRÉ FERREIRA DIAS, *A Privacidade na era da Internet das Coisas...*, cit., p. 11-12.
²³ CARLOS ANDRÉ FERREIRA DIAS, *A Privacidade na era da Internet das Coisas...*, cit., p. 12.

mada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento”.²⁴

Na proposta inicial da Comissão responsável pela redação do RGPD, o consentimento era tratado no art. 7º, n. 4, onde se previa que essa base (consentimento) não constituiria fundamento jurídico válido para o tratamento quando presente desequilíbrio significativo entre a posição do titular dos dados e o responsável pelo tratamento.

O Considerando 34 da Proposta mencionava expressamente a relação laboral:

“O consentimento não deve constituir um fundamento jurídico válido para o tratamento dos dados pessoais se existir um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, especialmente, se o primeiro se encontrar numa situação de dependência em relação ao segundo, em especial quando os dados pessoais são tratados pelo seu empregador no contexto da relação laboral...”.

A redação final do RGPD, em vigor, contudo, não possui disposição que guarde similaridade à redação do art. 7º, nº 4 nem mesmo seus considerandos abordam expressamente a relação laboral, e o art. 4º do RGPD, n. 11, torna mais límpido o alcance do consentimento, se comparado à Diretiva 95/46, assim dispondo:

“Consentimento do titular dos dados significa qualquer indicação dada livremente, específica, informada e inequívoca da vontade do titular dos dados, pela qual ele, por uma declaração ou por uma ação afirmativa clara, significa que concorda com o processamento de dados pessoais que lhe dizem respeito ou ela”.

É bem verdade que o Considerando 43 do RGPD dispõe que o consentimento não deverá constituir fundamento jurídico válido quando exista desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável; e, em seguida, nomeia a hipótese: “quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública”.

Ainda que a relação de emprego contemple a desigualdade material entre os contratantes, quer parecer que o Considerando 43 é “*numerus clausus*”, ou seja, não tem cunho exemplificativo, tratando tão somente do consentimento quando prestado perante a autoridade pública.

²⁴ EUROPEAN UNION LAW, *Directiva 95/46/CE...*, cit.

Reforça esse posicionamento a redação original do Considerando 34 quando dos trabalhos preparatórios do texto legal, cuja minuta foi alterada, excluindo a disposição que fazia menção ao contexto laboral.

Seguindo essa esteira de raciocínio, no direito comparado, cumpre notar que o Tribunal Federal do Trabalho alemão entendeu que o consentimento pode ser dado livremente numa relação de trabalho.²⁵ O tema foi apreciado haja vista a suscitada inconstitucionalidade do § 4º do *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG = Código Civil Alemão), pelo qual se entendia que o consentimento do empregado ao empregador nunca poderia ser livre, diante do receio de represálias.

Nota-se, contudo, que a relação de emprego possui original e inquestionável desequilíbrio material, situação que se mantém e até fica potencializada no tratamento de dados, conforme reconhece a doutrina portuguesa. Nesse sentido, João Leal Amado leciona que o contrato, embora firmado com base no livre consentimento, surge como relação assimétrica.²⁶

Maria do Rosário Palma Ramalho fala em “componente dominial, por força da titularidade dos poderes diretivo e disciplinar do empregador, a que corresponde, da parte do trabalhador, uma posição de subordinação”.²⁷ António Monteiro Fernandes aborda a possibilidade de rescisão unilateral do contrato de trabalho como elemento a mais para confirmar o desequilíbrio material entre as partes.²⁸

²⁵ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da proteção de dados...*, cit., p. 177.

²⁶ “O Direito do Trabalho visa regular uma relação que, conquanto surja em função do livre consentimento prestado por ambos os contraentes, traduzido na voluntária celebração do contrato de trabalho (neste sentido, o contrato representa sempre um ineliminável sinal de liberdade pessoal) surge também como uma relação fortemente assimétrica em cuja execução a pessoa do trabalhador se encontra profundamente envolvida.” JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 31.

²⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho”. VI Colóquio sobre Direito do Trabalho subordinado aos temas Desafios atuais do processo do trabalho e Direitos de personalidade na relação de trabalho, que ocorreu no salão nobre do Supremo Tribunal de Justiça, em 22.10.2014, Lisboa.

²⁸ “Mas, para além da desigualdade inicial, o próprio desenvolvimentos das relações de trabalho, se meramente coberto pelo acordo dos sujeitos e pelo regime geral dos contratos, acentua a debilidade da posição do trabalhador, em virtude da subordinação e do correspondente estatuto de ‘poder’ ou ‘autoridade’ do empregador. Assume aqui particular acuidade, como possível instrumento de supremacia deste último, a faculdade de romper unilateralmente o

Ao tratar do direito fundamental à proteção de dados do trabalhador frente os poderes do empresário, destacadamente no que tange ao consentimento, Alicia Villalba Sánchez aborda a irrelevância do consentimento, dada a relação de subordinação²⁹, que acaba por equiparar o contrato de trabalho a um instrumento de adesão.

Na mesma esteira, o Parecer 2/2017 GT29, para quem “os empregados raramente estão em posição de dar, recusar ou revogar livremente o consentimento, dada a dependência que resulta da relação entre o empregador e o empregado”, a ao referir-se especificamente às bases de licitude para o tratamento, o parecer é no sentido de que, “relativamente à maioria de tal tratamento de dados no local de trabalho, **a base jurídica não pode, e não deve ser o consentimento dos empregados** (artigo 7º, alínea)...”³⁰

E justamente em razão desse desequilíbrio material na relação de trabalho, Teresa Coelho Moreira leciona que o RGPD “retirou o acento tônico do consentimento como fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais”, fazendo referência ao Considerando 43, e propondo que “diante da irrelevância do consentimento, o tratamento de dados pessoais nas relações de trabalho só ocorra “atendendo certos princípios fundamentais”, apontando como tais os direitos de personalidade regradados nos arts. 14º a 22º do CT, agora “clarificados e reforçados” pelo RGPD.³¹

Ao regrear a aplicação do RGPD, forte da Lei 58/2019, o legislador português reservou o art. 28º para disciplinar expressamente as relações laborais, definindo que o empregador pode tratar os dados de seus empregados em conformidade com a finalidade e limites definidos no CT e demais legislações

contrato – perspectiva perante a qual se reproduzem os factores da fraqueza originária do trabalhador.”

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.

²⁹ ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ, «El Derecho Fundamental a la Protección de Datos del Trabajador Frente a los Poderes del Empresario, con Especial Referencia al Consentimiento del Trabajador», in *Digital Work and Personal Data Protection: Key issues for the labour of the 21st Century*, Nuno Cerejeira Namora et alii (ed.), 2018, pp. 473-493, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, UK, p. 474.

³⁰ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Article 29 Data Protection Working Party. 17/EN WP 249. Opinion 2/2017 on data processing at work. Adopted on 8 June 2017, in <https://www.pdpjournals.com/docs/88772.pdf> (15.05.2023). Destaques no original.

³¹ TERESA COELHO MOREIRA, «Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados no Trabalho 4.0». *Questões Laborais*, dezembro/2017, n. 51, p. 22 e p. 23.

aplicáveis, inclusive para efeito de tratamento efetuado por subcontratante, desde que ao abrigo de um contrato de prestação de serviços.

O n.º 3 do art. 28.º da Lei 58/2019 disciplina que, salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais: (i) se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador; (ii) se esse tratamento estiver abrangido pelo disposto na alínea 'b' do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD (este último necessário para execução de um contrato ou diligências pré-contratuais)³².

Diante da relação de desigualdade material, a fim de proteger a parte mais fraca no uso de seus direitos fundamentais, o legislador português optou por restringir o direito do trabalhador ao livre exercício do consentimento no âmbito de uma relação de emprego, indo, todavia, além da base de licitude execução de um contrato ou diligências contratuais, para também negar validade ao consentimento quando o tratamento resultar em vantagem jurídica ou económica para o trabalhador.

Ao pretender a proteção do trabalhador acerca de possíveis danos diante do exercício do livre consentimento, o legislador pode, no entanto, ter retirado o direito à autodeterminação informativa. Ou seja, ao procurar proteger um direito fundamental, o n. 3 do art. 28.º da Lei 58/2019 arriscou-se a ferir de morte o núcleo essencial de outro direito igualmente fundamental.

Nesse cenário, fazendo uso do princípio da proporcionalidade³³ como meio a solver conflitos de direitos fundamentais ou de direito fundamentais com direitos previstos na ordem constitucional, a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd), por força da Deliberação 2019/494, entendeu pela Desaplicação da Lei 58/2019, destacando-se o seguinte argumento:

“Não obstante admitir-se a natureza não paritária da relação laboral, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana a necessidade de reconhecer

³² Texto adaptado de: CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual...*, cit., p. 293-294.

³³ Quando da colisão de direitos fundamentais do trabalhador com direitos da livre iniciativa, João Leal Amado propõe que se faça uma “cuidada e laboriosa tarefa de concordância prática entre eles, de acordo com o princípio da proporcionalidade na sua tríplice dimensão (conformidade ou adequação, exigibilidade ou necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*)”. JOÃO LEAL AMADO, «Trabalhar e amar: poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores», *RLJ: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 2019, Coimbra, a. 148, n. 4015, pp. 211-237, p. 213.

ao indivíduo, mesmo no contexto de relações jurídicas em que, por regra, ele carece de proteção em relação à outra parte, o mínimo de livre arbítrio para gozar do seu direito fundamental à autodeterminação informacional – portanto, na dimensão jus-fundamental de controlo dos dados que lhe digam respeito –, reconhecido no artigo 35º da CRP e no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”³⁴.

E conclui,

“Em suma, por traduzir uma restrição não adequada, desnecessária e excessiva do direito fundamental à autodeterminação informacional ou à proteção dos dados enquanto direito ao controlo dos seus próprios dados, para lá do que é necessário à salvaguarda dos direitos e interesses dos trabalhadores, a alínea a) do nº 3 do artigo 28º da Lei nº 58/2019 restringe o âmbito de aplicação da alínea a) do nº 1 do artigo 6º e da alínea a) do nº 2 do artigo 9º do RGPD. Com esse fundamento, a CNPD, de forma a assegurar a plena efetividade do RGPD, desaplicará a referida norma nas situações que venha a apreciar”³⁵.

Vale a reflexão de que a partir do julgado da Lei do Censo, em 1983, passou-se a compreender que a autodeterminação informativa não implica necessariamente a primazia do consentimento. Com efeito, ao apreciar a questão, a Corte Constitucional alemã fixou tese de que, ainda que mediante consentimento, o uso dos dados deve ser restrito às finalidades do recenseamento (estatísticas), não podendo o Estado ir além do necessário.

A autodeterminação deve garantir o controle sobre os dados em todo o ciclo de tratamento do dado, de acordo com as legítimas expectativas do titular. Contudo, numa relação assimétrica, o próprio consentimento pode retirar a efetividade da autodeterminação do titular sobre os seus dados, de tal arte que o protagonismo do consentimento deve vir acompanhado da tutela dispensada às relações de desigualdade material, a fim de dar efetividade à autodeterminação informacional.

O que se conclui é que nos casos concretos, via uso do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, deve-se analisar os direitos em colisão, questionando se: (i) com base no subprincípio da adequação, o uso da base

³⁴ COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Deliberação/2019/494*, in <https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/121704> (15.05.2023)

³⁵ COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Deliberação/2019/494...*, cit.

legal consentimento cumpre com a finalidade pretendida; (ii) com base no subprincípio da necessidade, há outro meio de proteger o direito eleito com a mesma eficácia, ou seja, se é possível o uso de outra base legal ou a adoção de outro meio que atinja o fim pretendido com a mesma eficácia; (iii) e, por fim, com base no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, estabelece-se a ponderação, comparando-se a importância da realização do fim com a intensidade em que foi restringido o direito fundamental, buscando certo equilíbrio entre os benefícios advindos da limitação e os prejuízos gerados para o direito que sofreu intervenção, de tal arte que gere mais benefícios do que prejuízos, sob pena de a medida não justificar o fim, sempre respeitado o núcleo essencial do direito fundamental – análise que não cabe em abstrato³⁶.

3. Do paradigma português às projeções no Brasil

A concretização dos direitos da personalidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Para os fins do presente trabalho, destaques para o art. 5º, especialmente no que tange à livre manifestação do pensamento (inciso IV); direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V); intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurado o direito à indenização em caso de violação (inciso X).

Tais diretrizes constitucionais se revelam essenciais não só para a plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se atrelam diretamente à dignidade da pessoa humana, mas também para a construção e manutenção de uma sociedade democrática de direito, pois de modo diverso, imperaria a vontade do Estado ou daqueles que detêm o poder, ficando rechaçado o pluralismo das opiniões e ideologias.

O art. 4º da CRFB, ao tratar das relações internacionais, consigna de modo expresso o princípio de prevalência dos direitos humanos. Logo em seguida, o título II tutela os Direitos e Garantias Fundamentais, elencando rol de direitos inerentes à condição de pessoa humana.³⁷

³⁶ CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade*, LTr, São Paulo, 2015, p. 99.

³⁷ Texto adaptado de: CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual...*, cit., p. 76.

E o § 1º do art. 5º da CF/88 trata da aplicação imediata dos direitos fundamentais, que permitem a ampliação dos direitos da personalidade positivados, haja vista que o § 2º do art. 5º da CRFB cuida da não exclusão de direitos e garantias previstos em tratados internacionais, ou seja, a ampliação dos direitos expressamente previstos na Carta Magna.

Todos os dispositivos elencados devem ser lidos em conjunto e orientados pelo art. 1º da CRFB, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Isso porque, no desenvolvimento do trabalho, o empregado não perde a condição de pessoa humana, que se mantém íntegra, de tal modo que o poder diretivo e de fiscalização do empregador tem de ser coordenado de sorte a preservar os direitos de personalidade do empregado.

Seguindo a ordem constitucional de 1988, o Código Civil de 2002 (CCB) passou a tratar da matéria, dedicando o Capítulo II ao tema, sob o título *Direitos da Personalidade*.

Nos termos do art. 11º do CCB, por serem inerentes à dignidade da pessoa humana, ressalvados os casos previstos em lei, os direitos da personalidade são reconhecidos na legislação infraconstitucional com seu caráter de irrenunciabilidade e intransmissibilidade.

O art. 12º do CC, a seu turno, permite que se exija a cessação de ameaça ou lesão a direitos da personalidade, bem como a reclamar perdas e danos. Os arts. 16º a 19º tratam da proteção do nome e pseudônimo, ao passo que o art. 20º preserva o direito de imagem, e o art. 21º garante a inviolabilidade da vida privada.

Os dispositivos que cuidam dos direitos da personalidade devem ser lidos, pois, à luz do ordenamento constitucional, e combinados, quando cabível aos arts. 186º, 187º, 927º e 932º – todos do CCB – relativos, respectivamente: ao ato ilícito; abuso de direito; obrigação de indenizar pelo ato ilícito; e responsabilidade do empregador por atos de seus prepostos.

A Lei 13.709, de 14.08.2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), contemplava previsão para ingressar no ordenamento jurídico brasileiro no prazo de 24 meses após a publicação.

Diversas medidas e leis foram editadas desde a edição da Lei 13.709 até a sua efetiva entrada em vigor, destacando-se a Medida Provisória (MP) 869, de 27.12.2018, convertida na Lei 13.853, de 08.07.2019, criando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – entidade com a atribuição de zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território nacional, de forma semelhante à CNPD em Portugal.

Somente com a sanção da Lei 14.058, no dia 18.09.2020 entrou em vigor a LGPD, que visa proteger os direitos da liberdade e da privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

É possível estimar que ao menos 90% das principais disposições do RGPD encontram-se reproduzidos pela LGPD, o que permite dizer, sem medo de errar, que a legislação de proteção de dados brasileira tem a sua fonte principal no direito comum da legislação europeia de proteção de dados.

Nessa linha, considerado o uso da mesma língua e semelhança de diversos institutos trabalhistas – que parte das vezes serviu de inspiração ao legislador brasileiro –, reforça-se a eleição do Direito Português como paradigma para o enfrentamento de questões laborais relativas à proteção de dados pessoais, colhendo-se aprendizado, a fim de projetar cenários, procedendo as necessárias considerações e conformações ao Direito Brasileiro.

3.1. Bases da construção do direito fundamental e autônomo à proteção de dados e autodeterminação informativa

3.1.1. Proteção de dados: direito fundamental e autônomo

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a proteção de dados e autodeterminação informativa como direito fundamental e autônomo.

E assim o fez tomando por amparo a decisão da Corte alemã na aplicação da Lei do Censo, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6387 ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); ADI 6388 proposta pelo Partido Social Democrático do Brasil (PSDB), ADI 6389 intentada pelo Partido Social Brasileiro (PSB) e ADI 6390 de autoria do Partido Social (PSOL), relativa à MP 954/2020, que permitia o compartilhamento de dados pelas Companhias de telefonia fixa e móvel dos usuários de telecomunicações (número de telefone e endereço) com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins estatísticos durante a pandemia.

O STF entendeu que a MP violava garantias fundamentais, dentre as quais a de sigilo de dados, reconhecendo em acórdão de lavra da Min. Rosa Weber, a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.

Nessa esteira, o STF enfrentou a ADI 6649 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 695, cuja controvérsia residia no “âmbito de proteção e à dimensão axiológica dos direitos fundamentais à

privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, especificamente no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelo Estado brasileiro³⁸, oportunidade em que se examinou o âmbito de proteção do direito à autodeterminação informativa.

É bem verdade que a apreciação da matéria se deu no contexto do compartilhamento de informações entre órgãos e entidades da administração pública federal, examinando a constitucionalidade do Decreto 10.046/2019, contudo, o que importa são as compreensões a partir daí extraídas, sobretudo no que diz respeito à proteção de dados como direito fundamental autônomo, assim como o alcance da tutela do direito à autodeterminação informativa.

Com efeito, o Decreto 10.046/2019 instituiu o Cadastro Base do Cidadão, criando base unificada de informações compondo o acervo da Administração Pública Federal, contemplando a criação do Comitê Central de Governança de Dados com poderes mencionados pelo acórdão do STF, de:

“(i) deliberar sobre a exata extensão dos dados biográficos que constarão do Cadastro Base do Cidadão (incisos VII e VIII); (ii) definir as hipóteses de compartilhamento amplo, restrito e específico; e (iii) fixar regras e parâmetros para o compartilhamento de dados entre órgãos da Administração Pública Federal (incisos I e II).”³⁹

No momento do compartilhamento de dados instaurar-se-ia potencial lesão a preceitos fundamentais, diante da “tentativa obscura de compartilhamento massivo dos dados pessoais de 76 milhões de brasileiros com órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência”⁴⁰, de sorte que o STF analisou a questão orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, destacadamente no que se refere à preservação da intimidade e da vida privada, e da proteção de dados como direito fundamental autônomo⁴¹.

O acórdão faz referência à MP 954/2020 que serviu de condutor para que a matéria chegasse ao STF, considerada a determinação de que as operadoras de

³⁸ Consoante relatado pelo Min. Gilmar Mendes.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 6.649/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, in <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2022/09/voto-adi-6649-e-adpf-695-1.pdf> (15.05.2023)

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 6.649/DF..., cit.

⁴¹ Relembrando que na ADI 6.387, a proteção de dados foi reconhecida como direito fundamental autônomo.

telefonias compartilhassem com o IBGE, nomes, números de telefones e endereços de milhões de usuários de serviços de telecomunicação, apontando-se na oportunidade “a flagrante inconstitucionalidade da medida provisória e o risco que ela oferecia às liberdades públicas consagradas pelo regime democrático”⁴², consoante apreciado da ADI 6.387.

Ademais, o criado Comitê Central de Governança de Dados incluiu nos dados a serem compartilhados nome completo, endereço, número do Cadastro de Pessoa Física (CPF), Número de Identificação Social (NIS), número do título eleitoral, situação civil, data de nascimento, telefone e endereço de e-mail – ou seja, um verdadeiro banquete de compartilhamento de dados pessoais diretos e indiretos, que poderiam ainda ser combinados.

Na continuidade, o acórdão consigna a preocupação com o uso de dados pessoais por governos e empresas por meio de algoritmos e ferramentas de análise de dados, gerando discriminações de grupos sociais, como “oportunidades de acesso a emprego, negócios e outros bens sociais”⁴³.

A consciência de que os governos devem tratar o regime jurídico de privacidade como um objetivo coletivo de estruturação dos regimes democráticos, e não como um valor contraposto de proteção de interesses individuais, é corolário do próprio reconhecimento da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais, sustenta a decisão do STF.⁴⁴

A proteção de dados já figurava, pois, como valor constitucional, ainda que implícito.⁴⁵ De toda sorte, tal ficou mais do que pacificada com a aprovação

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 6.649/DF..., cit.

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 6.649/DF..., cit.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 6.649/DF..., cit.

⁴⁵ Nesse sentido, soma-se a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e Giovani Agostini Saavedra, que antes da edição da EC 115 assim sustentavam: “À míngua, portanto, de expressa previsão de tal direito, pelo menos na condição de direito fundamental explicitamente autônomo, no texto da CF, e a exemplo do que ocorreu em outras ordens constitucionais, o direito à proteção dos dados pessoais pode (e mesmo deve!) ser associado e reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (também implicitamente positivado) ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais relevantes no contexto, quais sejam – aqui nos termos da CF – os direitos à privacidade e à intimidade, no sentido do que alguns também chamam de uma “intimidade informática” (p. 42). E, ao concluir o trabalho desenvolvido sob as bases filosóficas de Hegel, Honnet e Solove, apontam ter sido demonstrada de “base sólida para a fundamentação de um direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental implí-

da Emenda Constitucional (EC) 115, de 10.02.2022, cuja publicação ocorreu no dia seguinte, inserindo de forma expressa na CRFB/88 os seguintes dispositivos:

“a) inciso LXXIX ao art. 5º da CRFB, que incluiu expressamente a garantia de proteção dos dados pessoais, nos seguintes termos:

Art. 5º, CRFB – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(acréscimo) LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

b) inciso XXVI ao art. 21º da CRFB, que estabeleceu a competência da União para “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.”

c) inciso XXX ao art. 22º da CRFB, para estabelecer a competência privativa da União para “legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais”;

d) complemento ao inciso XII do art. 5º da CRFB, a fim de assegurar nos termos da lei, o direito à proteção de dados, inclusive nos meios digitais;

e) acréscimo do inciso XXX ao art. 22º da CRFB, que passou a prever a proteção e tratamento de dados pessoais.”

A EC 115 teve o mérito, reconhecido pelo próprio STF, de “consolidar, de uma vez por todas, o *status* constitucional inerente ao direito de proteção de dados pessoais”⁴⁶, espancando, assim, eventuais dúvidas que ainda pudessem pairar.

cito à CF, em especial considerando a sua vinculação com os valores/princípios e direitos da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento e autodeterminação da personalidade, tudo isso reforçado por direitos especiais de personalidade agasalhados (expressa e/ou implicitamente) pelo direito constitucional positivo brasileiro, como é o caso dos direitos à privacidade e intimidade e do assim chamado direito à livre autodeterminação informacional” (p. 53).

INGO WOLFGANG SARLET / GIOVANI AGOSTINI SAAVEDRA, «Fundamentos Jusfilosóficos e Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais», RDP – Revista Direito Público: Proteção de Dados e Inteligência Artificial: Perspectivas Éticas e Regulatórias – Volume II, Brasília, maio/jun. 2020, v. 17, n. 93, pp. 33-57, in <https://hdl.handle.net/10923/18861> (18.05.2023).

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 6.649/DF..., cit.

3.1.2. Autodeterminação informativa: direito fundamental e autônomo

No escólio de Bruno Bioni, se no passado a relação era pessoa-informação-sigilo; o presente assume outra feição, estabelecendo-se na forma pessoa-informação-circulação-controle.⁴⁷ Senso comum que os dados pessoais circulam, sobretudo em ambiente virtual. Todavia, o titular deve ter o controle sobre essa circulação.

A autodeterminação informativa, em apertada síntese, consiste no direito de o titular dos dados ter o controle sobre os seus próprios dados⁴⁸, desde a confirmação da coleta e manutenção do dado, passando pela correção, anonimização se for o caso, bloqueio, eliminação, portabilidade, ou mesmo revogação do consentimento.

Na definição de Manoel Jorge e Silva Neto,

“o direito fundamental à autodeterminação informativa é a faculdade que tem o indivíduo, oponível ao estado, de proteger os dados pessoais captados por órgãos públicos e privados, exercitável por meio de ações preventivas (direito de defesa) ou para exigir ações positivas, de natureza individual ou coletiva, apto a impugnar desvios de finalidade nos atos de captação, tratamento e divulgação de dados pessoais por instituições públicas”⁴⁹.

Quando da análise da ADI 6.387, o STF reconheceu o direito não só à proteção de dados pessoais, mas também à autodeterminação informativa – ambos como direitos fundamentais autônomos, com tutela jurídica específica e dimensão normativa própria.

Ao apreciar a ADI 6649 e a ADPF 695, o STF faz referência ao julgado da Lei do Censo, de 1983, da Corte alemã, quando se compreendeu o direito da personalidade para além da simples proteção constitucional ao sigilo, e a partir daí o poder do indivíduo de “decidir sobre a divulgação e o uso de seus dados pessoais”, assim como “decidir sobre quando e dentro de quais limites os fatos da sua vida pessoal podem ser revelados”, e ainda “ter conhecimento sobre quem sabe e o que sabe sobre si, quando e em que ocasião”⁵⁰, afirmando

⁴⁷ BRUNO RICARDO BIONI, *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2021.

⁴⁸ CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual...*, cit., p. 292.

⁴⁹ MANOEL JORGE E SILVA NETO, *Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC n. 109*, de 15 de março de 2021, 10ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, p. 909.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 6.649/DF..., cit.

o “direito à autodeterminação informacional como contraponto a qualquer contexto concreto de coleta, processamento ou transmissão de dados passível de configurar situação de perigo” à privacidade e intimidade.⁵¹

3.1.3. Direito fundamental e autônomo à proteção de dados e autodeterminação informativa

Diante da abordagem do tema em Portugal e no Brasil, nota-se que a proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa assumem papel descolado dos direitos da privacidade e intimidade, como direito autônomo. Isso porque, no fundo, atualmente, possuem bem jurídico próprio, que vai muito além da esfera interior da pessoa humana. Diz respeito à liberdade enquanto indivíduo, e também como cidadão na sua relação com os demais, onde o titular do dado pode expressar as suas ideias, com liberdade de pensamento, e até mesmo, se desejar, fazer uso do viés econômico diante do valor dos dados pessoais.

Possui objeto distinto, pois, do qual lhe originou, tornando-se espécie de subramo do direito, dada a transversalidade e lógica própria que possui, o que ficou muito claro com a edição do RGPD e da LGPD, que cruzam a tutela da personalidade e o tornam até mesmo mercadorias – ainda que com todas as cautelas para preservação de direitos fundamentais –, desligando-se da exclusividade da reserva da vida privada.

E isso assume um caráter de proteção coletiva, superando a ótica individual, na medida em que a violação a esse direito corrói a própria ordem democrática, o que contribui como fundamento para a autonomia desse direito.

Corresponde a uma evolução do próprio direito à privacidade objeto do estudo inicial de Samuel Warren e Louis Brandeis⁵², quando exploraram os riscos que a fotografia representava diante da possibilidade até mesmo de a pessoa ser fotografada sem ter conhecimento, sustentando em 1890 a existência do direito à privacidade independente da propriedade, e mais do que isso, como direito a não intervenção na esfera da privacidade. Naquele momento, defendia-se o direito a ser deixado só (*right to be alone*).

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 6.649/DF..., cit.

⁵² SAMUEL D. WARREN / LOUIS D. BRANDEIS, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, (Dec. 15, 1890), pp. 193-220, in <https://doi.org/10.2307/1321160> (15.05.2023).

A sociedade da informação demonstrou a necessidade de novos contornos, de sorte a incluir a vertente dinâmica do direito à privacidade, que corresponde à capacidade de os indivíduos (titulares dos dados) terem acesso ao conteúdo e fluxo da informação, detendo o controle sobre a informação que lhes diz respeito.

3.2. Consentimento nas relações de trabalho

Não há hierarquia entre as bases legais que autorizam o tratamento de dados no Brasil. De toda sorte, a ordem da apresentação das bases de licitude pode decorrer de ao menos duas razões: (i) o consentimento era a única base legal que constava nos anteprojetos de 2010 e 2015 a regular a proteção de dados; (ii) a lei protege dados de pessoas, não de empresas, e a autodeterminação informativa representa controle sobre os próprios dados, encontrando seu ápice, em regra, no consentimento.

Consentir significa estar de acordo, manifestando a vontade de forma livre em assunto já suficientemente esclarecido, tendo a condição de ponderar, e se for o caso recusar o consentimento.⁵³

O art. 5º da LGPD define consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Portanto, para que o consentimento seja válido, deve ser manifestado de modo livre, informado e inequívoco pelo trabalhador. Entenda-se por:

- “a) livre, o consentimento que não é viciado, sem a influência de quem detém o poder;
- b) informado, o consentimento cuja informação é fornecida com qualidade (clara e de modo adequado), de forma suficiente sob o aspecto quantitativo;
- c) inequívoco, o consentimento não pode ser tácito, deve ser formal e ostensivo.”⁵⁴

⁵³ [...] Além do indispensável consentimento (vontade livre, esclarecida e ponderada). LUCIANO MARTINEZ, *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016, p. 268.

⁵⁴ BRUNO RICARDO BIONI, *Ecologia: uma narrativa inteligente para a proteção de dados pessoais nas cidades inteligentes*, 27.06.2018, in <https://brunobioni.com.br/blog/2018/06/27/ecologia-uma-narrativa-inteligente-para-a-protecao-de-dados-pessoais-nas-cidades-inteligentes/> (15.05.2023).

O consentimento está diretamente atrelado aos fundamentos e princípios que regem a proteção de dados. Contudo, como se sabe numa relação de desequilíbrio material, a manifestação do consentimento pode ser viciada, o que enseja especial cuidado.⁵⁵

Luciane Cardoso Barzotto e Leandro do Amaral Dorneles⁵⁶ abordam a mudança de modelo a partir da LGPD, lecionando que “superamos o paradigma de que os documentos produzidos na relação de emprego são de utilização unilateral do empregador e uma forma de limitação, decorrente do poder de comando”, na medida em que, “quando retratam a vida do empregado, não podem ser utilizados sem o consentimento devido por representação parte dos direitos de personalidade do trabalhador, à luz do princípio da autodeterminação informativa” – isso, claro, reiterando que há outras bases legais de tratamento.

Nesse sentido, decisão proferida nos autos 0010137-92.2023.5.03.0077, onde o juiz Fabrício Lima Silva, da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni/Minas Gerais entendeu, em apertada síntese, que as dancinhas que eram solicitadas pelo empregador à empregada para veiculação na rede TikTok do proprietário com o fim de estimular vendas, com conotação por vezes inclusive sexual e constrangedora, representava violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB).

A partir daí, destacou as violações quanto à intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, inc. X, CRFB), e proteção dos dados pessoais (art. 5º, inc. LXXIX, CRFB), fazendo referência no plano infraconstitucional aos fundamentos da LGPD e às bases de tratamento, apontando que, se usado o consentimento, cabe ao controlador o ônus da prova.⁵⁷

Considerou em sua decisão que o emprego implica em relação de desequilíbrio material, mormente diante da hipossuficiência da trabalhadora, e fez uso do direito comparado, inclusive fazendo referência ao Parecer 2 GT29 -, assim como à punição aplicada pela autoridade helênica à PricewaterhouseCoopers diante do equivocado uso da base legal consentimento.

⁵⁵ CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual...*, cit., p. 292.

⁵⁶ LEANDRO DO AMARAL DORNELES DE DORNELES / LUCIANE CARDOSO BARZOTTO, *Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança*, Editora da UFRGS, Porto Alegre, in <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/213592> (17.05.2023).

⁵⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO, Ação Trabalhista – Rito Ordinário 0010137-92.2023.5.03.0077, in https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/4/EC25935E09F48C_decisao-dancinha-tiktok.pdf (15.05.2023).

Destarte, fundamentou o direito à indenização da trabalhadora, consoante regras do Código Civil Brasileiro (CCB) relativas ao dano, nexo causal e culpa ou dolo do agente (arts. 186º e 927º), assim como aos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade e aos requisitos previstos pelos arts. 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) concernentes à mensuração do dano para efeitos indenizatórios.

3.2.1. Consentimento nas relações coletivas de trabalho – casos ilustrativos

No Brasil, até o momento as maiores celeumas relativas ao consentimento, envolvem a obrigação ou não de fornecimento de dados dos trabalhadores aos entes representativos sindicais.

De um lado, as empresas argumentam que o fornecimento de dados pessoais de seus empregados ao sindicato violaria a LGPD; e de outro os sindicatos argumentam que o fornecimento de informações relativas aos contratos de trabalho deriva do direito constitucional de representação sindical, e por conseguinte dever de representação por parte dos sindicatos dos trabalhadores – alicerçados em convenções coletivas que preveem o fornecimento dos dados.

A título de exemplo, ao julgar recurso nos autos 0010640-49.2021.5.15.0013, a 10ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região, em acórdão de lavra do Des. Edison dos Santos Pelegrini, confirmou decisão da Vara de origem que negou pedido do Sindicato dos Empregados em Centrais de Abastecimento de Alimentos do Estado de São Paulo (Sindbast) de que a empresa fornecesse dados relativos aos seus empregados.⁵⁸

A ação foi iniciada em razão de a empresa ter se recusado a fornecer ao sindicato dados de seus colaboradores solicitados por notificação extrajudicial ante a expressa previsão em convenção coletiva de trabalho de fornecimento do nome, função, local de serviço, data de admissão, CPF, data de nascimento e estado civil a cada seis meses em conformidade com o semestre anterior vinculado ao Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), e anualmente, a cópia da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS).

⁵⁸ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, Recurso Ordinário Trabalhista, Processo nº 0010640-49.2021.5.15.0013. *in* <https://www.conjur.com.br/dl/empresa-nao-enviar-dados-sindicato.pdf> (15.05.2023).

O fundamento é a liberdade sindical prevista no art. 8º, inciso III da CRFB, destacadamente a prerrogativa do sindicato de defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria previstos no art. 8º, inciso III da CLT.

A sentença da 1ª Vara do Trabalho de São José dos Campos/São Paulo já havia negado o pedido do sindicato ao argumento de que a empresa não dispõe de autorização legal e constitucional para fornecimento dos dados ao sindicato “sem a participação expressa e específica do trabalhador”.

Isso porque, “em nenhum momento se verifica na CRFB/88 a autorização para tratamento de dados pessoais dos empregados, portanto, direitos individuais indisponíveis previstos no art. 5º da CRFB/88”, citando dispositivos relativos à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (inciso X), liberdade de associar-se e não associar-se (inciso XX), arrematando, em apertada síntese, que a representação coletiva ou individual do sindicato não o autoriza a ter acesso ou tratar de dados sensíveis dos trabalhadores, “dentre os quais, o nome, data de nascimento, CPF, estado civil”.

A partir de então faz referência ao art. 611º-A da CLT (fruto da Reforma Trabalhista de 2017), que prevê a prevalência da norma coletiva sobre a própria legislação trabalhista, mas, destaca que tal não implica em autorização à violação do direito à intimidade e vida privada do empregado, mediante acesso a dados relativos a personalidade do trabalhador.

Portanto, para ter acesso a dados sensíveis dos trabalhadores, diz a sentença, é necessário que se obtenha do trabalhador a expressa e prévia autorização, de modo a não violar direitos e garantias individuais constitucionais em cumprimento à LGPD.

Nessa esteira, a decisão originária fundamenta suas razões com base nos arts. 11º que trata da intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, 16º que garante o direito ao nome, 21º relativo à inviolabilidade da vida privada – todos do CCB, e os combina com o art. 2º da LGPD⁵⁹ que contempla os fundamentos da lei, e ao art. 7º que elenca as bases legais de tratamento de dados, destacando o § 4º haja vista que o consentimento terá de referir-se a finalidades determinadas, sendo nulas as autorizações genéricas.

⁵⁹ Respeito à privacidade (inciso I), autodeterminação informativa (inciso II), liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (inciso III), inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (inciso IV), direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais (inciso VII) a serem conjugados com o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação (inciso V), assim como a livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor (inciso VI).

Embora a decisão mereça certos aplausos, não se pode deixar de observar que aborda todos os dados objeto da norma coletiva como se sensíveis fossem, quando em verdade, por dados sensíveis devem ser compreendidos os passíveis de gerar discriminação, nos termos do art. 5º da LGPD:

“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”.

No caso em análise, o nome pode indicar origem étnica, no entanto não é dado sensível. Função, data de admissão, local de prestação do serviço, CPF e data de nascimento, embora sejam dados pessoais, não o são sensíveis.

Ao confirmar a decisão, o TRT15 expressamente dispôs quanto à necessidade da “prévia autorização de cada trabalhador”, entendendo que a cláusula da norma coletiva teria de ser refeita ou complementada, adequando-se à legislação vigente, a fim de possibilitar o cumprimento pela empregadora, afinal, dispõe o acórdão:

“obter a autorização de cada trabalhador quanto à entrega de dados pessoais ao sindicato não impede o cumprimento da cláusula, mas apenas lhe complementa e acaba por dar garantia ao sindicato de que não pode lhe ser imputada prática que afrontaria a legislação mencionada”.

A grande questão diz respeito ao exercício da defesa dos trabalhadores por meio do sindicato que os representa, fundamento esse que motivou decisões em sentido contrário à supra-apontada, consoante se pode citar a proferida nos autos 0000876-17.2021.5.12.0015⁶⁰.

A ação foi movida pelo Sindicato dos Condutores de Veículos e Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Cargas e Passageiros do Extremoeste de Santa Catarina, ao argumento de que necessitava dos dados dos trabalhadores para efeito de recolhimento e repasse da contribuição sindical, tendo

⁶⁰ CARLOS NOGUEIRA, “Empresa é obrigada a fornecer dados sobre contratos de trabalho a sindicato, decide magistrado”, *Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região*, 14.06.2022, in <https://portal.trt12.jus.br/noticias/empresa-e-obrigada-fornecer-dados-sobre-contratos-de-trabalho-sindicato-decide-magistrado> (15.05.2023).

a empresa se posicionado no sentido de que os trabalhadores teriam de autorizar a cessão das informações ante a aplicação da LGPD⁶¹.

O Juiz do Trabalho da Vara de São Miguel do Oeste proferiu sentença apontando que o cumprimento do papel constitucional atribuído ao sindicato deve ser exercido, independente da vontade individual, na defesa dos interesses e direitos dos membros da categoria, consoante previsto no art. 8º, inciso III da CRFB/88.

Nessa esteira, a decisão foi no sentido de que a observância à LGPD não exime o empregador de fornecer os dados solicitados pelo sindicato, aplicando multa ao empregador por não cumprir o previsto na convenção coletiva de trabalho, tendo a ação sido encerrada por acordo em sede de cumprimento de sentença.

O tema merece apreciação por parte da ANPD, enquanto isso, no entanto, quer parecer que deva ser sistematizada a análise da matéria. A iniciar, quando da previsão de fornecimento de dados dos trabalhadores em sede de negociação coletiva, pela observância aos princípios que regem a LGPD (art. 6º), tomando-se licença para destacar no caso em tela: finalidade, adequação, necessidade e transparência.

A norma coletiva deve informar, pois, qual a finalidade do dado coletado, prestando informações suficientemente claras para que se possa verificar se há um meio menos gravoso de atingir o mesmo resultado. Por falar em modo mais suave, observar que quando se trata de informações prestadas pela empresa por meio de documento oficial, o sindicato possui meio mais moderado para obter tais informações diretamente junto ao Ministério do Trabalho.⁶²

Nesse sentido, decisão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), entendendo que não deve ser aplicada multa por descumprimento de norma coletiva, na hipótese de a empresa não fornecer informações cujos dados podem ser obtidos pelo ente sindical junto a RAIS.

“MULTA DIÁRIA – APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DAS RAIS – OBRIGAÇÃO ESTABELECIDA EM NORMA COLETIVA. O Regional consignou que

⁶¹ VARA DO TRABALHO DE SÃO MIGUEL DO OESTE, *Processo 0000876-17.2021.5.12.0015* in <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000876-17.2021.5.12.0015/1#0f572ca> (15.05.2023).

⁶² RUI JOSÉ LEITE SANTANA MARCONDES, «A lei geral de proteção de dados à luz dos instrumentos coletivos de trabalho (CCT e ACT) que impõem o fornecimento de dados», *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, jul./dez. 2022, v. 14, n. 28, pp. 120-134, in <https://hdl.handle.net/20.500.12178/213395> (15.05.2023).

embora 'pese a determinação da cláusula 85^a da Convenção Coletiva (fl. 161v), onde se estabelece a obrigação de apresentar anualmente a RAIS, o entendimento que tem prevalecido nesta Turma é o de que não se justifica a imposição de multa, uma vez que tal documento pode ser obtido junto ao Ministério do Trabalho e Emprego'. Nesse contexto, o Tribunal *a quo* não negou vigência a norma coletiva, mas entendeu desnecessária a imposição de multa, diante da possibilidade do próprio sindicato obter cópias das RAIS de 2007 a 2011. Precedentes. Ileso, portanto, o art. 7º, XXVI, da CF/88. Esclareça-se, por fim, que também não prospera o conhecimento do recurso de revista fundado em alegação de ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal quando a lide está adstrita ao exame de legislação infraconstitucional, visto que essa circunstância impossibilita a configuração de sua violação literal e direta (Súmula 636 do STF)"⁶³.

Verificar ainda se há outra base legal que justique o fornecimento do dado pela empresa ao ente sindical. Inexistindo base legal, que não o consentimento do trabalhador, este deve ser fornecido de forma individualizada, por escrito, inadmitindo-se sua outorga pela norma coletiva, e isso, observados os termos do art. 9º da LGPD.

Significa dizer, antes de consentir o trabalhador tem de ser informado de forma clara, adequada e ostensiva quanto à (i) finalidade específica da coleta do dado; (ii) forma e duração do tratamento dos seus dados, observados os segredos comercial e industrial; (iii) identificação do controlador; (iv) informações de contato do controlador; (v) informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e ainda sobre a finalidade desse compartilhamento com o ente sindical, que caso passe a tomar decisões pode se tornar co-controlador; (vi) responsabilidades de todos os agentes que realizarão o tratamento; (vii) informações expressas dos direitos do titular⁶⁴; (viii) informação

⁶³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (2ª TURMA), Processo n. TST-AIRR-597-43.2012.5.02.0009, in <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/bc7c3f9c4efa9368738e940d2cdbff57> (17.05.2023).

⁶⁴ Resumidamente: I – confirmação da existência de tratamento; acesso aos dados; correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a LGPD; portabilidade dos dados; ao final do tratamento – eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto se decorrente de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, estudo por órgão de pesquisa, transferência a terceiro, ou uso exclusivo de dados anonimizados pelo controlador.

quanto às entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; (viii) informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; e, (ix) possibilidade de revogar o consentimento.

3.2.2. Limites da autonomia coletiva

É sabido que a desigualdade material das relações de trabalho⁶⁵ pode ter a balança de poderes ajustada via negociação coletiva, assumindo a representação sindical especial importância. Acredita-se que o sindicato representante da categoria profissional, contudo, não pode consentir validamente no tratamento de dados pessoais, dadas as exigências do consentimento em matéria de direitos de personalidade.

Ou seja, em se tratando de RGPD, o consentimento tem de decorrer de manifestação de vontade, livre, específica, informada, explícita, revogável, ao passo que se cuidando da LGPD, tem como requisitos ser livre, informado, inequívoco, revogável – situações de caráter personalíssimo.

Dado o potencial de violação de direitos da personalidade quando se trata de dados pessoais, no entanto, há vasto campo para atuação sindical no sentido de negociar regras que visem não só a preservação do direito ao livre consentimento do trabalhador, como também o exercício da autodeterminação informativa e a proteção dos dados pessoais de seus representados.

Como parte do conteúdo dos pactos, pode-se pensar em disposições que:

- i) sejam aptas a preservar os direitos à intimidade e privacidade, especialmente quando se trata da captação de sons e imagens;
- ii) tenham o condão de preservar os direitos à intimidade e privacidade, e ao livre desenvolvimento da personalidade quando se trata da análise de desempenho profissional do teletrabalhador – análise essa não vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro;
- iii) sejam suficientes para a proteção contra o tratamento de metadados coletados em razão da geolocalização;

⁶⁵ António Monteiro Fernandes referencia a “desvalorização da estipulação individual das condições de trabalho” como traço marcante do Direito do Trabalho.
ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit.

- iv) haja clareza com relação ao tratamento de todo dado pessoal, prestando informação clara e inteligível ao trabalhador, em respeito à autodeterminação informativa.

Ainda que relativa ao teletrabalho, vale como paradigma, embora a ser aplicado de modo mais amplo, a Lei argentina n. 27.555/2020, que disciplina, forte do art. 15º, que os sistemas de controle e supervisão destinados a proteger os bens e informações da empresa deverão contar com a participação sindical para salvaguardar a intimidade e privacidade do domicílio do teletrabalhador.⁶⁶

No que se refere ao controle, salutar abordar a questão da medição de desempenho profissional em sede de negociação coletiva, quando a análise de desempenho é realizada por meio da IA ou automatizada, visando evitar discriminação, ou mesmo tratamento não isonômico.

Quer parecer, no entanto, não ser permitido ao sindicato dar o consentimento em nome do trabalhador, seja quanto às informações coletadas, o monitoramento ou a avaliação de desempenho, até porque existem outras bases legais/licitude para o tratamento de dados nas relações de trabalho.

Ademais, o consentimento tem de ser pessoal, mantendo o trabalhador no controle dos seus próprios dados em respeito à autodeterminação informativa. Deve, no entanto, o ente sindical negociar a necessária proteção ao consentimento, a fim de que o protagonismo deste seja acompanhado da tutela dispensada às relações de desigualdade, dando efetividade à autodeterminação informativa.

O papel do sindicato deve ser, pois de negociar trajetos e passos a serem seguidos quando a base for o consentimento a fim de que, em cumprimento à proteção de dados pessoais, este seja: (i) livre, ou seja, não viciado; (ii) informado, a fim de que o trabalhador tome a decisão com base em informações claras e adequadas, assim como suficientes e ostensivas; (iii) inequívoco, ou seja, não haja dúvidas quanto às manifestações de vontades, sendo estas voltadas a finalidades determinadas, vedadas autorizações genéricas.

A previsão do art. 21º, n. 4 do Código do Trabalho de Portugal relativa ao parecer da comissão de trabalhadores no uso de meios de vigilância a distância

⁶⁶ Lei argentina n. 27.555/2020: Artículo 15. Sistema de Control y Derecho a la Intimidad. Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio.

deve ser utilizada como incentivo para a negociação coletiva no Brasil, visando a tutela dos dados pessoais dos trabalhadores e a autodeterminação informativa.

4. Automatização e uso da inteligência artificial nas relações de trabalho

Considerando o recém-lançado *ChatGPT*, que jogou ainda mais luzes sobre a IA, fazem-se necessárias reflexões no que tange aos desafios de uma IA ética e transparente em conformidade com o direito fundamental à proteção de dados e autodeterminação informativa.

Vale observar que o tear mecanizado demorou 120 anos para ganhar a Europa, a Internet em dez anos conquistou o mundo⁶⁷, e o *ChatGPT* atingiu 100 milhões de usuários em dois meses⁶⁸. Talvez esse primeiro dado já seja suficiente para justificar a proliferação de questionamentos e incertezas envolvendo a até então mais avançada inteligência artificial.

Fato certo, no entanto, a ser desde logo levado em conta é a velocidade das mudanças, tal como já previa Klaus Schwab, ao tratar da combinação dos mundos físico, digital e biológico como desencadeador de câmbios econômicos, sociais e culturais, a tal nível, que não será possível prevê-los.⁶⁹

Nessa esteira, Bill Gates, em entrevista ao jornal alemão *Handelsblatt*, comparou o *ChatGPT* à invenção da internet em grau de importância. O cofundador da Microsoft disse que o *ChatGPT* “tornará muitos trabalhos de escritório mais eficientes”, profecizando que essa tecnologia mudará o mundo.⁷⁰

Não só as atividades mecanizadas podem ser executadas, mas também funções que demandam capacidade de raciocínio, ao ponto de o *ChatGPT* ter obtido êxito na primeira fase do exame da OAB⁷¹, e sobretudo ter sido uti-

⁶⁷ CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual...*, cit., p. 36.

⁶⁸ ALVENI LISBOA, «ChatGPT atinge 100 milhões de usuários em apenas dois meses», *CanalTec*, 03.02.2023, in <https://canaltech.com.br/internet/chatgpt-atinge-100-milhoes-de-usuarios-em-apenas-dois-meses-238450/> (15.05.2023)

⁶⁹ KLAUS SCHWAB, *A Quarta Revolução Industrial*, Tradução Daniel Moreira Miranda, Edipro, São Paulo, 2016, p. 11.

⁷⁰ WILLIAMS SCHENDES, «Bill Gates: “ChatGPT vai mudar o mundo”», *Olhar Digital*, 10.02.2023, in <https://olhardigital.com.br/2023/02/10/pro/bill-gates-chatgpt-vai-mudar-o-mundo/amp/> (15.05.2023).

⁷¹ BRUNO ROMANI, «ChatGPT é ‘aprovado’ em prova da primeira fase da OAB», *Estadão*, 21.02.2023 in <https://www.estadao.com.br/link/cultura-digital/chatgpt-e-aprovado-em-prova-da-primeira-fase-da-oab/> (15.05.2023).

lizado para redigir sentença por juiz em Cartagena/Colômbia em demanda que envolvia pedido de uma mãe para que seu filho autista ficasse isento do pagamento de consultas médicas.⁷²

Dora Kaufman faz interessante abordagem ao apontar que “a inteligência artificial no século XXI, com máquinas desempenhando tarefas antes exclusivas dos humanos, são revelações científicas que, em algum sentido, questionam a supremacia humana”.⁷³

Há o relato de uma obra de arte gerada com IA ter ganho o primeiro prêmio na Feira Estadual do Colorado, ao que o colunista do New York Times, primeiro retrata o quanto o trabalho soa atraente, mas num segundo olhar, lhe pareceu sem vida⁷⁴.

Experimento na Faculdade de Direito da Universidade de Minnesota demonstrou que estudantes muito preparados foram bem superiores ao ChatGPT em quatro provas escolares, que, comparado aos alunos a IA teve um desempenho “mediocre”, mas suficiente para ser aprovada⁷⁵ – lembrando que o ChatGPT e a IA em geral estão em fase embrionária.

Recentemente, o site CNET cometeu grosseiro equívoco matemático, facilmente perceptível, porém, o site em referência indicava a “Equipe de Finanças do CNET” como relatora dos seus informes, omitindo a informação de que fazia uso de IA para alguns textos. Após a empresa publicamente se retratar, passou a informar que o texto é produzido por robô, porém revisado por humano⁷⁶.

⁷² O TEMPO, «Juiz colombiano usa inteligência artificial do ChatGPT para redigir sentença», *O Tempo*, 02.02.2023, in <https://www.otempo.com.br/mundo/juiz-colombiano-usa-inteligencia-artificial-do-chatgpt-para-redigir-sentenca-1.2808060> (15.05.2023).

⁷³ DORA KAUFMAN, «ChatGPT assusta porque ameaça nossa “reserva de mercado”», *Valor*, 10.02.2023, in <https://onovonormal.blog/2023/02/11/dora-kaufman-chatgpt-assusta-porque-ameaca-nossa-reserva-de-mercado/> (15.05.2023).

⁷⁴ KEVIN ROOSE, «An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy», *The New York Times*, 02.09.2022, in <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html> (15.05.2023).

⁷⁵ JOÃO OZORIO DE MELO, «Estudantes de Direito dos EUA batem ChatGPT em simulação de exame final», *Consultor Jurídico*, 30.01.2023, in <https://www.conjur.com.br/2023-jan-30/chatgpt-perde-disputa-estudantes-direito-eua> (15.05.2023).

⁷⁶ FELIPE FREITAS, «ChatGPT e outras IAs mentem que nem sentem – e a gente acredita», *Tecnoblog*, 18.01.2023, in <https://tecnoblog.net/noticias/2023/01/18/chatgpt-e-outras-ias-mentem-que-nem-sentem-e-a-gente-acredita/amp/> (15.05.2023).

Dessas breves menções percebe-se que o *ChatGPT* tem sido pioneiramente utilizado como auxiliar do trabalho, inclusive de atividades intelectualizadas, tal como a mencionada decisão judicial proferida pelo juiz colombiano.

Tem-se notícia de que Amazon estaria fazendo uso de sistema de inteligência que adverte automaticamente o empregado, caso este passe largo tempo sem escanear um produto ou registrar uma atividade, podendo inclusive demitir o empregado em caso de não atingimento de metas ou reincidência, sem qualquer participação humana. Segundo a matéria veiculada na *Época Negócios*, a Amazon informa que o empregado pode se insurgir contra a demissão, hipótese em que o caso é submetido à revisão humana, por um superior hierárquico⁷⁷.

O veículo *Forbes Daily* noticiou que ao apreciar questão relativa ao algoritmo utilizado pela *Deliveroo*, corte italiana entendeu que o algoritmo gerava discriminação ao não distinguir as faltas do trabalhador por razões legítimas, como doença, das que decorriam da livre escolha do trabalhador.⁷⁸

Ao tratar do teletrabalho, Teresa Coelho Moreira faz referência ao potencial do crescente uso da IA combinado com a videovigilância, audiovigilância, geolocalização, controle através das redes sociais, mensagens instantâneas, dados biométricos e reconhecimento facial, que permitem monitorar virtualmente todos os aspectos da vida profissional e extraprofissional do trabalhador.⁷⁹

Após abordar as diversas questões levantadas pelo Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho no que tange à IA, João Leal Amado aponta que

“as questões que se colocam são múltiplas e de grande complexidade. O algoritmo, por exemplo, começa a ocupar um lugar crescente nos vários domínios da relação de trabalho (na fase de seleção dos trabalhadores a contratar, na distribuição de tarefas e na monitorização e avaliação da prestação realizada pelos trabalhadores, na seleção dos trabalhadores a despedir, etc.), sendo cada vez mais

⁷⁷ ÉPOCA NEGÓCIOS, «Funcionários da Amazon nos EUA são demitidos por software, revela site», *Época negócios*, 26.04.2019, in <https://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2019/04/funcionarios-da-amazon-nos-eua-sao-demitidos-por-software-revela-site.html> (15.05.2023).

⁷⁸ JONATHAN KEANE, «Deliveroo Rating Algorithm Was Unfair To Riders, Italian Court Rules», *Forbes*, 05.01.2021, in <https://www.forbes.com/sites/jonathankeane/2021/01/05/italian-court-finds-deliveroo-rating-algorithm-was-unfair-to-riders/> (15.05.2023).

⁷⁹ TERESA COELHO MOREIRA, «Teletrabalho e privacidade», *Questões Laborais*, julho/2022, n. 60, pp. 181-197.

evidentes os riscos de, sob a capa da pretensa cientificidade, neutralidade e objetividade do algoritmo, velhas discriminação serem reproduzidas e relegitimadas”⁸⁰.

E prossegue demonstrando preocupação com a adoção de comportamentos preconceituosos da IA, ao explicar que:

“O algoritmo, enquanto sistema ocupacional de matemática aplicada, não tem coração nem sensibilidade, mas a inteligência artificial pode reproduzir os conceitos, conscientes ou não, de quem programa o algoritmo, isto é, de quem fornece ao algoritmo os dados (*input*) que irão permitir ao algoritmo tomar as suas decisões (*output*)”⁸¹.

A questão é que tanto o uso da IA quanto a automatização requerem transparência e ética, e esse é um dos grandes desafios a serem enfrentados, cujas legislações em diversos países procuram se ocupar, sobretudo quando se trata da proteção de dados e autodeterminação informativa, mormente diante dos riscos que tais ferramentas impõem aos trabalhadores na tomada de decisões que lhes atinjam, ainda mais num panorama de desenvolvimento embrionário, com maior potencial de cometimento de equívocos, afinal, parafraseando Júlio Gomes, “a cidadania não fica à porta da empresa”⁸².

4.1. A experiência portuguesa

O princípio da transparência está previsto no Capítulo III do RGPD, como direito do titular dos dados, e aplica-se com ainda mais ênfase quando se trata de decisões tomadas unicamente com base no tratamento automatizado de dados que afetem os interesses do titular.

Nessa esteira, os arts. 13º, nº 2, alínea “f”; 14º, n. 2, alínea “g”; e 15º nº 1, alínea “h” do RGPD preveem que as decisões automatizadas devem ser comunica-

⁸⁰ JOÃO LEAL AMADO, «Inteligência artificial, plataformas digitais e robotização: que futuro para o (direito do) trabalho humano?», *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, jul./dez. 2021, v. 67, n. 104, pp. 239-265, in <https://hdl.handle.net/20.500.12178/210079> (18.05.2023), p. 247.

⁸¹ JOÃO LEAL AMADO, «Inteligência artificial...», cit., p. 247.

⁸² JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 265.

das ao titular do dado, incluindo a definição de perfis, prestando informações úteis relativas à lógica utilizada, assim como informando a importância e as consequências previstas para o titular em razão do tratamento daqueles dados.

Por aplicação do princípio da transparência, dentre outras disposições, o Considerando 58 do RGPD exige que a informação prestada ao titular do dado seja concisa, de fácil acesso e compreensão, formulada em linguagem simples e clara, enquanto o Considerando 60 exige que o titular seja informado da operação de tratamento e suas finalidades, inclusive quanto à definição de perfis e consequências daí advindas, o que deve ser lido em conjunto com o Considerando 63 que contempla o direito do titular de acesso aos seus dados pessoais, sendo informado quanto às finalidades da coleta.

Nessa mesma linha, Joaquín García Murcia e Iván Antonio Rodríguez Cardo apontam que o RGPD, ao nível dos princípios, se assenta nos ideais de respeito e transparência, devendo as operações ter em conta a finalidade e a necessidade de utilização dos dados, assim como os interesses do titular, para o qual sempre terão de ser fornecidas informações suficientes e apropriadas aos fins⁸³.

Consoante bem se nota, o tratamento automatizado requer transparência do controlador, a fim de que o titular do dado possa gozar do direito fundamental à autodeterminação informativa, e inclusive podendo consentir de modo livre, específico, informado e explícito, quando for a hipótese.

Destaca-se ainda o Considerando 71 do RGPD, relativo ao direito do titular “de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar”, dando o exemplo da recusa automática de um pedido de crédito por via eletrônica, ou mesmo expressa menção ao recrutamento eletrônico sem qualquer intervenção humana.

Na continuidade, o Considerando 71 trata da amplitude da definição de perfis, fazendo constar, dentre outros, expressamente, e de modo especial “a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional”.

⁸³ “En el plano de los principios, el Reglamento se asienta sobre las ideas de respeto y transparencia, en el sentido de que las operaciones de obtención y tratamiento de datos personales habrán de tener en cuenta la finalidad y necesidad de su uso como los intereses del afectado, y al que habrá que proporcionar la información oportuna”.

GARCÍA MURCIA / IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO, “Implicaciones laborales...”, *cit.*, p. 40 e 45.

assim como a “localização ou deslocações do titular dos dados”, isso “quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar”.

O Considerando 71 admite, no entanto, a tomada de decisões, inclusive definição de perfis, se expressamente autorizado pelo direito da União ou dos Estados-Membros, aplicável ao responsável pelo tratamento em casos expressamente mencionados, dentre os quais a celebração de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, ou mediante consentimento explícito do titular.

Essa possibilidade de tratamento automatizado, mesmo que consentida, deve ser acompanhada das garantias adequadas, que, para melhor compreensão, passa-se a apresentar de modo separado: (i) informação específica ao titular dos dados; (ii) direito de obter a intervenção humana; (iii) direito de o titular manifestar o seu ponto de vista; (iv) direito de obter uma explicação sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação; (v) direito de contestar a decisão.

O Considerando 71 demonstra ainda preocupação com a discriminação, fazendo uso dos princípios da transparência, *privacy by design* e *by default*, além da prevenção, determinando a utilização de “procedimentos matemáticos e estatísticos adequados à definição de perfis”, mediante aplicação de “medidas técnicas e organizativas que garantam designadamente que os fatores que introduzem imprecisões nos dados pessoais são corrigidos e que o risco de erros é minimizado”, visando a proteção dos dados pessoais levando em conta potenciais riscos, de modo a prevenir, exemplificativamente, efeitos discriminatórios por “origem racial ou étnica, opinião política, religião ou convicções, filiação sindical, estado genético ou de saúde ou orientação sexual” ou mesmo “a impedir que as medidas venham a ter tais efeitos.”

O Parecer 2/2017 GT29 demonstra preocupação com o tratamento automatizado das expressões faciais do trabalhador em câmeras de videovigilância, pois tal seria desproporcional em relação aos direitos e liberdades dos empregados, e por consequência, em regra, ilícito – recomendando que o empregador se abstenha de fazer uso de tecnologias de reconhecimento facial.⁸⁴

O art. 22º do RGPD prevê a revisão humana da decisão tomada unicamente com base no tratamento automatizado, ao enunciar “o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no trata-

⁸⁴ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Article 29 Data Protection ...*, cit.

mento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar".

Por revisão humana, entende o GT29, apreciação que tenha o condão de alterar o resultado, ou seja que a aferição seja levada a efeito por pessoa "com autoridade e competência para alterar a decisão".⁸⁵

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, forte do art. 5º, relativo a *Sistemas e Decisões Automatizadas*, n. 1 prevê que: "princípios ético-normativos só podem ser propostos por serem humanos, e decisões que atinjam direitos fundamentais só podem ser tomadas por seres humanos".⁸⁶

Em terras lusitanas, a Deliberação 840/2010 da CNPD, prevê que:

"não são admitidas decisões **que produzam efeitos na esfera jurídica do trabalhador** ou que o afetem de modo significativo, **tomadas exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos** da sua personalidade, designadamente a sua **capacidade profissional**."

Na mesma esteira, a Comissão Europeia sustenta a necessidade de supervisão humana para uso de uma inteligência artificial de confiança, assim como que os sistemas sejam seguros, transparentes, éticos e imparciais.

Em Portugal, o DL 260/2009, forte do art. 25º, nº 1, preconiza que "o candidato a emprego tem o direito de ser informado, por escrito, sobre os métodos e técnicas de recrutamento aos quais se deve submeter e as regras relativas à confidencialidade dos resultados obtidos".

E de forma especial, a Lei 27/2021 instituiu a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, cujo art. 9º trata da IA e de robôs, determinando que a utilização da IA, forte n. 1, seja "orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade", e isso a ser apreciado no caso concreto, de acordo com as circunstâncias, visando "evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação".

Igualmente determina, com esboço no nº 2, que devem ser comunicadas aos interessados as decisões tomadas por algoritmo que tenham impacto

⁸⁵ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Article 29 Data Protection ...*, cit.

⁸⁶ PARLAMENTO EUROPEU, «Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000/C 364/01», *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 18.12.2000, in https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf (15.05.2023).

significativo para os destinatários, admitindo recurso e auditoria, nos termos legais.

Consoante nº 3, prevê a aplicação à criação e ao uso dos robôs dos princípios da beneficência, não maleficência, respeito pela autonomia humana e justiça, assim como não discriminação e tolerância.

4.2. Projeções no cenário brasileiro

Em razão da vivência é que se parte da consagrada cultura portuguesa no enfrentamento das questões relativas à proteção de dados e autodeterminação informativa frente o avanço da automatização e inteligência artificial para tomada de decisões nas relações de trabalho, permitindo-se projeções, e inclusive a aplicação do Direito Português, quando adequado, à luz da regra do art. 8º da CLT no cenário brasileiro, onde a proteção de dados pessoais ainda é bastante incipiente.

Por sinal, ante a ausência de uma cultura de dados consolidada no panorama brasileiro, Alexandre Agra Belmonte propõe a aplicação do Direito Português:

“Na falta de norma na CLT sobre questão específica que a regulamentação geral da LGPD não dê solução, com base no art. 8º da CLT, *caput* da Consolidação é possível recorrer ao direito comparado (no caso, à legislação portuguesa)”⁸⁷.

Para se ter uma ideia do quanto o uso da IA tem provocado debates inconclusivos no Brasil, cumpre mencionar que o Conselho Nacional do Ministério Público apreciou o Pedido de Providências nº 1.00085/2023-10, por meio do qual o requerente buscava a fixação de regras para uso do *Open AI*, receoso que os cidadãos brasileiros tivessem as questões apreciadas pela IA e não pelos procuradores e promotores.

A medida buscava a concessão de tutela de urgência, que foi negada aos argumentos, aqui apertadamente resumidos, de que não há conhecimento de situações práticas envolvendo o uso da ferramenta tecnológica no âmbito do Ministério Público, não se vislumbrando fatores de risco, assim como a

⁸⁷ ALEXANDRE AGRA BELMONTE, *Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho: identificação das ofensas extrapatrimoniais morais e existenciais e sua quantificação*, 3ª ed. revisada, atualizada e ampliada, Jus Podium, São Paulo, 2022.

ferramenta não tem o condão de substituir o ser humano na tomada de decisões, mas servir de suporte.

Insatisfeito, o requerente interpôs recurso, suscitando série de questões, que acabaram por propiciar parcial reforma, em decisão de 28.04.2023, não de caráter obrigacional, mas orientativo, diante da especial preocupação com dados sensíveis a serem inseridos em sistemas de inteligência artificial em banco de dados privados, notadamente sediados em outros países, a fim de que fossem observados os riscos das ferramentas tecnológicas não oficialmente adotadas, cuja utilização pudesse implicar no “lançamento de informações processuais sensíveis, sigilosas ou pessoais, em banco de dados privado, não passível de fiscalização e controle por parte do Estado”.

A decisão também orientou que as Secretarias de Tecnologia da Informação apresentem manifestação técnica acerca dos possíveis riscos que a utilização das ferramentas de IA podem trazer ao exercício da atuação do Ministério Público, e determinou a elaboração de estudos complementares acerca da matéria.

A LGPD não proíbe a decisão exclusivamente automatizada, apenas estabelece condicionantes, relativas à aplicação do princípio da transparência e revisão da decisão, sem, no entanto, a expressa previsão de participação humana. Com efeito, o art. 20º prevê a revisão da decisão tomada unicamente com base no tratamento automatizado de dados que afetem os interesses do titular, fazendo menção às destinadas a definição de perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.⁸⁸

É bem verdade que o §1º do art. 20º prevê que o controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.⁸⁹

⁸⁸ Art. 20, LGPD. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência
§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

⁸⁹ CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO / RICARDO CALCINI, «Adequação à LGPD no recrutamento e seleção de candidatos a emprego», *Consultor Jurídico*, 24.09.2020, in <https://www.>

A questão é que se a decisão for tomada por algoritmo ou IA, muitas vezes sequer o programador conseguirá decifrar como esta foi tomada, ficando complexa a tarefa de atender ao princípio da transparência incrustado no dispositivo legal supramencionado.

Ao referir-se ao consentimento informado na internet das coisas, Carlos André Ferreira Dias aborda a imprevisibilidade e a interpretabilidade de um tratamento automatizado, pois,

“por um lado parece impossível que, quer o titular, quer o responsável pelo tratamento possam antever as utilizações a que os dados serão sujeitos após a recolha. Por outro, a excessiva complexidade técnica dos métodos analíticos usados no tratamento obsta que possam ser ‘traduzidos’ numa linguagem acessível ao titular”⁹⁰.

Soma-se que as pessoas, em regra, acreditam na neutralidade do algoritmo, o que potencializa o risco de lesão, na medida em que a leitura adotada pelo algoritmo possivelmente adotará um padrão, que poderá gerar discriminação, se não observada igualdade de oportunidades em razão de raça, sexo e outros dados passíveis de discriminação⁹¹.

Exemplo prático é o caso da *Amazon*, que com base no histórico de contratações, levou a discriminação de mulheres na seleção pela ferramenta utilizada⁹², pois parte das vezes os algoritmos repetem comportamentos discriminatórios já inseridos na sociedade, ou mesmo podem conduzir a resultados incorretos se adotada base com dados desatualizados ou incompletos.

Como histórico, vale recordar da *Tay*, *chat bot* criado pela Microsoft como experimento social, tendo por objetivo interagir e aprender com os usuários, contudo, menos de 24 horas após a sua ativação, a sua criadora teve que retirá-la do ar, haja vista que a *Tay*, diante do aprendizado em suas interações com humanos, acabou por tornar-se agressiva e preconceituosa.

conjur.com.br/2020-set-24/pratica-trabalhista-adequacao-igpd-recrutamento-selecao-candidatos-emprego (15.05.2023).

⁹⁰ CARLOS ANDRÉ FERREIRA DIAS. *A Privacidade na era da Internet das Coisas...*, cit., p. 41.

⁹¹ CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual...*, cit.

⁹² KARIN SALOMÃO, «Robô criado pela Amazon para buscar candidatos discriminava mulheres», *Exame*, 12.10.2018, in <https://exame.com/negocios/robo-criado-pela-amazon-para-buscar-candidatos-discriminava-mulheres/> (15.05.2023).

Outro caso inusitado que orienta à reflexão foi o do robô jogador de xadrez, em Moscou, que agarrou e quebrou o dedo de seu oponente no jogo – menino de sete anos –, pois supostamente a criança teria violado normas de segurança ao movimentar uma peça antes do tempo.

A matéria veiculada no *Tribuna Expresso* faz referência ao *The Guardian*, que “lembra que os robôs que jogam xadrez não deixam de ser máquinas aparentadas com outras, que desempenham funções em empresas, por exemplo”, e a partir dessa constatação, aponta que de acordo com estudo de 2015, “todos os anos morre uma pessoa em acidentes com robôs industriais, só nos EUA”, ao que se soma notícia de família que processa a Tesla após o filho morrer por acidente causado pelo piloto automático.⁹⁴

Não ao acaso durante o seminário “A Construção do Marco Regulatório no Brasil”, em painel cujo tema era a “Discriminação Algorítmica”, a diretora do *DataSphere* demonstrou preocupação especial com a possível perpetuação do racismo, sexismo e opressão sistêmica, apontando a necessidade de usar o potencial da IA que veio para ficar de uma forma que beneficie a todos, de modo inclusivo, não excludente ou opressora.⁹⁵

Visando conferir transparência ao uso da IA, a *Ley de Riders*, na Espanha, já obrigava as empresas a informarem os sindicatos sobre os algoritmos que afetassem as condições de trabalho.⁹⁶

⁹³ EXPRESSO, «O insólito caso do robô jogador de xadrez que agarrou e partiu o dedo a um adversário, uma criança de sete anos», *Tribuna Expresso*, 25.07.2022, in <https://tribuna.expresso.pt/modalidades/2022-07-25-O-insolito-caso-do-robo-jogador-de-xadrez-que-agarrou-e-partiu-o-dedo-a-um-adversario-uma-crianca-de-sete-anos-abf217cd> (15.05.2023).

⁹⁴ UOL, «Família processa Tesla após filho morrer em acidente causado por Autopilot», UOL, São Paulo, 06.07.2021, in <https://www-uol-com-br.cdn.ampproject.org/c/s/www.uol.com.br/carros/noticias/redacao/2021/07/06/familia-processa-tesla-apos-filho-morrer-em-acidente-causado-por-autopilot.amp.htm> (15.05.2023).

⁹⁵ CONSULTOR JURÍDICO, «CJF fará seminário sobre o Marco Regulatório da Inteligência Artificial [Debate em Brasília]», *Revista Consultor Jurídico*, 16.04.2023, in <https://www.conjur.com.br/2023-abr-16/cjf-promove-seminario-marco-regulatorio-ia-brasil> (17.05.2023).

⁹⁶ WILLEM WAEYAERT *et alii*, «Espanha: a lei relativa aos motoristas de entrega de produtos («Riders’ law»), nova regulamentação sobre o trabalho em plataformas digitais», Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho, 16.02.2022, in <https://osha.europa.eu/pt/publications/spain-riders-law-new-regulation-digital-platform-work> (17.05.2023).
ESPAÑA, *Real Decreto Ley 9/2021 de 11 de Mayo. Ley “Rider”*, in <https://www.gco.es/wp-content/uploads/2021/08/20210812-Llei-Rider.pdf> (15.05.2023).

A ausência de previsão na LGPD de revisão humana da decisão automatizada amplifica o desafio no uso de uma inteligência artificial ética, num cenário em que a IA pode ser usada para mapear as emoções do candidato ao emprego quando das entrevistas⁹⁷.

Há de se ter especial preocupação, pois, com as questões que envolvem a tomada de decisão automatizada, ou mesmo por meio de algoritmos e/ou inteligência artificial, desde a fase do processo de recrutamento e seleção evitando-se processos discriminatórios, quanto para efeito de avaliação de desempenho, que podem conduzir inclusive a rescisões contratuais, seja no quadrante do emprego, seja em relações do trabalho em sentido lato.

Por sinal, recentemente foi proferida decisão pela 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), de relatoria do Min. Alexandre Agra Belmonte, onde aponta-se que a expressão “subordinação algorítmica” utilizada pelo tribunal em instância ordinária é uma “licença poética”, pois “o trabalhador não estabelece relações de trabalho com fórmulas matemáticas ou mecanismos empresariais, e sim com pessoas físicas ou jurídicas detentoras dos meios produtivos”, fazendo referência ao art. 6º da CLT que equipara os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos, concluindo que “o que a Uber faz é codificar o comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual insere suas estratégias de gestão, e essa programação fica armazenada em seu código-fonte”.⁹⁸

No quadrante do emprego, ou mesmo que se opte pela exclusão de trabalhadores que atuam em plataformas digitais, diante da opacidade dos algoritmos, não é tarefa simples compreender como o algoritmo chegou a uma conclusão, o que torna imperiosa a transparência dos processos decisórios adotados pela IA e/ou algoritmos, desde a sua concepção, adotando-se a transparência e a não discriminação por padrão.

Jailson de Souza Araújo propõe que as decisões sejam não só justificadas, como também auditáveis por comitês independentes, a fim que sejam examinados de maneira transparente quais os modos de operação usados para

⁹⁷ CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual...*, cit., p. 290.

⁹⁸ CARMEM FEIJÓ, “8ª Turma mantém reconhecimento de vínculo de motorista de Uber: Para a maioria do colegiado, a empresa controla o meio produtivo”, *Notícias do TST*, 20.12.2022, in <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/8%C2%AA-turma-mant%C3%A9m-reconhecimento-de-v%C3%ADnculo-de-motorista-de-uber> (15.05.2023).

deliberação, viabilizando a revisão judicial, sobretudo quando em causa a afetação a direitos fundamentais ou a possibilidade de práticas discriminatórias.⁹⁹

Durante a 20ª edição do Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (CONAMAT), realizado em 2022, foi aprovado o Enunciado 6 sob o título “A Ilegalidade da Despedida Gamificada”, cuja ementa é no seguinte sentido: “É ilegal a despedida de empregado por algoritmos, por aviltar o artigo 20º da LGPD, o contraditório e a informação, como direitos subjetivos do trabalhador”.

No mesmo encontro, também foi aprovado o Enunciado 7, sob o título “Discriminação Algorítmica e Acesso à Justiça – Inversão do Ônus da Prova, cuja ementa prevê a inversão do ônus da prova em demandas relativas à discriminação na fase de seleção ou no curso da relação de trabalho, baseadas em decisões automatizadas ou fórmulas algorítmicas.¹⁰⁰

Ainda que os enunciados do CONAMAT não sejam vinculativos, valem como orientação e/ou subsídio. Somam-se as disposições da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁰¹ que estabelece que uma IA ética e confiável deve ser transparente, ter supervisão humana e algoritmos seguros e confiáveis, sujeitos a regras de privacidade e proteção de dados.

Vê-se, pois, a cautela que deve ser adotada na tomada de decisões automatizadas, mormente quando assim o for por meio da inteligência artificial, o que recomenda a elaboração de Relatório de Impacto, ante o potencial de o algoritmo tomar decisões que possam violar a LGPD.¹⁰²

Portanto, seja por meio do *ChatGPT*, *Calm* (anunciado pelo Google)¹⁰³ ou tantas outras IA existentes e a serem criadas, o desafio maior é observar

⁹⁹ JAILSON DE SOUZA ARAÚJO, «O dever de justificar decisões baseadas em inteligência artificial para evitar o preconceito e discriminação», *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, mar. 2023, v. 12, n. 118, pp. 51-77, in <https://hdl.handle.net/20.500.12178/215795> (15.05.2023), p. 73.

¹⁰⁰ AMATRA – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 20º Conamat – Justiça do Trabalho e proteção social: contemporaneidade e futuro, 27 a 30.04.2022, in <https://www.anamatra.org.br/conamat/20-edicao> (15.05.2023).

¹⁰¹ WILSON SALES BELCHIOR, «Inteligência Artificial, princípios e recomendações da OCDE, [Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)]», *Migalhas*, 22.07.2020, in <https://www.migalhas.com.br/depeso/330983/inteligencia-artificial-principios-e-recomendacoes-da-ocde> (17.05.2023).

¹⁰² CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual...*, cit., p. 290.

¹⁰³ FELIPE ALENCAR, «Inteligência artificial CALM é a resposta do Google ao ChatGPT; ferramenta promete ser mais eficiente», *Hardware*, 20.12.2022, in <https://www.hardware>.

o princípio da transparência e oferecer uma IA ética, que permita ao titular do dado não só o conhecimento dos dados e a finalidade pela qual estão sendo coletados, mas sobretudo observe o direito ao conhecimento quanto aos impactos dessa coleta a fim de que a pessoa humana possa consentir com o tratamento, se for o caso, e quando não se cumpra com o direito à autodeterminação informativa.

A Espanha, por meio da sétima disposição da Lei 28/2022, em 21.12.2022, tornou-se o primeiro país a ter uma agência estatal para supervisão da IA¹⁰⁴, cumprindo assim regra contida na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho “que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União”¹⁰⁵.

O caminho adotado pela Espanha ao criar a *Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA)* representa um norte, na medida em que, em seu escopo, dentre outros, almeja “o desenvolvimento e a utilização responsável, sustentável e fiável da inteligência artificial”, assim como a supervisão de sistemas que incluam inteligência artificial, especialmente quando representem riscos significativos para a saúde, a segurança e os direitos fundamentais.

Percebe-se que tanto a Espanha, como a própria proposta da Comissão Europeia têm, como norte, a proteção de direitos fundamentais, o que por sinal é o cerne tanto do direito social do trabalho quanto da autodeterminação informativa e da proteção de dados – reconhecidos como direitos fundamentais e autônomos.

O que está por vir?

No campo legislativo, destaque para o Projeto de Lei 2.338/2023, de 03.05.2023, conhecido como Marco Legal da Inteligência Artificial no

com.br/noticias/2022-12/inteligencia-artificial-calm-e-a-resposta-do-google-ao-chatgpt-ferramenta-promete-ser-mais-eficiente.html (18.05.2023).

¹⁰⁴ CARLOS B. FERNÁNDEZ, «Creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial», *Diario la Ley*, 23.12.2022, in https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAytDQ0sbRUK0stKs7Mz7M1MjAyMjQyMgYJZKZVuuQnhlQWpNqmJeYUpwIAP_zA9zUAAAA=WKE (17.05.2023).

¹⁰⁵ EUROPEAN UNION LAW. Document 52021PC0206. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União, EUR-Lex, COM/2021/206 final, 21.04.2021, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> (15.05.2023).

Brasil¹⁰⁶, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco, que dentre as suas disposições, com destaque prevê, em apertada síntese:

- a) a realização de avaliação preliminar e de risco antes mesmo de as novas tecnologias serem distribuídas no mercado;
- b) a classificação dos riscos de uso da IA, dentre as quais risco excessivo e alto risco;
- c) proibição de uso de IA que represente risco excessivo, considerada como tal a que tenha por objetivo induzir a pessoa natural a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde, segurança ou mesmo contra os fundamentos da lei;
- d) em se tratando de IA de alto risco o estabelecimento de medidas extremas de governança, nomeadamente, no que produz maior impacto às relações de trabalho: d1) aplicações na área de saúde, inclusive diagnósticos e procedimentos médicos; d2) uso de sistemas biométricos de identificação; d3) recrutamento, triagem, filtragem, avaliação de candidatos, tomada de decisões sobre promoções ou cessações de relações contratuais de trabalho, controle e avaliação do desempenho nas áreas de emprego, gestão de trabalhadores e acesso ao emprego por conta própria; d4) o sistema tiver potencial de impactar negativamente o exercício de direitos e liberdades; d5) a IA tiver alto potencial danoso de ordem material ou moral, bem como discriminatória; d6) baixo grau de transparência, explicabilidade e auditabilidade do sistema, que dificulte o controle ou supervisão da IA; d7) a IA possibilitar alto nível de identificabilidade dos titulares dos dados, incluindo o tratamento de dados genéticos e biométricos para efeitos de identificação única de uma pessoa singular;
- e) a implementação de sistemas de governança ao longo de todo o ciclo, desde a concepção até o encerramento do tratamento do dado, adotando-se medidas de transparência, assim como medidas de mitigação e prevenção de potenciais vieses discriminatórios;
- f) a avaliação do impacto algorítimo sempre que se tratar de atividade de alto risco, estabelecendo procedimento a ser observado;

¹⁰⁶ RODRIGO PACHECO [Senador], *Projeto de Lei n° 2338, de 2023, Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial*, in <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233> (18.05.2023).

- h) a obrigação de reparação integral na hipótese de os agentes de IA causarem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, independentemente do grau de autonomia do sistema;
- i) a supervisão, fiscalização e expressa previsão de sanções administrativas a serem aplicadas às empresas na hipótese de uso irresponsável da IA.

Oxalá possa o projeto seguir perante o Congresso Nacional¹⁰⁷ sem alterações substanciais, fornecendo segurança jurídica ao jurisdicionado; e, sobretudo, oferecendo transparência e prevenção em todos os ciclos do tratamento desde a concepção, a fim de que o Brasil possa ter uma lei que regule o uso da IA que dê maior efetividade ao princípio da transparência, garantindo a preservação dos direitos fundamentais dos titulares no que tange à proteção de dados, autodeterminação informativa e os direitos personalíssimos, em especial mitigando procedimentos discriminatórios e/ou arbitrários.

Enquanto isso o referencial europeu do RGPD e o Direito Português podem contribuir significativamente, mediante aplicação do art. 8º da CLT visando a preservação de direitos fundamentais dos trabalhadores, inclusive personalíssimos, que se atrelam diretamente à dignidade da pessoa humana.

2. Conclusão

Portugal foi escolhido como paradigma, pois possui uma cultura de proteção de dados, desde o âmbito constitucional (art. 35º, CRP) de forma pioneira, até a legislação infraconstitucional, com menção expressa ao tema no CT. Somam-se os preciosos subsídios do RGPD, observando a estimativa de que ao menos 90% da LGPD encontra-se embasada no regramento europeu, razão pela qual deve-se aproveitar inclusive da *softlaw* da Comunidade Europeia.

¹⁰⁷ Vale registrar que o Brasil possui em tramitação o PL 21/2020, de autoria do Deputado Eduardo Bismark, que visa estabelecer fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil, além de outras providências, criando o marco legal do desenvolvimento e uso da IA pelo Poder Público, empresas, entidades diversas e pessoas físicas.

EDUARDO BISMARCK, [Deputado], *Projeto de Lei nº 21, de 2020, Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências*, in <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340> (18.05.2023).

Soma-se a semelhança de diversos institutos trabalhistas – que parte das vezes serviu de inspiração ao legislador brasileiro –, reforçando a eleição do Direito Português como modelo para o enfrentamento de questões laborais relativas à proteção de dados pessoais, colhendo-se aprendizado, a fim de projetar cenários, procedendo as necessárias considerações e conformações ao Direito Nacional.

No Brasil, andou bem o STF ao reconhecer a proteção de dados e autodeterminação informativa como direito fundamental e autônomo antes mesmo da aprovação da EC 115, que expressamente inseriu o direito à proteção de dados na CRFB.

Foi possível perceber que a proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa assumem papel descolado dos direitos da privacidade e intimidade, como direito autônomo. Isso porque a sociedade da informação demonstrou a necessidade de novos contornos, de sorte a incluir a vertente dinâmica do direito à privacidade, que corresponde à capacidade de os indivíduos (titulares dos dados) terem acesso ao conteúdo e fluxo da informação, detendo o controle sobre a informação que lhes diz respeito.

No que tange ao consentimento, diante da relação de desigualdade material, a fim de proteger a parte mais fraca, o legislador português optou por restringir o direito do trabalhador ao livre exercício deste no âmbito de uma relação de emprego, o que pode ter retirado o direito à autodeterminação informativa, o que provocou manifestação da CNPD pela Desaplicação da Lei 58/2019.

A autodeterminação deve garantir o controle sobre os dados em todo o ciclo de tratamento do dado, de acordo com as legítimas expectativas do titular. Contudo, numa relação assimétrica, o consentimento pode retirar a efetividade da autodeterminação do titular sobre os seus dados, de tal arte que o protagonismo do consentimento deve vir acompanhado da tutela dispensada às relações de desigualdade material, a fim de dar efetividade à autodeterminação informativa.

Acredita-se que o sindicato representante da categoria profissional, não pode consentir validamente no tratamento de dados pessoais, dadas as exigências do consentimento em matéria de direitos de personalidade, contudo, há amplo espaço para a negociação de regras visando a tutela do direito ao livre consentimento do trabalhador, assim como a autodeterminação informativa e a proteção dos dados pessoais de seus representados.

Com os subsídios colhidos e conceitos analisados, percebeu-se que tanto o uso da IA quanto a automatização requerem transparência e ética, e esse é

um dos grandes desafios a serem enfrentados, cujas legislações em diversos países procuram se ocupar, sobretudo quando se trata da proteção de dados e autodeterminação informativa, em razão dos riscos que tais ferramentas representam aos trabalhadores na tomada de decisões que lhes digam respeito.

E essa questão é central, afinal o exercício do direito à autodeterminação informativa pressupõe informação suficiente a respeito, inclusive para que possa exercer o consentimento quando esta for a hipótese, mormente quando do processamento automatizado ou por meio da inteligência artificial da informação para tomada de decisões que provoquem impactos nas relações de trabalho.

Espera-se que o Brasil possa ter uma lei que regulamente o uso da IA que dê maior efetividade ao princípio da transparência, garantindo a preservação dos direitos fundamentais dos titulares no que tange à proteção de dados, autodeterminação informativa e os direitos personalíssimos, em especial mitigando procedimentos discriminatórios e/ou arbitrários.

Enquanto isso o referencial europeu do RGPD e o Direito Português podem contribuir significativamente, mediante aplicação do art. 8º da CLT visando a preservação de direitos fundamentais dos trabalhadores, inclusive personalíssimos, que se atrelam diretamente à dignidade da pessoa humana.