LGPD NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS



ÍNDICE

1. A LGPD SE APLICA ÀS RELAÇÕES TRABALHISTAS? 3

2. A QUEM SE APLICA A LGPD? 5

Aplicabilidade da LGPD 5

3. LGPD APLICADA ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO DOMÉSTICAS 7

Primeira corrente: Requisitos cumulativos 7

Segunda corrente 7

4. FUNDAMENTOS DA LGPD 8

5. TRATAMENTO DE DADOS (ART. 5º) 9

6. TIPOS DE DADOS 11

Dado Pessoal 11

Dado Pessoal Sensível 11

7. PRINCÍPIOS 12

Finalidade 12

Adequação 12

Necessidade 12

Livre acesso 13

Qualidade dos dados 13

Transparência 13

Segurança 13

Prevenção 13

Não discriminação 13

Responsabilização e prestação de contas 14

8. QUANDO PODEMOS TRATAR DADOS DOS EMPREGADOS? 15

9. A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO EMPREGADO 17

1. A LGPD se aplica às relações trabalhistas?

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é a lei que regula o tratamento de dados pessoais no Brasil.

Pensando e indagando sobre o que exatamente seria essa regulação e qual a abrangência da Lei, é possível questionar: será que ela se aplica também à relação de emprego?

A resposta é sim! Isso porque, pelo art. 5°, I, o titular de dado pessoal alvo da proteção da referida Lei, é uma pessoa natural identificada ou identificável. Ou seja, independentemente da posição do indivíduo, quer de cidadão, consumidor, ou empregado, ele tem direito aos instrumentos protetivos previstos pela LGPD, pois no fundo o que se quer tutelar são os direitos da personalidade e a dignidade humana.

> **Art. 5°** Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

Como uma relação de trabalho pressupõe o elemento pessoa física (além de pessoalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade), necessariamente no âmbito trabalhista sempre haverá uma pessoa natural digna de ter seus dados pessoais protegidos.

Com isso em mente, ainda é possível questionar qual seria a abrangência temporal da proteção dos dados do empregado. Retomando o que foi dito acima, e partindo de uma interpretação sistemática do Direito brasileiro que tutela a eficácia pré e pós contratual das obrigações, conclui-se que os preceitos da LGPD se aplicam às fases pré contratual, contratual e pós contratual.

Considerando que pelo artigo 5°, X da LGPD tratamento de dados é qualquer operação realizada com dados pessoais, pode-se dizer que muito além das relações contratuais, a Lei se aplica às relações interpessoais em sentido amplo, se aplica aos pactos formais mas também às etapas de negociação, a relações potenciais e a relações já extintas.

> **Art. 5°** Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

É importante lembrar que o empregador recebe currículos no momento do processo seletivo, coleta documentos para registrar, emite guia para exames ocupacionais, mensalmente executa diligências relacionadas à folha de pagamento (ou até terceiriza) e com o desligamento

do funcionário paga verbas e mantém documentos armazenados para se resguardar quanto a eventuais processo judiciais.

Em todos esses processos o empregador opera dados e portanto há tratamento, de modo que o empregado (ou candidato ou ex-empregado) tem direito de ter os seus dados pessoais protegidos antes de firmar um contrato de trabalho, durante o contrato e após a sua rescisão.

2. A quem se aplica a LGPD?

A Lei Geral de Proteção de Dados foi aprovada em 2018 mas com prazo inicial de vigência foi previsto para 14 de agosto de 2020. Com a pandemia, muito se discutiu sobre a viabilidade de se adicionar mais uma obrigação legal para cumprir em um período tão difícil, de modo que foi editada a MP 959/20 adiando a entrada em vigor da lei.

Por esse motivo, a LGPD passou a vigorar a partir de 18 de setembro de 2020, sendo que as sanções previstas em caso de descumprimento passam a vigorar apenas em 1º de agosto de 2021.

Aplicabilidade da LGPD

Pensando na aplicabilidade da Lei, podemos pensar em três aspectos:

1. O meio;
2. Quem trata o dado (agente/empregador);
3. Quem tem os dados tratados (titular).

> **Art. 1º** da LGPD: Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Falando sobre o **meio de tratamento dos dados,** a Lei regula não apenas dados digitais como os que preenchemos em um cadastro na internet, por exemplo. Ela regula também dados pessoais contidos em qualquer tipo de documento físico ou documentos digitais nas mais diversas mídias, como texto, planilhas, fotos, áudios ou vídeos.

Quanto às **partes envolvidas**, temos o agente que faz o tratamento de dados, que pode ser tanto uma pessoa natural quanto jurídica de direito público ou privado e o titular, que é a pessoa natural cujos dados são tratados e tutelados pela LGPD.

Pensando na relação de trabalho, o empregado, ex-empregado ou candidato seria o titular que tem de ter seu direito à privacidade protegidos pela Lei e o empregador (que pode ser uma entidade pública ou privada) seria o agente, e portanto tem o dever de resguardar esses direitos.

Por fim, vale dizer que quando a Lei afirma que a pessoa natural tem o direito à liberdade, intimidade e privacidade, isso não significa que as pessoas jurídicas, o empregador, não têm os mesmos direitos.

Já existe hoje na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento da aplicabilidade de alguns direitos personalíssimos, como o direito à privacidade, para pessoas jurídicas.

Acontece que a **LGPD tutela apenas direitos de pessoas naturais**, o caso de pessoas jurídicas teria de ser respaldado em outros instrumentos normativos.

> **Art. 17** da LGPD. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

3. LGPD aplicada às Relações de Trabalho Domésticas

Em virtude de a Lei ser recente, ainda não existe um entendimento pacificado na doutrina ou na jurisprudência a respeito da LGPD se aplicar às relações de trabalho domésticas.

Primeira corrente: Requisitos cumulativos

Já vimos na aula anterior que a LGPD se aplica aos agentes de tratamento que são pessoas físicas ou jurídicas. Contudo, no art. 4°, I, a Lei estabelece uma exceção, pois coloca que o tratamento feito por pessoa natural para fins exclusivamente **particulares e não econômicos** (cumulativamente) não está tutelado pelo referido instrumento legal.

> **Art. 4°** Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:
>
> I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares **E** não econômicos;

Ocorre que uma relação de trabalho doméstico sempre vai cumprir o requisito do "tratamento sem fim econômico", mas pode não cumprir o requisito da finalidade particular.

Isso porque, a LC 150/2015 estabelece que para se caracterizar o trabalho doméstico, além de ter uma relação com uma pessoa física pautada na pessoalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade, é preciso que a prestação do serviço se dê em um ambiente doméstico e sem natureza econômica.

Por outro lado, o empregador recolhe dados previdenciários, por exemplo, do empregado doméstico, não com uma finalidade própria, mas em virtude de uma obrigação legal.

Sendo assim, há uma corrente que entende que a LGPD se aplica às relações de trabalho domésticas por não cumprir com os dois requisitos de fim particular e não econômico.

Segunda corrente

Há ainda quem entenda que a LGPD busca tutelar relações bastante conflituosas na sociedade informacional como a relação entre titulares e empresas que prestam serviços e por isso tratam dados, e por isso tenta analisar a finalidade dos tratamentos para evitar abusos.

Uma prova disso seria o próprio artigo 2° que impõe como fundamentos da Lei a livre iniciativa, a livre concorrência e o desenvolvimento econômico, direcionando o teor da regulação em tela para relações comerciais. Sendo assim, não seria o objetivo do legislador tutelar relações entre empregador pessoa física e empregados domésticos, de modo que uma segunda corrente argumenta a não aplicabilidade da Lei neste contexto.

4. Fundamentos da LGPD

Os fundamentos da Lei que estabelecem seus objetivos gerais estão previstos nos art. 2° da LGPD, quais sejam:

- O respeito à privacidade;
- Autodeterminação informativa, que se traduz no direito de controlar as informações que lhe dizem respeito;
- Liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- Inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- Desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- Livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- Os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

É possível observar com isso que existem dois grupos de direitos que por vezes entram em conflito: de um lado, os direitos de personalidade como a intimidade, a autodeterminação e a privacidade, e por outro, os direitos econômicos, como a livre iniciativa, o desenvolvimento e a concorrência.

O objetivo da LGPD seria harmonizar esses dois grupos, promovendo uma regulação necessária diante da sociedade informacional, objetivando a segurança jurídica, mas sem impedir o desenvolvimento das relações comerciais.

5. Tratamento de Dados (art. 5°)

Já sabemos que a LGPD se aplica para dados digitais ou físicos, a agentes que podem ser pessoa natural ou jurídica e a titulares que sejam pessoas naturais, e uma mesma palavra tem se repetido ao longo das explicações: tratamento. Mas o que seria isso, exatamente?

A Lei define tratamento de dados como qualquer operação feita com dados pessoais e elenca no artigo 5°, X um rol exemplificativo de verbos que configuram tratamento. Nesse sentido, é possível dizer que quando o empregador coleta, recebe, classifica, utiliza, acessa, reproduz, transfere, processa, armazena, elimina, ou modifica (entre outros), ele está tratando dados.

> **Art. 5°** Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Outros conceitos importantes que já foram mencionados são aqueles que dizem respeito aos envolvidos. Assim, temos o titular de dados como a pessoa natural cujos dados são tratados. E temos, por outro lado, a figura do agente de tratamento, que é a pessoa natural ou jurídica que trata dados pessoais, e pode ser subdividido em duas outras categorias:

1. **Controlador:** pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais (ex: empregador).
2. **Operador:** pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (ex: empresa contratada, terceirizada, empregado).

Já parou para pensar em quem é, na prática, o "agente de tratamento"? Imagine que em uma empresa X existe um setor de RH que armazena dados dos empregados e utiliza os serviços de um escritório de contabilidade para diligências como emissão de holerite. Dentre a empresa, o chefe de RH e a contabilidade, quem seria operador e controlador? A empresa, como um todo, pode ser considerada controladora, pois ela responde perante o Estado pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias decorrentes da relação de emprego, além de ter políticas internas de como realizar processos seletivos e armazenar dados. Em um aspecto micro, o chefe de RH também seria controlador, por ele tem como gerenciar os processos internos da empresa de como tratar dados, quais dados tratar, pode elaborar novas políticas e assim por diante. Por outro lado, o empregado do RH, que executa as ordens do chefe de RH e o escritório de contabilidade seriam operadores, pois eles apenas tratam dados de acordo com ordens passadas a eles.

Ainda falando das figuras envolvidas na LGPD, a Lei prevê também o encarregado de dados, que seria a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de

comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Por ser uma pessoa que vai conciliar direitos dos titulares com interesses da empresa, o ideal seria que o controlador fosse ou uma pessoa contratada especificamente para exercer esta função, ou um terceiro.

Por sua vez, a ANPD é o órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD. Em dezembro de 2020 este órgão foi instituído como parte integrante da Presidência da República e está ainda em fase de estruturação e planejamento de pautas.

6. Tipos de Dados

Tendo em vista que a LGPD tutela os dados digitais ou físicos de pessoas naturais, ela faz também uma distinção entre os tipos de dados de acordo com a sua criticidade. Sendo assim temos:

Dado Pessoal

Para a Lei, dado pessoal é qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Aqui, podemos entender como "identificada" a informação que distingue prontamente o titular, como nome e número do CPF, enquanto "identificável" seria a informação que, quando comparada e cruzada com outras, permite identificar o titular. Por exemplo, o dado "estudante de direito" pode se referir a mais de 1 milhão de estudantes no Brasil todo. Mas se somarmos essa informação a outros dados de data de nascimento, cidade de origem, instituição, endereço e sexo, seria possível restringir esse número para uma única pessoa.

Dado Pessoal Sensível

Já o dado pessoal sensível seria o 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; ou
- Dado genético ou biométrico (como impressão digital).

Essa categoria especial se justifica pela necessidade de proteger melhor alguns tipos de dados que podem ser usados para discriminar os titulares, e com isso ferir a sua intimidade e dignidade.

Mas com isso pergunta-se: o empregador pode recolher informações sensíveis sobre os empregados? A resposta é sim, desde que tenha uma finalidade específica e adequada, além de ser necessário para as atividades da empresa, conforme o art. 6° da LGPD. Por exemplo, o ideal seria evitar a coleta de dados sobre a raça do candidato de um processo seletivo.

No entanto, se a empresa tiver um programa estabelecido de ação afirmativa com cotas para grupos específicos, este tratamento passa a estar inserido dentro de uma finalidade específica, adequada e necessária para a cultura interna.

7. Princípios

Por ser uma lei que se relaciona muito com o desenvolvimento tecnológico, para além de criar regras claras e bem determinadas, a LGPD precisa estabelecer parâmetros e critérios que sobrevivam o decurso do tempo e das evoluções, ajudando na interpretação do caso concreto e preenchendo lacunas. Sendo assim, no artigo 6º a Lei elenca alguns princípios, que seguem:

Finalidade

É um erro pensar que a LGPD veio para impedir as empresas de tratar dados, pois na verdade o que ela impõe é que o tratamento é permitido, desde que não seja feito de forma abusiva. Assim, o agente deve sempre se preocupar em realizar o tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular. É importante notar aqui que fala-se sobre um tratamento com finalidade específica, de modo que não adianta coletar um dado com um propósito mas usá-lo posteriormente de forma incompatível com essa finalidade inicial. Por exemplo, se o empregador coleta currículos de vários candidatos para preencher vagas específicas em um processo seletivo único, é incompatível armazenar esses dados para um processo seletivo futuro.

Adequação

Conforme já indicado no princípio anterior, deve haver compatibilidade entre o tratamento e as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento. A própria Lei traz um exemplo no art. 9º, §2º, segundo o qual na hipótese de um dado ser coletado com o consentimento do titular, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deve informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo este revogar o consentimento, caso discorde das alterações. A razão é justamente a necessidade de adequação entre o motivo do tratamento e o que é efetivamente feito com o dado.

Necessidade

Na mesma linha de raciocínio dos pontos anteriores, decorre o princípio da limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização das finalidades específicas, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados. Por exemplo, como ter filhos não é uma informação relevante para fazer uma seleção de candidatas pautada em qualidades profissionais, a coleta deste tipo de dado é considerada excessiva por ser desnecessária e até discriminatória.

Livre acesso

Os titulares têm a garantia de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais. Deste princípio decorrem inclusive alguns direitos que os titulares têm como o de acessar, excluir, retificar e anonimizar seus dados.

Qualidade dos dados

Na mesma linha do princípio acima, os titulares têm a garantia de exatidão, clareza, relevância e atualização dos seus dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.

Transparência

Os titulares também têm a garantia de receber informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre o tratamento dos seus dados e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial. Isso porque, justamente quando o titular está ciente da forma como os seus dados são tratados, ele consegue ver atendida a sua autodeterminação informativa.

Segurança

Considerando que os objetivo da Lei é proteger dados, pode-se concluir que a proteção se dá não apenas no sentido de ter um tratamento adequado, mas também no sentido de garantir que os dados não correm o risco, por exemplo, de serem roubados por um hacker. Assim, é necessário ter medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.

Prevenção

É preciso que o agente de tratamento adote medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais, considerando a necessidade e os riscos do tratamento de dados. Trata-se de uma medida preventiva colocada pela Lei, pois o tratamento correto desde a concepção previne que o titular faça uma requisição perante a Autoridade Nacional, por exemplo.

Não discriminação

Considerando os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, a LGPD reforça a impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

Responsabilização e prestação de contas

Se relacionando com o princípio da prevenção, a Lei impõe também a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

8. Quando podemos tratar dados dos empregados?

A Lei Geral de Proteção de Dados prevê algumas bases legais, algumas justificativas jurídicas para o tratamento de dados, para além do dever geral da finalidade, adequação e necessidade. A seguir estão as hipóteses em que o agente está autorizado a tratar dados pessoais.

1. Mediante o consentimento do titular: Essa base legal demanda certo cuidado no âmbito do Direito do Trabalho, mas este ponto será tratado de forma mais específica na próxima aula.

2. Para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador: em alguns casos, o agente trata determinados dados não por uma vontade própria, mas sim porque existe uma lei ou uma normativa própria do seu setor que o impõe. Por exemplo, o empregador é obrigado pelo artigo 911A da CLT a recolher o INSS dos empregados.

3. Pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres.

4. Para a realização de **estudos por órgão de pesquisa**, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais.

5. Quando necessário para a **execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular:** tendo em vista que a relação de trabalho está definida dentro dos termos do contrato individual do trabalho, qualquer processo com tratamento de dados que decorra deste pacto está justificado por ele.

6. Para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral: o agente de tratamento tem a prerrogativa legal da LGPD para armazenar dados que possam resguardá-lo no caso de uma ação judicial. No caso trabalhista, como a prescrição se dá por até 5 anos na constância do contrato ou até 2 anos após sua rescisão, este é o prazo de retenção para documentos e dados que comprovem a jornada do empregado ou as férias aproveitadas, por exemplo.

7. Para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro: é importante dizer que o tratamento com essa base legal se restringe apenas para tratamentos em caso de emergência, como acidentes, em que o titular não pode por ele mesmo escolher como vai resguardar sua saúde.

8. Para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área ou por entidades sanitárias: em tempos em que se discute a possibilidade de obrigar os funcionários a tomar vacina contra a Covid-19, é possível fazer uma interface entre o uso dessa base legal no âmbito do direito do trabalho. Ocorre, no entanto, que via de regra ela será usada no âmbito da área da saúde.

9. Quando necessário para **atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro**, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

10. Para a **proteção do crédito**, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Aqui vale mencionar que, pela doutrina, não há uma hierarquia entre as bases legais, existem apenas justificativas que são mais adequadas que outras para determinados contextos. Levando em consideração que se deve sempre privilegiar a base mais "forte", que melhor demonstra a finalidade, adequação e necessidade do tratamento, se houver um tratamento baseado ao mesmo tempo em uma obrigação legal e um consentimento, é recomendável ter a primeira como embasamento. Isso porque o consentimento é revogável a qualquer tempo, o que poderia prejudicar os processos internos do agente. Uma base legal adequada garante, portanto, a estabilidade do tratamento.

Além disso, no caso de dados pessoais sensíveis, o tratamento não pode ser justificado no legítimo interesse, mas pode pautar, além das outras bases legais, também na hipótese de garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos

9. A questão do consentimento do empregado

Conforme levantado na aula anterior, existem algumas questões em torno da base legal do consentimento que a tornam uma opção sensível. Ocorre que pelo artigo 5°, XII, da LGPD, o consentimento tem de representar uma manifestação livre, informada e inequívoca de anuência do titular com o tratamento dos seus dados para uma finalidade determinada. Isso significa dizer que se o consentimento for obtido 1) a partir de coação ou indução ao erro, 2) de forma obscura e não transparente, 3) de maneira não clara e que não possa ser comprovada, ou 4) para finalidades genéricas, o tratamento será considerado abusivo e contrário à Lei.

Nesse sentido, no âmbito das relações de trabalho, se torna ainda mais complicado embasar o tratamento de dados no consentimento na medida em que é difícil afirmar que a anuência dada pelo empregado é livre. Tendo em mente que as forças na relação empregatícia são assimétricas, sendo que o empregador tem poder sobre a estabilidade profissional do empregado, não se pode afirmar qual o limite entre a vontade real do empregado e a pressão exercida pelo empregador.

Mas e se o empregado estiver equiparado ao empregador por uma entidade sindical: o consentimento pode ser dado por meio de negociação coletiva ou ao menos intermediado por um representante sindical? Ainda há uma lacuna quanto a isso, mas é seria possível argumentar que a intermediação da assinatura do termo de consentimento junto com um ente sindical demonstra boa-fé da empresa ao lidar com os dados do empregado. Por outro lado, não faria muito sentido impor o tratamento com base em uma negociação coletiva tendo em vista que a LGPD regula justamente direitos individuais da personalidade, direitos que independem de um coletivo do qual o empregado seja parte.

LGPD nas Relações Trabalhistas



www.trilhante.com.br

/trilhante /trilhante /trilhante