

A VIOLAÇÃO À LGPD A PARTIR DA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS INDEVIDOS E DISCRIMINATÓRIOS PELO EMPREGADOR

Juliana Bortoncello Ferreira⁸⁵

Resumo: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) veio regulamentar, em âmbito geral, o tratamento de dados de pessoas naturais. Sua aplicação é dirigida a todos, inclusive trabalhadores e empregadores. Elenca um rol de princípios que regem a proteção de dados e as possibilidades correspondentes de tratamento que, em conjunto às demais normas existentes sobre a matéria e aplicadas às relações de emprego, dão o norte do que é lícito, ou não. Nessa toada, como será visto, raras são as exceções em que empregadores podem exigir documentos referentes à vida privada dos trabalhadores, sob pena de configurar prática discriminatória.

Palavras-chave: Lei 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Trabalhadores. Empregadores. Discriminação.

Abstract: The General Law for the Protection of Personal Data (LGPD) is supposed to regulate, in general, the processing of natural persons' data. Its application addresses everyone,

85 Procuradora do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região. Vice-Coordenadora da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET) na PRT da 4ª Região. Vice-Coordenadora do Núcleo Regional de Mediação da PRT 4ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho, em Mercado de Trabalho e em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica.

including workers and employers. It lists a roll of principles that rule data protection and the corresponding possibilities for dealing with that which, along with other existing rules on the matter and applied to employment relationships, provide guidance on what is lawful or not. In this regard, according to this analysis, there are rare exceptions in which employers can demand documents referring to the private life of workers, under penalty of constituting a discriminatory practice.

Keywords: Law 13.709/2018. General Personal Data Protection Law. Workers. Employers. Discrimination.

INTRODUÇÃO

Com as grandes mudanças tecnológicas, a cada dia se fazem necessárias novas regulamentações, com o fim de se impor limites à intromissão na vida privada das pessoas, ao mesmo tempo em que se permite o avanço da era digital.

Nesse contexto, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que visa regulamentar o tratamento de dados de pessoas naturais, em meio digital, como também, aqueles constantes de meio físico.

Este artigo, inicialmente, traz breves considerações acerca da referida Lei, com enfoque primordial nos seus objetivos e fundamentos.

Adiante, no segundo tópico, aborda os princípios da LGPD, que dão o tom do que deve permear o tratamento de dados.

Em um terceiro momento, o artigo adentra no tema central proposto, a respeito da exigência de documentos discriminatórios pelos empregadores, fazendo-se uma análise prelimi-

nar sobre legislações nacionais e internacionais que apontam a ilicitude dessa conduta, além do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho no tocante à matéria.

A exigência de tais documentos pelos empregadores em relação a futuros ou atuais empregados, a exemplo de certidões negativas, certidões que atestem a regularidade perante órgãos creditórios, e até mesmo cartas de fiança, também é analisada no cenário pós sanção e vigência da Lei nº 13.709/2018, demonstrando que a novel legislação veio a contribuir com os limites impostos aos empregadores e com a aplicação dos princípios que dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LGPD

Em 14 de agosto de 2018 a Lei nº 13.709 foi sancionada, trazendo no âmbito brasileiro, diretrizes gerais sobre a proteção de dados, não fazendo distinção quanto ao tipo de relação jurídica e, portanto, abrangendo, inclusive, as relações de trabalho.

A chamada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) apresenta-se como um marco positivo na regulamentação de tratamento de dados de pessoas naturais identificadas ou identificáveis. Não abrange, assim, pessoas jurídicas, patentes ou outros documentos que não sejam pertinentes às primeiras citadas.

De toda a forma, os dados pertinentes a pessoas jurídicas ou documentos que digam respeito a segredos de negócios, fórmulas, patentes, dentre outros, recebem a tutela legal cor-

respondente, a partir dos diversos diplomas normativos que se espraiam no ordenamento jurídico, a exemplo da Lei nº 9.610/1998, que regula os direitos autorais, bem como a Lei nº 9.279/1996, acerca da propriedade industrial.

Isso não quer dizer que a LGPD não se aplica às pessoas jurídicas, pois tanto estas, de direito público ou privado, quanto as pessoas físicas, devem observância aos preceitos. Veja-se a redação do art. 1º:

Art. 1º 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.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (grifo nosso).

Portanto, a Lei nº 13.709/2018 incumbiu a todos a responsabilidade no tratamento de dados de pessoas naturais, mas não somente aqueles que circulam em meios digitais, como poder-se-ia pensar, especialmente na atualidade, com o crescimento da tecnologia e do uso de redes sociais. Na verdade, dados em meio físico também são abrangidos, a exemplo de qualquer documento, como cópias de contracheques, declaração de bens ou outros ainda.

O objetivo primordial, segundo o *caput* do mesmo art. 1º, é a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de priva-

cidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

De acordo com Borelli *et al.* (2021, p.22), essa preocupação de se tutelar mais especificamente os direitos fundamentais referidos, tornou-se ainda mais necessária com a evolução da informática e do ramo de telecomunicações. Isso porque, houve um aumento significativo, desde a década de 1970, do uso de dados pessoais e o seu consequente processamento.

Portanto, se os objetivos, as finalidades são as acima retratadas, os fundamentos, ou seja, a base para tanto, são os que se encontram descritos no art. 2º da LGPD, ou seja:

a) o respeito à privacidade, para se assegurar a dignidade da pessoa humana;

b) a autodeterminação informativa, que seria, na visão de Bioni (2021, p. 109), a mistura do franqueamento ao cidadão do controle sobre seus dados pessoais, não-só a partir da autorização do uso, mas com a salvaguarda de que o fluxo informacional atenda às suas expectativas, garantindo-se o livre desenvolvimento da personalidade;

c) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, em consonância ao artigo 5º, IV e IX, da Constituição Federal. Inclusive, a própria LGPD, em seu art. 20, interligando os seus dispositivos, garante ao titular dos dados, o direito de solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses;

d) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, também, em respeito ao art. 5º, da Constituição Federal, mais especificamente, inciso X. Sobre a intimidade, em especial, por

mais que pareça se confundir com a privacidade, esta traz a ideia de vida privada, do asseguramento da dignidade da pessoa humana. Já aquela, de acordo com Milton Fernandes, citado por Borelli *et al.* (2021, p. 39), seria “o direito de excluir razoavelmente da informação alheia, fatos e dados pertinentes ao sujeito”;

e) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, eis que com o avanço da sociedade e da própria economia mundial, inclusive dos meios telemáticos, faz-se necessário, com a adoção segura e respeito aos direitos alheios, propiciar o tratamento de dados, também como forma propulsora de desenvolvimento do país;

f) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, pois conforme bem ressalta Bioni (2021, p.12), com a inteligência gerada pela ciência mercadológica, especialmente quanto à segmentação dos consumidores de um mesmo produto ou então serviço, que facilita a abordagem direcionada do marketing, e ainda a sua publicidade, os dados pessoais converteram-se em um fator vital para a engrenagem da economia da informação. Entretanto, como visto, a LGPD não esqueceu do consumidor e da inerente vulnerabilidade, garantindo-lhe a defesa dos seus interesses;

g) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, eis que, como sustenta Borelli *et al.* (2021, p. 53), “A proteção da pessoa humana deve ser entendida como valor máximo do ordenamento jurídico, conforme fundamento estampado no art. 1º, inc. III, da nossa Constituição Federal”.

Feitas tais considerações e, inobstante a importância de todos os capítulos da LGPD, os quais “amarram” todos os dis-

positivos, entende-se pertinente e para concluir este tópico, trazer à tona o art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados.

Isso porque, elenca as hipóteses em relação às quais se apresenta possível o chamado “tratamento de dados pessoais”, que segundo o art. 5º, X da LGPD, trata-se de:

[...] 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.

Portanto, da leitura, depreende-se que o tratamento não engloba apenas o “manuseio” dos dados, de forma física ou digital, mas vai além, abrange inclusive a coleta, a transmissão e o próprio arquivamento. Por isso, a importância de se entender com mais cautela o referido dispositivo e as hipóteses em que o tratamento está autorizado.

A primeira menção feita pela Lei refere-se ao fornecimento de consentimento pelo titular, o qual, considerando-se a definição do art. 5º, XII da própria LGPD, necessita ser, no mínimo, livre (opção do titular); informado (ter o titular recebido todas as informações claras e de forma prévia sobre as finalidades do tratamento dos seus dados); e inequívoco (não pode haver dúvidas de ter ocorrido).

O inciso II, por sua vez, elenca a hipótese de tratamento para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; seguindo o artigo, no inciso III, no sentido de que é possível a prática pela administração pública, caso neces-

sário para a execução de políticas públicas, ou seja, aquelas voltadas à melhorias das condições da sociedade, em vários segmentos.

Com vistas ao avanço da humanidade, permite o inciso IV o tratamento para a realização de estudos por órgão de pesquisa, entretanto, limita a possibilidade, desde que, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais. O conceito de órgão de pesquisa é trazido pela LGPD no art. 5º, XVIII, como aquele “que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico”.

Já o próximo inciso (V), permite o tratamento nos casos “[...] em que determinados dados pessoais necessariamente precisem ser tratados para a execução de obrigações contratualmente firmadas, havendo pedido do titular para que tal ocorra” (BORELLI *et al.*, 2021, p. 196).

Além das hipóteses antes elencadas, há ainda permissão, para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (inc. VI), em consonância ao art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal.

Como não poderia deixar de ser, a LGPD também elenca a possibilidade de tratamento de dados, em casos de proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro (inc. VII), pois o direito à vida e à saúde são inafastáveis, consoante regramento constitucional.

O inciso VIII, por sua vez, elenca a hipótese de tratamento dos dados para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de

saúde ou autoridade sanitária. Ou seja, há necessidade de que o objetivo seja apenas para a tutela da saúde, não se permitindo o desvirtuamento pelos profissionais e entidades do que preceituado.

O penúltimo inciso do art. 7º permite ainda, 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. Sobre o ponto, prevalecem controvérsias, pois o art. 10, da LGPD, frisa que “O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas”. Portanto, na esteira do que defendido por Borelli *et al.* (2021, p. 198), tal inciso deve ser analisado com cautela, diante da indefinição que existe na legislação, e que deve ser solucionada com o passar do tempo, a partir da aplicação prática da norma.

Por fim, o inciso X, elenca a hipótese de tratamento para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. No ponto, portanto, relevante e necessária a aplicação não-somente do inciso X, mas de outras Leis vigentes, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011).

Feitas essas considerações, adiante serão analisados os princípios da LGPD.

2. PRINCÍPIOS DA LGPD

Na esteira do consagrado conceito de princípio, citado por Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 451), este seria o

“mandamento nuclear de um sistema”. Ou seja, estabelece orientações gerais, padrões de conduta que devem ser seguidos pelas pessoas ou por instituições.

Tamanha sua importância, que a LGPD elencou, expressamente, 11 princípios que vêm dispostos no seu art. 6º.

Isso, como uma continuidade do que já vinha ocorrendo em vários ordenamentos no que tange à proteção de dados, em proteção à pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Analisando-se a redação do art. 6º, no próprio *caput*, consta que “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé”. Esse seria um primeiro princípio que, independentemente de não constar nos incisos do dispositivo, como os demais a seguir referidos, possui extrema relevância.

Aliás, a *boa-fé* é um dos princípios norteadores de todas as relações, sejam elas trabalhistas, consumeristas e, até aquelas que envolvem o tratamento de dados. Isso porque está implícita como necessária em toda relação, já que decorre de outros princípios constitucionais, como da fraternidade, igualdade, segurança, todos contidos no preâmbulo da Constituição; assim como de vários outros, inclusive do art. 4º da CRFB/88, a exemplo da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Bioni (2021, p. 235) faz uma coligação entre a boa-fé e o princípio da confiança, como vetores da privacidade contextual. Para ele, “É do dever de cooperação, lealdade, enfim, de uma conduta proba (boa-fé), que se extraem situações de confiança que devem ser tuteladas”.

Tamanha sua importância, que a boa-fé aparece além do *caput* do art. 6º, também no art. 7º, § 3º e no art. 52, § 1º, II.

Feitas tais considerações, passa-se agora aos princípios específicos da LGPD.

O inciso I do art. 6º traz à tona o *princípio da finalidade*, que envolve a “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”.

Portanto, garante-se ao titular a delimitação dos propósitos do tratamento de dados, diminuindo-se os riscos de usos indevidos. O art. 9º da LGPD, inclusive, estabelece detalhes acerca da finalidade, que devem ser respeitados para o fiel cumprimento dos propósitos visados pela Lei.

Já o inciso II da Lei nº 13.709/2018, faz referência ao *princípio da adequação*, o qual sustenta que deve haver “compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”.

Portanto, a adequação está umbilicalmente ligada com a finalidade, sendo necessário expor ao titular dos dados, não somente o fim desejado com o tratamento dos dados, mas a adequação respectiva.

Como exemplo, se o proprietário de um curso de línguas ao atender um novo cliente, buscar informações de caráter político ou religioso, estará agindo em descompasso à adequação da finalidade, ou seja, à obtenção de dados (apenas os pertinentes) para a realização da matrícula.

No mesmo sentido, da inadequação (e veremos adiante, de atos discriminatórios), está a exigência pelas empresas em relação a candidatos de emprego, de certidão negativa de antecedentes criminais do trabalhador; certidão negativa em órgão

de consulta creditória; bem como exigência de carta de fiança, para admissão, promoção ou permanência no emprego.

Em sintonia com os princípios da finalidade e da adequação, está o *princípio da necessidade*, disposto no inciso III do art. 6º da LGPD. Sustenta a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”. Portanto, se é preciso um fim específico e adequado, também deve ser necessário, imprescindível.

O art. IV do art. 6º da LGPD, por sua vez, elenca o *princípio do livre acesso*, que denota a “garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais”. Isso pode ocorrer, por exemplo, a partir de uma requisição, o que é permitido, inclusive, pelo art. 18, da Lei.

Dessa forma, com esse princípio, o titular pode, a qualquer tempo, acompanhar a utilização dos seus dados pessoais e avaliar a necessidade de alguma intervenção.

Já o inciso V, elenca o *princípio da qualidade dos dados*, que seria a “garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento”.

Isso porque se um dado for tratado de forma equivocada (inclusive sem a existência de má intenção pelo controlador ou operador), pode o titular sofrer prejuízos de várias ordens. Assim, há necessidade de exatidão, clareza e atualização dos dados.

O próximo princípio é o da *transparência*, disposto no inciso VI do art. 6º da LGPD. Visa a “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. Seu propósito é o de propiciar ao titular, saber quem é o agente do tratamento e as características claras e transparentes do que será realizado com os seus dados.

Na obra de Borelli *et al.* (2021, p. 157), frisa-se ser “[...] importante que os controladores considerem os titulares vulneráveis quanto ao entendimento das infinitas possibilidades de tratamento, notadamente quando ocorrer por meios digitais, em uma ‘conduta silenciosa’”. Em especial, conforme explica Luhman (2005, p. 53), destacado por Borelli *et al.* (2021, p. 157), nos casos de déficit informacional, que ganha relevância no ambiente cibernético, por conta da velocidade das mutações de tratamento, considerando-se os avanços tecnológicos.

A *segurança*, outrossim, faz parte dos princípios elencados na LGPD (art. 6º, inciso VII). Consiste na “utilização de 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”.

À vista disso, a segurança precisa estar presente durante todo o tempo em que o controlador possuir os dados, ou seja, durante todo o processo referente ao tratamento, com início na coleta, cabendo à ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados), conforme §§ 1º e 2º do art. 46 da LGPD, dispor sobre a responsabilidade pela adoção das medidas de proteção e sobre as normas relativas aos padrões técnicos mínimos aceitáveis de segurança na utilização dos dados dos titulares.

O inciso VIII do art. 6º da LGPD, por sua vez, traz o princípio da *prevenção*, o qual contempla a necessidade de “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”.

Desse modo, a adoção de medidas pelo controlador e pelo operador não deve ser apenas no aspecto repressivo, quando e se houver causado danos ao titular. A ideia é, justamente, evitar, ao máximo, que isso ocorra, primando-se pela prevenção. Ou seja, como diz o ditado popular, “é melhor prevenir do que remediar”.

O último inciso do art. 6º (IX), aborda o princípio da *não discriminação*, que envolve a “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”, visando uma maior proteção aos chamados “dados pessoais sensíveis”, que abrangem origem racial, étnica, opinião política, aspectos relativos à vida sexual, dados genéticos e outros; bem como evitar a criação de modelos de imagens ou estereótipos em geral, assim como a limitação de direitos.

Preocupa-se a Lei, portanto, com os possíveis danos físicos, materiais ou imateriais diante da falha ou dolo no tratamento dos dados por razões discriminatórias.

O art. 6º fecha seu leque de princípios com o da *responsabilização e prestação de contas* (inciso X), que envolve 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”. Dessarte, o controlador precisa cumprir integralmente com a LGPD, assim como comprovar que cumpre de forma eficaz.

Tal cumprimento, sob pena das consequências previstas no art. 42 da Lei nº 13.709/2018, incumbe ao controlador durante todo o tempo em que os dados estiverem sob seu poder, devendo analisar a conformidade legal dos dados e implementar os procedimentos de proteção.

3. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS DISCRIMINATÓRIOS PELOS EMPREGADORES

Estabelecidas as balizas dos tópicos antecedentes, faz-se possível adentrar no tema central deste artigo, acerca da exigência por empregadores, de documentos ditos discriminatórios, para fins de contratação, manutenção ou promoção de trabalhadores.

Se antes da entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018, a exigência de tais documentos já era entendida, em sua maioria, como ilícita, após o advento da chamada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), seja em vista da análise conjugada dos dispositivos nela referidos, como em razão dos princípios elencados, a exemplo da finalidade, necessidade e não-discriminação, tal prática restou rechaçada.

Sobre o assunto, adiante ver-se-á maiores detalhes.

3.1. Da ilicitude

Na esfera trabalhista, o assunto em comento já vem sendo tratado há anos, independentemente de sua abordagem ter se intensificado nos últimos meses, em vista da Lei nº 13.709/2018.

Isso porque, a Constituição Federal de 1988 prevê diversos dispositivos aplicáveis ao caso, a exemplo do art. 1º, III, que atribui à República Federativa do Brasil o fundamento da dignidade da pessoa humana. Mas não encerra por aqui. O art. 5º, *caput* e incisos I, II, III, V e X, estabelecem, desde que todos são iguais perante a lei, sendo invioláveis o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; até outros direitos e obrigações inerentes à pessoa humana, como que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Destaca-se a redação do inciso X no tocante à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Independentemente de o art. 5º ser atribuído a todos, em caráter geral, o art. 7º, inciso XXX, trouxe à tona outros dispositivos com o fim de ressaltar os direitos acima elencados e no tocante aos trabalhadores, proibindo-se diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Não bastassem tais dispositivos, que já deixam clara qualquer inviabilidade de discriminação, o art. 170 da Constituição Federal, elenca o princípio da busca do pleno emprego na ordem econômica, que, portanto, não admite retaliações injustificadas, seja na fase pré-contratual, ou mesmo, durante a execução do contrato de trabalho, para que o fim do aludido princípio possa se perfectibilizar.

Seguindo essa toada, e em respeito à Norma Maior, sobreveio a Lei nº 9.029/1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Vale aqui a transcrição do art. 1º:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Nessa mesma linha, o novo Código Civil, em 2002 (Lei nº 10.406), no título III, “Dos Atos Ilícitos”, estabeleceu nos arts. 186 e 187, expressamente, ocorrer ato ilícito quando violado direito e causado dano a outrem; assim como quando o titular de um direito excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O art. 927 do mesmo Diploma Legal arremata, impondo a obrigação de reparar.

Todas essas legislações servem ao Direito do Trabalho e devem ser aplicadas, na esteira do que frisa o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho (grifo nosso).

A respeito da matéria, o Ministério Público do Trabalho, por meio da Coordenadoria de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), possui a Orientação de nº 08, destinadas ao Membros e Membras, destacando ser discriminatória a conduta do empregador de exigir certidão de antecedentes criminais, salvo previsão legal; certidão negativa em órgão de consulta creditória; bem como a exigência de carta de fiança, para admissão, promoção ou permanência no emprego⁸⁶.

O cenário internacional também reprova a discriminação no ambiente laboral, na esteira da Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação. Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1958, entrou em vigor no plano internacional em 15.06.60, tendo sido aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo n. 104, de 24.11.64 e promulgada por meio do Decreto n. 62.150, de 19.1.68. Recentemente, em 05.11.2019, o Decreto nº 10.088 consolidou diversos atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal e que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da OIT ratificadas pelo Brasil, aí incluído o ato da promulgação da Convenção nº 111 referida que, em seu art. 2º, estabelece competir aos países signatários a for-

86 ORIENTAÇÃO N. 08. Exigência de certidão de antecedentes criminais. "É discriminatória a exigência de certidão de antecedentes criminais, salvo previsão legal, e certidão negativa em órgão de consulta creditória, como SERASA, SPC ou qualquer outra entidade similar, bem como a exigência de carta de fiança, para admissão, promoção ou permanência no emprego". (Aprovada na III Reunião Nacional da Coordigualdade, dias 26 e 27/04/04. Alterada na XXIV Reunião Nacional da Coordigualdade, dias 15 e 16 de junho de 2016).

mulação e aplicação de políticas nacionais que tenham por fim “promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria”.

No mesmo sentido, também se alinham a Recomendação R(89)2 do Conselho da Europa, de 1989; o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, publicado em 1996 pela OIT; bem como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* – *GDPR*) da União Europeia, de 2018.

Em vista de todo o exposto, a prática de empregadores constante em exigir documentos ditos discriminatórios, para fins de contratação, manutenção ou promoção de trabalhadores encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico.

Veja-se que a exigência de certidões negativas cíveis e/ou criminais para a contratação de empregados, extrapola o intuito da relação de emprego e deixa evidente o desvio de finalidade, quando não se justificar em vista de previsão legal, em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido.

O Tribunal Superior do Trabalho já havia se pronunciado sobre a questão e nesse sentido, mesmo antes da Lei Geral de Proteção de Dados, de 2018, em vários julgados, como se infere do exemplo da ementa a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. TEMA REPETITIVO Nº 0001 - DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE

ANTECEDENTES CRIMINAIS. Ao julgar o IRR-243000-58.2013.5.13.0023, esta Corte decidiu que a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais, quando não amparada em previsão legal ou em face da natureza e das condições de trabalho, ou, em sendo legítima, nos casos em que comprovado o caráter discriminatório da medida, configura dano moral. Quanto à primeira hipótese - ausência de razões que justifiquem a solicitação - prevaleceu a tese de que o dano é *in re ipsa* e independe da efetiva contratação do empregado. Na hipótese, o autor foi contratado para a fabricação de sandálias, tendo sido exigida pela ré a apresentação da certidão de antecedentes criminais, conforme delineado no acórdão embargado. Acontece que, ante as atribuições ordinárias que se presumem para essa atividade, não é possível concluir pela existência de condições especiais que confirmam validade ao procedimento adotado pela ré, nos moldes descritos no item II do referido precedente. Logo, considerados os parâmetros supracitados, tem-se que, ao deferir a condenação por danos morais, a decisão embargada observou o entendimento fixado por esta Corte Superior, o que torna superados os arestos colacionados. Incide o disposto no artigo 894, § 2º, da CLT. Agravo regimental conhecido e não provido. (TST. AgR-E-RR-237500-53.2013.5.13.0009, SBDI-1, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 19/12/2017).

A consulta a bancos de dados creditórios, como SPC e SERASA, vai ao encontro do que retratado, pois há desvirtuamento da finalidade de contratação de um trabalhador. Ademais, se o candidato ao emprego se encontra com dificuldades financeiras, talvez até em decorrência de eventual desemprego prévio, será com a nova oportunidade que saldará suas dívidas e liberará seu nome dos cadastros creditórios.

O TST também já se pronunciou sobre a questão, antes mesmo da Lei nº 13.709/2018, a exemplo do que consta da ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIGILANTES. EDITAL DE LICITAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO. Discute-se, in casu, a legalidade da cláusula contida em edital de licitação, na qual se prevê a impossibilidade de contratação, pela empresa terceirizada, de vigilante que apresentar restrição creditícia, mediante consulta em serviços de proteção ao crédito. Para que se confira validade à discriminação perpetrada, necessária a comprovação de que o fator adotado como critério de desigualdade tenha relação com a finalidade a ser alcançada com a lei ou, no caso, com o edital de licitação. Isso porque, não pode haver eleição de critério de discriminação que não guarde nenhum tipo de relação com a finalidade buscada pelo setor público, *in casu*, a contratação de serviço de vigilância. No caso concreto, a situação financeira do empregado vigilante não tem vinculação com o serviço a ser prestado, tampouco atesta a idoneidade do empregado, o que demonstra se tratar de eleição de fator arbitrário para

a seleção dos vigilantes a serem contratados. Por outro lado, dispõe-se no art. 5º, XIII, da Constituição Federal que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Da exegese da Lei nº 7.102/83, que disciplina a função de vigilante, não se constata a previsão de restrição ao seu exercício, no caso de débito registrado nos serviços de proteção ao crédito. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST. RR - 123800-10.2007.5.06.0008, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Publicação 03/02/2012).

Importante ressaltar, feitas essas considerações, que a condição financeira do candidato ao emprego não denota sua idoneidade ou mesmo sua condição de bem desempenhar a função para qual está se propondo. A análise de eventuais restrições de crédito pelo empregador serve apenas para demonstrar conduta discriminatória na eleição do novo contratado e de forma arbitrária.

Outra exigência que vem sendo adotada em contratações de novos trabalhadores, ou até exigidas durante o curso do contrato, trata-se de cartas de fiança, prevendo a responsabilização de fiadores, normalmente de forma solidária com o empregado, no caso de débitos, perdas ou outros prejuízos ao operar recursos financeiros da empresa.

Consoante todos os dispositivos legais antes mencionados, tal prática também transborda de uma relação de emprego, denota conduta discriminatória e vai de encontro ao princípio da boa-fé, norteador de qualquer relação jurídica.

A jurisprudência do e. TST se posiciona sobre o assunto, antes mesmo da Lei Geral de Proteção de Dados, como no caso abaixo:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
EXIGÊNCIA DE CARTA DE FIANÇA NO CURSO
DO CONTRATO DE TRABALHO.

1 - Atendidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT.

2 - O pedido de indenização por danos morais decorreu da conduta da empresa (LOJAS QUERO-QUERO S.A.) em exigir do empregado (comerciário) carta de fiança no curso do contrato de trabalho, no valor de R\$ 10 mil, corrigida pelo IPC, a ser liberada somente após dois anos da extinção do contrato de trabalho.

3 - O TRT concluiu que a conduta da empresa foi ilícita *“por atentar contra os princípios da boa-fé objetiva (crença de que as partes hajam conforme a ética); da alteridade (não pode o empregador compartilhar dos riscos da atividade econômica); da confiança (a relação de trabalho tem como pressuposto a confiança entre os contratantes - artigos 482 e 483 da CLT); e da não discriminação (o empregador não pode impor dificuldades exageradas para o acesso ao emprego)”*. A Corte regional também considerou *“abuso de direito aplicar essa garantia do direito civil em relação de trabalho”*. O Colegiado determinou o pagamento da indenização por danos morais no montante de R\$ 10 mil.

4 – No caso concreto, os danos morais estão configurados de maneira inequívoca pela conduta ilícita e abusiva da empresa em exigir carta de fiança no curso do contrato de trabalho, o que extrapola o poder de direção e impõe condição inadmissível para o exercício das atividades laborais, que pressupõe a boa-fé dos contratantes, a confiança entre as partes e a responsabilidade da empregadora pelos riscos da atividade econômica. Ao contrário do que alega a reclamada, não era necessário prova de que o reclamante tivesse sofrido prejuízos financeiros. Na hipótese de danos morais (imateriais), o que se exige é a prova dos fatos que ensejam o pedido. Se houvesse prejuízos financeiros, isso constituiria elemento agravante para o fim de fixação de indenização por danos morais em montante superior àquele estipulado pelo TRT.

5 - Recurso de revista de que não se conhece. (TST. RR - 20454-89.2013.5.04.0751. Relatora Ministra Katia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Publicação 21/10/2016). (grifo nosso)

Na hipótese em apreço, além da violação à boa-fé, como dito, também ilícita a conduta, pois não pode o empregador tentar transferir os riscos da atividade ao empregado, já que a si cabível (art. 2º, da CLT); bem como apontar discriminação na contratação ou para a manutenção do contrato, premiando-se o trabalhador que concorda com a entrega da carta de fiança, e assim, em assumir os ônus da atividade econômica.

A par de todo esse abuso de direito já relatado, inobstante a existência de legislação esparsa, nacional e internacional, as condutas abusivas acima narradas continuam ocorrendo, mesmo com a chegada da Lei nº 13.709/2018 (LGPD).

Entretanto, após o advento da novel legislação, novos princípios foram inseridos no ordenamento jurídico nacional no que tange à proteção de dados de pessoas naturais, dentre elas, os trabalhadores; além de regras aplicáveis que estão ajudando a coibir tais condutas discriminatórias.

A exigência de documentos que não fazem parte de uma relação de trabalho, podem, agora, também violar a Lei Geral de Proteção de Dados.

É o que se verá adiante.

3.2. Da violação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Conforme ressaltado no início deste artigo, o objetivo primordial da LGPD é a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (*caput* do art. 1º), aí abrangidos os trabalhadores.

Nessa esteira, a proteção dos dados desses últimos em uma relação de trabalho, restou ampliada, atitude de extrema importância, pois o tema ainda pende de maior maturação entre os juristas, a ponto de se limitar com veemência, as possibilidades de exigência de documentos a respeito da vida privada dos futuros ou já empregados, independentemente de algumas decisões a respeito.

Em artigo da lavra de Barzotto e Cunha (2020, p. 250), os autores salientam a existência ainda de poucas decisões a respeito do trânsito dos dados sensíveis dos empregados no decorrer da relação de emprego, e ainda menos decisões sobre o consentimento daqueles como requisito para tratamento de dados.

Provavelmente, com a chegada da LGPD a matéria será levada à apreciação do Poder Judiciário com mais frequência, até porque trata-se de Lei em caráter geral, oportunidades em que será possível também uma maior abordagem no tocante ao mencionado consentimento.

No âmbito de uma relação de emprego há que se ponderar, em especial, que o trabalhador encontra-se numa situação de maior vulnerabilidade em comparação ao empregador. É este quem contrata, confere as ordens, dirige os trabalhos, em um contexto de efetiva subordinação.

Em sua tese de doutorado, Sanden (2012, p. 75), em referência ao Grupo de Trabalho do Artigo 29º para Proteção de Dados (Parecer 15/2011, sobre a definição de consentimento adotado em 13 jul. 2011, 01197/11/PT, p. 21-22 e *Opinion 8/2001, on the processing of personal data in the employment context, adopted on 13 Sep. 2001, 5062/01/EN/Final, WP 48, p. 3*), explica que:

Por estar em situação de subordinação na relação empregatícia, ele pode se ver em dificuldade ou mesmo impossibilitado de recusar, retirar ou modificar seu consentimento pelo medo de perder uma eventual promoção, de ser de algum modo prejudicado ou até de perder o emprego. Ainda, embora a subordinação desempenhe papel

central na avaliação da liberdade do consentimento no contexto do emprego, outros elementos podem também exercer influência na decisão do empregado, como os de ordem financeira, emocional ou prática. Segundo porque pode ser enganosa a tentativa de legitimar o processamento por essa via nas situações em que o empregador precisa processar dados pessoais do empregado como consequência necessária e inevitável da relação de emprego.

Portanto, mesmo havendo o consentimento, a colheita de dado sensível de empregados, ainda se apresenta passível de questionamento.

Conforme complementa Sanden (2012, p. 76), tal consentimento admite-se, apenas, residualmente, e se exercido dentro de determinados limites, que são formulados por regras complementares.

A observância dos regramentos em geral da LGPD, retratados brevemente neste artigo, bem como dos princípios constantes do art.6º da referida Lei, e em consonância às demais normas elencadas, apresenta-se crucial para a interpretação do sistema normativo vigente em relação à coleta de dados de futuros ou atuais empregados, especialmente no tocante a dados que não tenham relação direta com a relação empregatícia, pois como bem assevera Barros (2009, p. 70), referenciada por Chehab (2012, p. 1080), em casos, por exemplo, de exigência de bons antecedentes criminais, vige a indiscrição. Constitui-se uma intromissão na privacidade do candidato ao emprego.

O Tribunal Superior do Trabalho, independente de ainda não ter julgado significativo número de processos sobre a matéria após a chegada da Lei 13.709, continua com o firme posicionamento de limitar o tratamento de dados de empregados indevidamente, E, provavelmente, continuará seguindo nessa toada, ante a Lei Geral de Proteção dos Dados. Veja-se decisão posterior à entrada em vigor da LGPD:

“PROCESSO SELETIVO. PESQUISA PRÉVIA DE INFORMAÇÕES CREDITÍCIAS DOS CANDIDATOS AO EMPREGO. SPC. SERASA. DANO MORAL COLETIVO. A Corte regional, referindo-se à “realização de consulta prévia aos cadastros do SPC e SERASA”, entendeu que, “não obstante tal fato seja considerado para a contratação dos candidatos, não se colocava como fator de eliminação sumária”. Entretanto, reconheceu que “a empresa contratante não se obriga a ser surpreendida por eventuais ilícitos praticados por seus candidatos”. [...] Os citados serviços tem por finalidade a proteção dos comerciantes, instituições financeiras e creditícias, entre outros, para o fornecimento de crédito para pessoas com histórico de não honrar com suas obrigações, independentemente do motivo que as levou a tanto, não se destinando à consulta prévia de candidato ao emprego - conduta claramente discriminatória e reprovável. [...] Desse modo, a consulta prévia dos candidatos aos cadastros do SPC e SERASA acarretou dano moral coletivo *in re ipsa*, o que é suficiente para a responsabilização da ré, sendo desnecessária para sua condenação, prova de prejuízo sofrido pela coletividade de tra-

balhadores (inocorrência da contratação de candidatos submetidos à consulta). A prática dos citados atos antijurídicos e discriminatórios configurou ofensa ao patrimônio moral coletivo, sendo, portanto, passível de reparação por meio da indenização respectiva. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-1170-75.2010.5.02.0066, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 13/11/2020).

Feitas essas ponderações, resta evidente a necessidade de atenção e cumprimento aos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, em especial da finalidade, adequação, necessidade e não discriminação pelos empregadores, conscientes de que, se já havia responsabilidades com a coleta e manutenção de dados dos seus empregados, agora restaram fortalecidas com a chegada da Lei 13.709/2018.

O tratamento dos dados, que engloba todas as operações constantes do art. 5º, X da LGPD, merece atenção especial, sob pena de configurar ato discriminatório, na esteira de todo o aqui exposto, inclusive do posicionamento jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), com visto, veio regulamentar, em âmbito geral, o tratamento de dados de pessoas naturais, dentre elas os trabalhadores.

Sua importância faz-se evidente, especialmente no atual cenário de fortes modificações tecnológicas, em que, cada vez mais, se apresenta necessário o resguardo dos direitos inerentes às pessoas naturais.

A Lei trouxe diversos dispositivos que norteiam o tratamento de dados das pessoas naturais, com vistas à sua segurança e à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, os princípios do art. 6º da Lei 13.709/2018, auxiliam na regulamentação da matéria, dando o norte de como deve se dar o tratamento de dados de documentos em meio digital, assim como em meio físico.

Portanto, a LGPD veio ao encontro de diversas outras normas nacionais e internacionais, auxiliando no campo trabalhista, para se evitar discriminações desmedidas nas relações de trabalho, em que empregadores exigem documentos que não possuem ligação com o labor ou que visam repassar aos empregados o ônus da atividade econômica, como em casos de certidões negativas, certidões que atestem a regularidade perante órgãos creditórios, e até mesmo cartas de fiança.

Tal prática ilícita possui vedação jurídica, já tendo havido pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria em vários julgados antes mesmo da LGPD e alguns após o início de sua vigência.

Como visto no decorrer, raras são as exceções em que empregadores podem exigir documentos referentes à vida privada dos trabalhadores, sob pena de configurar prática discriminatória, sendo que com a chegada da novel legislação, os direitos dos trabalhadores encontraram suporte suplementar.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, L. C.; CUNHA, L. S. P. **Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado:** jurisprudência trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

In: Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança. DORNELES, L. A. D.; BARZOTTO, L. C. (org.). Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BORELLI, Alessandra *et al.* **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada.** MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A proteção dos dados pessoais e sensíveis do empregado.** Revista LTr, São Paulo, v. 76, nº 09, set. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. 2012. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.