

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNA CASIMIRO SICILIANI

**RESPONSABILIDADE PREVENTIVA NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
APLICADA NA RELAÇÃO DE EMPREGO**

PORTO ALEGRE

2023

BRUNA CASIMIRO SICILIANI

**RESPONSABILIDADE PREVENTIVA NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
APLICADA NA RELAÇÃO DE EMPREGO**

Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para aprovação no curso de doutorado.

Professora Orientadora: Dra. Luciane Cardoso Barzotto

PORTO ALEGRE

2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha professora orientadora, Dra. Luciane Cardoso Barzotto, que acreditou no meu potencial, atuou com dedicação na orientação deste trabalho, e que fez germinar em mim a semente da busca constante de um mundo mais fraterno. Ao meu marido, Marcel Luiz Pabst, por pacientemente ter ouvido minhas ideias e ter compartilhado comigo todos os momentos de dúvidas e anseios, sem os quais este trabalho não teria sido possível concretizar. À Força Criadora, por meu filho Björn, amor da minha vida, que fez multiplicar em mim o dom da criação.

RESUMO

A Lei Geral de Proteção de Dados entra na história do ordenamento jurídico brasileiro em um momento marcado pelas demandas de uma sociedade complexa, altamente informatizada, envolvida por riscos e incertezas fabricadas pela tomada de decisão de seus atores sociais. Esta nova sociedade se encontra no alvorecer de uma nova revolução industrial caracterizada pelas rápidas transformações tecnológicas que derrubam as fronteiras do mundo físico e do mundo virtual, trazendo promessas de melhores condições de vida, de trabalho e de sustentabilidade ambiental, mas que, ao mesmo tempo, também questiona quais são as barreiras que separam a vida pública da vida privada, põe em dúvida a efetiva necessidade de controle e de vigilância, e compromete de forma irremediável os direitos da pessoa humana. Esta tese apresenta a existência, na Lei Geral de Proteção de Dados, de um regime autônomo de responsabilidade preventiva, independente da responsabilidade civil caráter reparatório-compensatório, mas que coexiste com um regime de responsabilidade civil objetiva especial para a proteção de dados pessoais, e sua aplicação específica na relação de emprego. A ideia matriz que norteia esse estudo é a de que, embora os riscos e a relação de trabalho *per se* tragam ao empregador a obrigação legal de coletar dados e asseguram o seu legítimo interesse na vigilância de suas atividades, o empregado, pessoa humana, é o centro de proteção do ordenamento jurídico, devendo não só ter sua saúde e segurança garantidas na relação de emprego, mas também a sua personalidade em todas as suas dimensões. Esta pesquisa é bibliográfico-documental, de caráter qualitativo, teórico, e descritivo. O método de abordagem escolhido é o dialético-sistêmico. Como método de procedimento, utiliza-se, inicialmente, o histórico-comparativo, e, em um segundo momento, o estruturalista, com o objetivo de apresentar uma responsabilidade preventiva inserida no sistema geral de tutela da pessoa humana, tendo como finalidade principal a proteção dos dados pessoais, aplicada à relação de emprego. Como resultado, a tese confirma a existência de uma disciplina jurídica geral de responsabilidade, que inclui responsabilidade preventiva voltada para a prevenção e mitigação de danos advindos da existência de riscos graves e irreversíveis à pessoa humana, e também a responsabilidade civil de caráter reparatório e compensatório, que se materializa quando as medidas preventivas foram indevidamente utilizadas, não utilizadas, ou não preveniram a ocorrência do dano. Na relação de emprego, o empregador tem a responsabilidade de identificar as hipóteses e bases legais que permitem o tratamento dos dados pessoais e sensíveis de seus empregados, devendo analisar metodologicamente todos os riscos que esse tratamento acarretará para os seus direitos fundamentais, bem como implementar ações a fim de evitar e/ou mitigar esses riscos.

Palavras-chave: responsabilidade preventiva; Lei Geral de Proteção de Dados; riscos graves e irreversíveis; medidas preventivas; tratamento de dados pessoais; relação de emprego; direitos de personalidade do empregado.

ABSTRACT

The General Data Protection Law enters Brazilian legal system history at a time marked by demands of a complex, highly computerized society, surrounded by risks and uncertainties fabricated by the decision-making of its social actors. This new society is at the dawn of a new industrial revolution characterized by rapid technological transformations that break down the boundaries of the physical world and the virtual world, bringing promises of better living, working conditions, and environmental sustainability but, at the same time, it also calls into question what are the barriers that separate public and private life, raises doubts about the effective need for control and surveillance and, irremediably, compromises the rights of the human person. This thesis present the existence, in the General Data Protection Law, of an autonomous preventive responsibility regime, independent from civil liability that has a compensatory-reparatory nature, which coexists with a special objective civil liability regime for the protection of personal data, and its specific application in employment relationship. The main idea that guides this study is that, although the risks and the working relationship *per se* bring to the employer a legal obligation to collect data and assure the legitimate interest in surveillance of its activities, the employee, a human person, is the center protection of the legal system, and must not only have their health and safety protected in working relationships, as also their personality in all its dimensions. This research is bibliographical-documental, qualitative, theoretical, and descriptive. The chosen method of approach is systemic-dialectic. As a method of procedure, the historical-comparative method is used initially, and, in a second moment, the structuralist one is put in motion, with the objective to present a preventive responsibility inserted in the general system of protection for the human person, with the main purpose of personal data protection, applied to employment relationship. As a result, the thesis confirms the existence of a general legal responsibility discipline, which includes preventive responsibility aimed at the prevention and mitigation of damages that arise from the existence not only from serious and irreversible risks to the human person but also the civil liability with a reparative and compensatory nature, which in turn materializes when preventive measures were incorrectly, not used or fail to prevent the damage occurrence. In the employment relationship, the employer is accountable for identifying the hypotheses and legal bases that allow the processing of personal and sensitive data from its employees, and has the obligation to methodologically analyze all the risks that this treatment will entail for their fundamental rights, as well as to implement actions to in order to avoid and/or lessen these risks.

Keywords: preventive responsibility; General Data Protection Law; serious and irreversible risks; preventive measures; processing of personal data; employment relationship; employee personality rights.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Responsabilidade Jurídica	98
Tabela 2 - Hipóteses de Responsabilidade	115

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPD	Agência Nacional de Proteção de Dados
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
RIDP	Relatório de Impacto à Proteção de Dados
ROPA	<i>Record of Processing Activities</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – PRESSUPOSTOS SOCIOLOGICOS E HISTÓRICOS PARA A ESTRUTURAÇÃO DO PROBLEMA SOBRE RESPONSABILIDADE PREVENTIVA	15
1.1 O FIM DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: A SOCIEDADE DE RISCO	17
1.2 A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL, O MUNDO DO TRABALHO 4.0 E A SOCIEDADE 5.0.....	24
1.3 A PRIVACIDADE E A VIGILÂNCIA SOB O PONTO DE VISTA HISTÓRICO .	33
1.3.1 Entre o público e o privado: uma questão de alocação do poder	33
1.3.2 A espacialização do mundo do trabalho: entre a privacidade do empregado e o controle do empregador	40
CAPÍTULO 2 – A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO UM TODO: A PESSOA HUMANA COMO CENTRO DO SISTEMA GERAL DE TUTELA	46
2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A ÊNFASE NA PESSOA HUMANA	46
2.2 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	50
2.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DA PESSOA HUMANA.....	55
2.2.1 A noção de dignidade da pessoa.....	55
2.2.2 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.....	59
2.3 A PRIVACIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA E OS DADOS PESSOAIS	62
2.4.1 O nascimento da privacidade como categoria jurídica.....	63
2.4.2 A privacidade no Século XX: a proteção de dados pessoais.....	66
2.4.3 A privacidade como direito fundamental	69

2.4 A FRATERNIDADE COMO PARADIGMA PARA A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO	70
2.4.1 A Regra de Ouro.....	70
2.4.2 A repersonalização do Direito, a privacidade, e a fraternidade.....	73
CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE PREVENTIVA	76
3.1 PELA EMANCIPAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PREVENTIVA.....	79
3.1.1 Evolução histórica das teorias subjetiva e objetiva a partir da tradição oitocentista.....	79
3.1.2 Entre o risco e o dano à pessoa: a prevenção como princípio constitucional	84
3.1.3 Uma releitura das funções da responsabilidade civil e a emancipação da responsabilidade preventiva em relação à responsabilidade civil.....	91
3.1.4 A “porta de entrada” da responsabilidade preventiva no direito do trabalho	100
3.2 O REGIME DE RESPONSABILIDADE PREVENTIVA DA LGPD.....	107
3.2.1 Do regime de responsabilidade do artigo 6º, incisos VIII, e X da LGPD: a responsabilidade preventiva	108
3.2.2 Do regime de responsabilidade dos artigos 42 a 45 da LGPD: a responsabilidade civil.....	112
3.2.3 A autorregulação dos artigos 46 a 51 da LGPD como parâmetro para a quantificação da sanção ou da indenização a ser fixada.....	117
CAPÍTULO 4 – A RESPONSABILIDADE PREVENTIVA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS APLICADA NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	125
4.1 A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO	126
4.1.1 A personalidade como fundamento da LGPD e a projeção da personalidade por meio dos dados.....	126

4.1.2 A pessoa humana como elemento cerne do vínculo empregatício e a vulnerabilidade da personalidade do empregado frente ao poder do empregador	132
4.1.3 A implicação da pessoa do empregado na prestação laboral e a distribuição dos riscos no contrato de trabalho	136
4.2 A RESPONSABILIDADE PREVENTIVA DO EMPREGADOR NA PROTEÇÃO DE DADOS DO EMPREGADO.....	142
4.2.1 As hipóteses de tratamento de dados pessoais do empregado pelo empregador na relação de emprego.....	143
4.2.1.1 O consentimento na relação de emprego	146
4.2.1.2 O cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo empregador	149
4.2.1.3 Para a formalização ou execução do contrato, a pedido do empregado	150
4.2.1.4 Para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo, ou arbitral.....	150
4.2.1.5 Para a proteção da vida ou da incolumidade física do empregado ..	151
4.2.1.6 Para atender ao legítimo interesse do empregador.....	152
4.2.2 A responsabilidade do empregador em identificar corretamente as hipóteses e bases legais de tratamento de dados do empregado para dar efetividade à responsabilidade preventiva	155
CONSIDERAÇÕES FINAIS	160
REFERÊNCIAS.....	164

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados entra na história do ordenamento jurídico brasileiro em um momento marcado pelas demandas de uma sociedade complexa, altamente informatizada, envolvida por riscos e incertezas fabricadas pela tomada de decisão de seus atores sociais, que desejam o melhor para o futuro das gerações que estão por vir. Esta nova sociedade se encontra no alvorecer de uma nova revolução industrial caracterizada pelas rápidas transformações tecnológicas que derrubam as fronteiras do mundo físico e do mundo virtual, trazendo promessas de melhores condições de vida, de trabalho e de sustentabilidade ambiental, mas que, ao mesmo tempo, também questiona quais são as barreiras que separam a vida pública da vida privada, põe em dúvida a efetiva necessidade de controle e de vigilância, e compromete de forma irremediável os direitos da pessoa humana.

No âmbito da relação de emprego não é diferente. Um volume imensurável de dados de empregados é transmitido todos os dias para os mais diversos propósitos: desde o envio de currículos para as candidaturas de novos postos de trabalho, à necessidade de cadastro e registro no E-Social de toda a contratualidade trabalhista e vida profissional do empregado. Isso inclui toda sorte de informações e dados sensíveis, tais como licenças e atestados médicos, comunicações de acidente de trabalho, informações sobre o núcleo familiar, enfim, informações que antes eram apenas relativas à vida privada do empregado, e que agora, por motivos legítimos do contrato de trabalho e por obrigação legal, passam a ser veiculadas em plataformas suscetíveis de erros técnicos de vazamento de dados e de acesso por terceiros não autorizados.

Os riscos relacionados ao trabalho deixam de ser apenas aqueles relacionados à atividade do empregado, e passam a incluir também os riscos à sua intimidade e privacidade no particular, à autodeterminação informativa, e à personalidade no geral. Em face da natureza não patrimonial dos direitos de personalidade da pessoa humana, as lesões que os atingem são, em sua maioria, irreversíveis e impossíveis de reparação monetária. Também a compensação financeira, por vezes, se mostra insuficiente para remendar os estragos causados à existência humana.

Muito embora o regramento de responsabilidade civil tenha sido um dos que mais evoluiu dentro do direito civil no último século, a técnica jurídica atual, marcada fortemente pela modernidade burgo-liberal, ainda se vê obrigada a fixar um valor pecuniário aos danos extrapatrimoniais na falta de tutelas melhores para promover e amparar esses direitos. E a situação passa a ser mais delicada quando se envereda para o direito do trabalho, que, no mesmo período, não só conquistou sua autonomia do direito civil e passou a ser ramo do direito com seus próprios fundamentos e marcos teóricos, mas enfrenta a necessidade de apresentar respostas rápidas a este novo mundo em que se discute o trabalho em plataformas digitais, a automação e o uso de inteligência artificial para otimizar a indústria e a produção de bens de consumo.

O problema de pesquisa que se apresenta é revelado pela seguinte pergunta: qual é o regime de responsabilidade trazido pela Lei Geral de Proteção de Dados? Esse questionamento pode ser refinado e dividido nas demais indagações que se seguem: aplica-se a sistemática de responsabilidade do Direito Civil à Lei Geral de Proteção de Dados, ou será que é possível falar em uma responsabilidade autônoma, que é aplicada de forma particular, conforme as especificidades de cada área do direito que exige a proteção de dados?

A tese que se apresenta, adianta-se, é a existência, na Lei Geral de Proteção de Dados, de um regime autônomo de responsabilidade preventiva, independente da responsabilidade civil de caráter reparatório-compensatório, mas que coexiste com um regime de responsabilidade civil objetiva especial para a proteção de dados pessoais, e sua aplicação específica na relação de emprego. Por esse motivo, esse regime de responsabilidade preventiva é aplicado às relações de emprego dentro de um sistema de repersonalização do direito como um todo, que tem como foco a proteção da pessoa humana.

Cuida esta pesquisa, portanto, de apresentar um regime de responsabilidade preventiva de proteção de dados pessoais para a relação de emprego. O contexto social e econômico atual aponta que somente a implementação de medidas e de ações de caráter preventivo possuem o condão de assegurar adequadamente a proteção aos direitos fundamentais dos empregados. A delimitação do tema deste trabalho visa, portanto, examinar os aspectos essenciais para a correta identificação das hipóteses e bases legais de tratamento dos dados pessoais, de modo a

favorecer as ações de caráter preventivo no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados para as relações de emprego especificamente.

A ideia matriz que norteia esse estudo é a de que, embora os riscos e a relação de trabalho *per se* tragam ao empregador a obrigação legal de coletar dados e asseguram o seu legítimo interesse na vigilância de suas atividades, o empregado, pessoa humana, é o centro de proteção do ordenamento jurídico, devendo não só ter sua saúde e segurança garantidas na relação de emprego, mas também a sua personalidade em todas as suas dimensões.

Esta pesquisa é bibliográfico-documental, de caráter qualitativo, teórico, e descritivo. O método de abordagem a ser utilizado é o dialético-sistêmico, isto é, no primeiro momento, dialético, para compreender o fenômeno social contemporâneo e o debate que se trava entre privacidade e vigilância, para então, no segundo momento, sistematizar a responsabilidade preventiva, inserindo-a no sistema jurídico geral de tutela da pessoa humana.

Como método de procedimento, será utilizado, inicialmente, o histórico-comparativo, de modo a investigar as mudanças sociais e tecnológicas pelas quais passam a humanidade, verificando suas influências e comparando-o com o cenário atual, para que se analise como as relações públicas e privadas demandam o controle de dados pessoais e a vigilância, e ameaçam a privacidade da pessoa humana. Posteriormente, será utilizado o estruturalista, com o objetivo de apresentar a responsabilidade preventiva inserida no sistema geral de tutela da pessoa humana, com a finalidade de proteção dos dados pessoais, aplicada às relações de emprego.

Por fim, como métodos de interpretação, serão utilizados o método sociológico, uma vez que o direito é um fenômeno cultural, produzido no espaço e no tempo, e sistêmico, inserindo a responsabilidade preventiva no sistema jurídico, de modo que "converse" com o Direito em seu todo.

Para desenvolver essa temática, no Capítulo 1, serão discutidos os pontos que nos conduziram ao atual momento da sociedade de risco e do novo mundo do trabalho 4.0, com a conseqüente transformação histórica do que se considerou espaço público e espaço privado, ditado sobretudo pelas relações de poder então existentes, a fim de constatar o conflito entre as necessidades de controle e de vigilância em face do que se considera privacidade nos dias atuais. No Capítulo 2,

será analisada a alteração do momento jurídico atual: o marco a despatrimonialização do direito civil e a centralização da pessoa humana como apogeu de proteção, o que foi chamado de repersonalização do direito, a culminar com a proteção de sua privacidade e de sua personalidade virtual no mundo contemporâneo.

Analisados esses pressupostos metodológicos, no Capítulo 3 serão abordados os fundamentos jurídicos para a existência de um regime autônomo de responsabilidade preventiva, independente da responsabilidade civil, bem como a sistematização de ambos os regimes, de responsabilidade preventiva e de responsabilidade civil objetiva especial na Lei Geral de Proteção de Dados. Por fim, no Capítulo 4, será abordada a aplicação efetiva do regime de responsabilidade preventiva na relação de emprego especificamente, identificando-se as hipóteses e bases de tratamento de dados pessoais e sensíveis dos empregados, bem como estabelecendo critérios metodológicos para a sua correta identificação, o que permitirá ao empregador implementar as medidas autorregulatórias aptas a dar efetividade à proteção de seus direitos fundamentais.

CAPÍTULO 1 – PRESSUPOSTOS SOCIOLÓGICOS E HISTÓRICOS PARA A ESTRUTURAÇÃO DO PROBLEMA SOBRE RESPONSABILIDADE PREVENTIVA

A sociedade atual, marcada fortemente pelo desenvolvimento tecnocientífico, é caracterizada cada vez mais como uma sociedade de identificação, de classificação e de controle, com um espaço cada vez menor para a privacidade.¹ São novas formas de ameaça à privacidade, uma vez que, diariamente, grandes quantidades de dados da vida privada das pessoas são recolhidos, tratados e processados todos os dias para inúmeras finalidades.

Se a missão da tecnologia era resolver os problemas para o homem, ele se converteu num grande problema². A tecnologia é pródiga em promessas,³ mas a transformação que ela acarreta tem um preço. E esse preço é o risco de ameaça à privacidade das pessoas em geral.

Ocorre que privacidade e vigilância nem sempre tiveram a mesma interpretação ao longo da história e do desenvolvimento das sociedades, assim como o risco advindo da evolução industrial e tecnológica nem sempre foi sancionado juridicamente em matéria de responsabilidade.

O estado da arte explica que, na civilização tecnicocientífica, os riscos associados às novas tecnologias são incertos e abrem espaço a uma vulnerabilidade virtual. Isso porque eles não podem ser identificados com precisão.⁴ Teresa Ancona Lopez⁵ destaca que “o risco deve ser avaliado dentro dos parâmetros risco/utilidade e custo/benefício”. Assim, segundo a professora, “a análise social e econômica é de fundamental importância”. Desse modo, para desenvolver melhor o problema da responsabilidade preventiva, se faz necessário entender o que é esse risco no atual momento histórico e social, pois isso se refletirá no que se entenderá por risco para a responsabilidade jurídica.

¹ URRUTIA, Ana; GORSKI, Héctor; MICHEL, Mónica. **Tecnología, Intimidad y Sociedad Democrática**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 12

² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: el impacto sócio-jurídico de las N.T. de la información**. Fundesco, Madrid, 1987, p. 49

³ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. São Paulo: Renovar, 2008, p. 195

⁴ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014, p. 113

⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 49

Na parte sociológica, encontram-se diversos autores que trazem suas contribuições para o momento atual em que vive a humanidade. Ulrich Beck apresenta a sua sociedade de risco, causado pela tomada de decisão dos atores sociais. Manuel Castells⁶ apresenta a sua sociedade de informação, caracterizada pela comunicação em rede e pela economia digital. Stefano Rodotà⁷ traz a sua derivada jurídica sociedade de vigilância, marcada pela sua contribuição sobre o direito à privacidade.

Ora, se, por um lado, não se pode deixar de notar que as novas tecnologias proporcionam às pessoas novos confortos e uma nova capacidade para a expressão da sua vontade e para o exercício da sua liberdade, a vigilância e o controle são extremamente ambíguos e expandem-se de forma muito imperceptível e oculto num contexto digital, a maior parte das vezes como resultado de decisões e de processos que visam atingir objetivos como uma maior eficiência e produtividade.⁸

Afigura-se, assim, que a evolução tecnológica e o novo contexto econômico e social alçaram a privacidade novamente ao centro do debate jurídico, devido aos novos problemas que trazem e às novas formas de agressão que ameaçam um direito que faz parte, inevitavelmente, do patrimônio próprio do homem e que constitui um dos valores fundamentais para que os cidadãos se mantenham livres. Torna-se necessário proteger as pessoas perante os perigos das novas tecnologias relacionadas com a informatização e o tratamento de dados pessoais.

Por esse motivo, na primeira parte deste capítulo será analisada, especialmente, a sociedade de risco de Ulrich Beck, com o objetivo de atrair aos atores sociais que tomam a decisão de colocar em risco a pessoa humana a responsabilidade de arcar com medidas preventivas a fim de minimizar - e, na melhor das hipóteses - evitar o risco que assumem.

Na segunda parte, será analisado o cenário social sob a ótica da quarta revolução industrial, do mundo do trabalho e da sociedade 5.0, a fim de compreender como esta transformação tecnológica pode afetar a pessoa humana no âmbito de suas relações de emprego.

⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Vol. 1. Trad. Roneide Venancio Majer e Lauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 21-23

⁷ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. São Paulo: Renovar, 2008.

⁸ MOREIRA, Tereza Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites ao poder de controle eletrônico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010, p. 62

Por fim, na terceira parte, será dado enfoque especial à transformação em que os espaços público e privado tiveram ao longo da história, de modo a compreender como a privacidade do empregado pode ser comprometida atualmente no âmbito de sua relação de emprego.

1.1 O FIM DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: A SOCIEDADE DE RISCO

Desde a segunda metade do século XX, vivemos o período de transição para uma nova era além da modernidade. Uma variedade estonteante de termos surgiu para se referir a essa transição, como, por exemplo, "sociedade de informação", "sociedade de consumo", "sociedade pós-industrial", ou o mais utilizado, "pós-modernidade".⁹ Para as ciências jurídicas, foi adotada a expressão "pós-modernidade".

Eduardo Bittar¹⁰ informa que a expressão "pós-modernidade" nomeia um contexto sócio-histórico particular, alicerçado em reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental. Trata-se de um período de crise, no qual o mundo reconhece a necessidade de superar os paradigmas erigidos ao longo da modernidade, mas que ninguém conseguiu ainda desenhar uma nova configuração que pudesse superar essa sensação e conduzir a humanidade rumo a um novo momento em todas as suas dimensões.

Boaventura de Souza Santos¹¹ sustenta a tese de que estamos vivendo na contemporaneidade um momento marcado por uma transição paradigmática, no qual o projeto tecnocientífico da modernidade se encontra em profundo declínio. Esse período transicional é marcado, pois, na leitura deste autor, por dois níveis básicos: a natureza epistemológica e o cunho societal. Essa transição ocorre entre o paradigma dominante da ciência moderna, conhecido, dentre outros, pela produção

⁹ GIDDENS, Anthony. **The Consequences of Modernity**. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 3

¹⁰ BITTAR, Eduardo. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, nº 57, p. 131-152, dez. 2008, p. 131

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado**. São Paulo: Cortez, 2004

capitalista, pela democracia autoritária e pelo desenvolvimento global e excludente, e o paradigma emergente que, para ele, ainda não tinha uma estrutura bem definida.

Para muitos autores, tais como Ulrich Beck, Anthony Giddens e Niklas Luhmann, essa transição paradigmática está associada com a noção de risco e o que se denominou posteriormente de “sociedade de risco”. A visão de Beck é a mais completa sobre a temática, tendo sido publicado, em 1980, a obra “Risikogesellschaft”, que, na língua de Camões, significa exatamente “Sociedade de Risco”. O objetivo, como deixa bem explicado o autor,¹² é “tornar visível o futuro que já se anuncia no presente”. Isso porque uma sociedade de risco é uma sociedade na qual se vive cada vez mais em uma alta fronteira tecnológica que absolutamente ninguém entende completamente, e que gera uma diversidade de futuros possíveis.¹³ Logo, seria possível moldar o futuro que se deseja com base nas ações tomadas no presente, de modo a evitar ou mitigar os riscos.

Esta exposição sociológica tem por objetivo auxiliar a elaboração de um critério jurídico para a definição da ideia de risco no âmbito de aplicação de uma responsabilidade preventiva. Isso porque, como bem ressalta Geneviève Viney e Phillippe Kourilsky,¹⁴ a avaliação dos riscos se mostra uma etapa essencial para a sua racionalização, o que deve conduzir à separação dos riscos potenciais da fantasia e da simples apreensão.

Dito isso, Ulrich Bech¹⁵ afirma que estamos diante de uma ruptura no interior da modernidade, a qual se destaca dos contornos da sociedade industrial clássica e assume uma nova forma, o que ele denomina em sua obra de “sociedade industrial de risco”. Apresenta-se, então, o conflito entre dois paradigmas: o da modernidade, caracterizado pela tradicional sociedade de classes, também chamada de sociedade industrial, focado na produção de riqueza; e o novo paradigma, caracterizado pela sociedade de risco e pela produção de risco.

A presença do risco traduz-se em mudanças no contexto social, provocando a conhecida “crise da modernidade”, nomeadamente, o declínio da influência e da tradição das instituições da modernidade, a insegurança laboral motivada pela

¹² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 11

¹³ GIDDENS, Anthony. Risk and Responsibility. **The Modern Law Review**, V.62, n.1, 1999, p. 3

¹⁴ VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. **Le principe de précaution**. Paris: Odile Jacob, 2000, p. 41

¹⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 12

constante flutuação nos padrões de empregabilidade; a erosão dos padrões tradicionais de família e dos valores a ela associados, e a democratização das relações pessoais acentuada pela ascensão do individualismo na esfera das relações humanas.¹⁶

Esta investigação opta por seguir na linha metodológica de Ulrich Beck, alicerçada pelas obras de Anthony Giddens e de Niklas Luhmann, uma vez que esse autor teceu análises sobre as relações econômicas e trabalhistas em sua abordagem sociológica. Evidentemente, esta primeira parte visa apresentar a sociedade de risco pela sua ótica de modo a construir uma visão própria de risco enquanto categoria jurídica para aplicação de uma responsabilidade preventiva, e não visa esgotar a obra de Beck, que é intrinsecamente complexa e multidisciplinar.

O mundo contemporâneo tem assistido a profundas e contínuas conversões institucionais. Em qualquer exame que se faça, um conceito se destaca e predomina: o conceito de risco. Este conceito muda conforme o contexto e a instituição. Para ser possível apresentar a sociedade de risco visualizada por Beck, antes de mais nada, é necessário adentrar em seu próprio conceito de risco.

Os críticos de Ulrich Beck afirmam que ele não primou por uma definição clara de seus conceitos operatórios.¹⁷ O conceito de risco tem uma natureza multidimensional no pensamento de Beck. Segundo Gabe Mythen¹⁸, uma tentativa de restringir as diversas acepções do risco seria infrutífera, pois iria apartar-nos da compreensão não só da tese, bem como do próprio espírito da Sociedade de Risco.

Não obstante as críticas, é possível encontrar na pesquisa de Ulrich Beck aportes conceituais suficientes para explicar as acepções que englobam a sociedade de risco: os riscos, as ameaças e as incertezas fabricadas.

A toda evidência, o conceito de risco empregado por Ulrich Beck não tem o mesmo sentido do que aquele que lhe foi atribuído pela História. Como explica Anthony Giddens,¹⁹ a ideia de risco foi utilizada pela primeira vez por exploradores ocidentais quando se aventuravam em novas águas nas suas viagens pelo mundo. A palavra refere-se a um mundo em que o ser humano está, ao mesmo tempo,

¹⁶ GIDDENS, Anthony. **Sociology**. Cambridge: Polity Press, 2009, p. 194

¹⁷ Ver MARTINEZ-ALIER, Joan, Conflitos de distribuição ecológica num contexto de incerteza. **Razão Tempo e Tecnologia**: Estudos em Homenagem a Hermínio Martins, Lisboa, ICS, 2006, pp. 411-439

¹⁸ MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck**: A Critical Introduction to Risk Society, London, Pluto Press, 2004, p.

15

¹⁹ GIDDENS, Anthony. **The Consequences of Modernity**. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 3

buscando explorar e controlar. Não possui ela o mesmo sentido de “ousadia e aventura” que pode ser inferido no início da era industrial.

Com efeito, François Ost²⁰ estabelece três momentos para o risco. No primeiro, o risco assume a forma de acidente, um acontecimento exterior e imprevisível para a sociedade burguesa-liberal do século XIX. Em um segundo tempo, o risco está associado à noção de prevenção, tendo como proposta a redução de probabilidade e gravidade. No momento atual, o risco assume uma figura de algo catastrófico, de certo modo previsível, mas que frustra a capacidade de prevenir, conduzindo a uma incerteza geral.

O que distingue os riscos históricos dos riscos associados à contemporaneidade é, nomeadamente, o seu alcance: enquanto o risco assumido pelos navegadores do século XV se revestia de implicações de natureza estritamente pessoal, o risco atual, por sua própria natureza, caracteriza-se pela sua dimensão global e pelas consequências que pode causar à humanidade.²¹

Estar em risco é a característica mais importante da humanidade no início do século XXI.²² O risco não se resume a ser um conceito operativo capaz de descrever a sociedade em que vivemos. Ele constitui uma abordagem metodológica que nos permite orientar a existência na sociedade atual. Risco, ameaça e incerteza fabricada podem ser diferenciados em termos típico-ideais, isto é, teoricamente, em definições bem delimitadas, mas, na realidade, se entrecruzam e se misturam²³. Se antigamente as sociedades eram ameaçadas por riscos externos, como secas, terremotos, fomes e tempestades, esses eventos surgiam do mundo natural e não estavam relacionados com as ações humanas. Hoje, porém, as sociedades são confrontadas com riscos que são criados pela interferência do conhecimento e tecnologias humanas no mundo natural²⁴, o que torna, por conseguinte, mais difícil o enquadramento desses conceitos sob rótulos específicos.

²⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 324-325.

²¹ GIDDENS, Anthony. **The Consequences of Modernity**. Cambridge: Polity Press, 1996, p.

²² BECK, Ulrich. Living in the world risk society. **Economy and Society**. Volume 35, Number 3 August, 2006: p.329-345

²³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 362 Nesse ponto, convém destacar que o próprio Mythen reconhece que os riscos da contemporaneidade possuem uma maior mobilidade e são mais oblíquos do que as suas formas predecessoras. Cf. MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck: A Critical Introduction to Risk Society**, London, Pluto Press, 2004, p. 18

²⁴ GIDDENS, Anthony. **Sociology**. Cambridge: Polity Press, 2009, p. 193

Como explica Beck,²⁵ no risco se exprime um componente futuro. Este se baseia em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em uma parte numa perda geral de confiança ou num suposto “amplificador do risco”, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje. Nas palavras de Anthony Giddens,²⁶ surge “um novo risco em arriscar”. Uma vez que as novas tecnologias estão paulatinamente afetando as nossas vidas, e uma quase interminável revisão das formas tidas como certas no modo de proceder desponta, o futuro nos absorve cada vez mais, mas se torna obscuro ao mesmo tempo.

Segundo Luhmann,²⁷ o risco surge quando os possíveis danos ocorrem em consequência da ação ou da tomada de decisão e consiste, na prática, um problema em torno da decisão e que envolve um ato de comunicação futuro. Assim, os riscos indicam um futuro causado por meio de um ato decisório, mas que precisa ser evitado.

Desse modo, pela ótica da tomada de decisão, é possível dizer que os riscos são, ao mesmo tempo, reais e irreais. Isso porque o núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no **futuro**. Em outras palavras, o risco pode ser mínimo hoje, mas irremediável amanhã. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Logo, sociedade deve se tornar ativa hoje a fim de evitar e mitigar problemas ou crises do porvir, tomando precauções e implementando medidas preventivas em relação a esses riscos.

Como resultado, podemos definir os riscos como futuros potenciais, humanamente produzidos através da ciência e da tecnologia, por meio de atos decisórios, que se desenvolveram no projeto da modernidade. E, no seu centro, encontram-se as incertezas fabricadas.²⁸

As incertezas fabricadas são os riscos criados pela própria transformação do desenvolvimento humano, especialmente pela evolução da ciência e da tecnologia. O risco fabricado refere-se aos novos riscos do meio ambiente, natural ou artificial,

²⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 39

²⁶ GIDDENS, Anthony. Risk and Responsibility. **The Modern Law Review**, V.62, n.1, 1999, p. 4

²⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992. p. 37-38.

²⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 363-364

para os quais a história nos proporciona pouquíssima experiência prévia e, portanto, não sabemos como calculá-los com precisão em termos de previsões probabilísticas.²⁹

Orbitando os riscos, é possível localizar as ameaças, que não são humanamente fabricadas. Elas são produzidas pela natureza, mas estão sujeitas ao processo de decisão humana e, portanto, ao modelo de probabilidade e previsibilidade do risco.

Em suma, é possível concluir que risco é uma categoria que comporta as incertezas fabricadas. Ambas são oriundas de ações humanas, distinguindo-se pelo grau de probabilidade que podem ser percebidas. Já as ameaças são produzidas pela natureza, mas também podem ser percebidas conforme o grau de calculabilidade da encenação do futuro.

A atividade humana, alicerçada ao domínio do homem sobre os recursos naturais, substitui gradualmente o elemento natural como causa da produção dos riscos, e a percepção dos mesmos começa a excluir quase por completo o âmbito divino para a sua explicação. Por esse motivo, todas as três interpenetram-se ao longo do tempo, já que o seu grau de percepção se altera rapidamente conforme surgem os efeitos das tomadas de decisão humana.

Ainda, é preciso destacar que, segundo Philip Walsh, a percepção do risco é um fenômeno construído socialmente.³⁰ Para ser reconhecido como tal, é preciso que ele passe por um processo de construção e de reconhecimento social. Conforme ensina Mythen³¹, a compreensão e a percepção do risco variam conforme o tempo, o lugar, o contexto cultural, e o nível de informação que os indivíduos possuem sobre o risco. Nessa medida, a percepção e a construção do risco são construções arbitrárias, sujeitas ao contexto social de cada sociedade e sua relação com o risco.

A percepção dos riscos e incertezas caracteriza-se por três aspectos: a deslocalização, a incalculabilidade, e a não compensabilidade.³²

²⁹ GIDDENS, Anthony. Risk and Responsibility. **The Modern Law Review**, V.62, n.1, 1999, p. 4

³⁰ WALSH, Philip. Risk and new realities: social ontology, expertise and individualization in the risk society. In CURRAN, Dean (org.) **Handbook on Risk and Inequality**. United Kingdom: Elgar Publishing, 2022, p. 129

³¹ MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck: A Critical Introduction to Risk Society**, London, Pluto Press, 2004, p.

14

³² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 363

A deslocalização geográfica significa que as suas consequências não estão limitadas a uma determinada localização ou espaço geográfico. Os riscos contemporâneos não conhecem fronteiras e ultrapassam, na maior parte dos casos, o âmbito jurídico-político do Estado.

A incalculabilidade refere-se às suas consequências, que são imprevisíveis e incalculáveis. Os mecanismos de avaliação de risco que possuímos atualmente só nos permitem traduzir o risco sob a forma de probabilidade.

Por fim, a não compensabilidade significa que os possíveis efeitos gerados pelos riscos rompem com todos os esquemas de segurança, reparação e compensação de danos criados pela modernidade clássica, e sobretudo, pelo tradicional regime de responsabilidade civil. A dimensão que as suas consequências podem atingir faz com que seja impossível determinar uma forma de compensação adequada.

Ao observar que a transformação dos modelos tecnocientífico e de produção trouxeram o alargamento do risco para a realidade, concluir-se pela inadequação da função reparatória da responsabilidade civil³³ para atender juridicamente a este novo momento civilizatório. Assim, a lógica da compensação encontra em colapso na sociedade de risco, e é substituída pelo princípio da “precaução pela prevenção”.³⁴

Isso porque as percepções em relação à medida na qual o risco é aceitável e à percepção do risco diferem para aquele que se vê a si próprio como tomador de decisão ou como parte envolvida. E, quanto mais a percepção do futuro da sociedade moderna adentra o horizonte da dependência da tomada de decisões, mais nitidamente pronunciada se torna a lacuna entre os tomadores de decisões e as partes envolvidas; assim, é preciso reconhecer mais nitidamente que os instrumentos jurídicos e financeiros de regulamentação designados para lidar com os mais diferentes problemas já não são suficientes.³⁵ Em um mundo cheio de pretensões de conhecimento e probabilidades contestadas, torna-se difícil definir

³³ BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: L.G.G.J., 2005, p. 18

³⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 364

³⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 189.

qual é o nível de risco aceitável, e como pode ser definida uma prova suficiente para estabelecer o nexo de causalidade.³⁶

A prevenção e manejo dos riscos envolvem uma reorganização do poder e da responsabilidade jurídica até então conhecida. Especificamente para as relações de emprego, se faz necessário, antes compreender como ocorrem também as relações de poder entre empregado e empregador, a fim de aprofundar o debate sobre a oposição entre controle e vigilância e a privacidade.

1.2 A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL, O MUNDO DO TRABALHO 4.0 E A SOCIEDADE 5.0

A revolução tecnológica pela qual temos passado desde a década de 80 não é mais uma novidade. No entanto, foi apenas em 2011 na Alemanha, na feira de Hannover, que foi cunhado o termo “indústria 4.0” para descrever como as tecnologias digitais estão causando rupturas à Terceira Revolução Industrial, e como isso irá revolucionar a organização das cadeias globais e de valor.³⁷ Após a publicação do livro “A Quarta Revolução Industrial” por Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, em 2018, o termo se popularizou, e a comunidade internacional passou a denominar “Mundo do Trabalho 4.0” o cenário no qual as riquezas e os riscos são produzidos.

Paralelamente, foi desenvolvido o conceito de Sociedade 5.0 no Japão, como forma de direcionar as contínuas mudanças tecnológicas para beneficiar todos os seus cidadãos. Foi em 2015 que este conceito surgiu no âmbito do Quinto Plano Básico de Ciência e Tecnologia (2016-2021),³⁸ promovido pelo então primeiro-ministro Shinzo Abe. Foi também na feira de Hannover, no ano de 2017, que Shinzo Abe exibiu este modelo para o mundo.³⁹ Com o objetivo de abordar os desafios expostos pela Quarta Revolução Industrial, e como uma solução desenvolvida para

³⁶ GIDDENS, Anthony. Risk and Responsibility. **The Modern Law Review**, V.62, n.1, 1999, p. 8

³⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 19

³⁸ JAPÃO. Relatório sobre o Quinto Plano Básico de Ciência e Tecnologia, dez. 2015, p. 1. Disponível em https://www8.cao.go.jp/cstp/kihonkeikaku/5basicplan_en.pdf. Acesso em 30 de julho de 2023.

³⁹ NARVAEZ ROJAS, C.; ALOMIA PEÑAFIEL, G.A.; LOAIZA BUITRAGO, D.F.; TAVERA ROMERO, C.A. Society 5.0: A Japanese Concept for a Superintelligent Society. **Sustainability**, 13, 6567, 2021, p. 7

ser centrada no ser humano, a Sociedade 5.0 passou a promover a criação de um cenário denominado Indústria 5.0, no qual humanos e robôs passarão a colaborar em um ambiente de trabalho compartilhado.⁴⁰

Além disso, é importante destacar que, posteriormente, a pandemia global da COVID-19, declarada oficialmente em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde-OMS,⁴¹ causou e tem causado profundas alterações no mundo do trabalho. Segundo a Organização Internacional do Trabalho-OIT,⁴² além da ameaça à saúde pública, a pandemia acarreta impactos econômicos e sociais que afetam os meios de subsistência e o bem-estar de milhões de pessoas no longo prazo, exigindo o desempenho de um papel fundamental no combate ao surto do vírus, garantindo tanto a segurança das pessoas, como a sustentabilidade das empresas e dos empregos.

Desse modo, a fim de compreender como se estabelecem as relações de poder, controle e vigilância entre empregador e empregado no atual cenário de Quarta Revolução Industrial e Sociedade 5.0, inicialmente será realizado o histórico das revoluções industriais até chegarmos à Quarta Revolução Industrial. Posteriormente, serão analisados alguns dos principais problemas que envolvem a tecnologia e a utilização de dados dos empregados no palco do Mundo do Trabalho 4.0, para então tecer comentários acerca das soluções idealizadas pela Sociedade 5.0.

Notoriamente, o desenvolvimento de novas tecnologias e a evolução do trabalho caminham lado a lado. A tecnologia teve uma influência poderosa no funcionamento das organizações a partir da Revolução Industrial.⁴³ A palavra “revolução” denota mudança abrupta e radical. Em nossa história, as revoluções têm ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo

⁴⁰ HUANG, Sihan; WANG, Baicun; LI, Xingyu; ZHENG, Pai; MOURTZIS, Dimitris; WANG, Lihui. Industry 5.0 and Society 5.0—Comparison, complementation and co-evolution, **Journal of Manufacturing Systems**, Volume 64, 2022, p. 424

⁴¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020**. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

⁴² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **COVID-19 e o mundo do trabalho**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/covid-19/lang--pt/index.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

⁴³ BARZOTTO, Luciane Cardoso; SICILIANI, Bruna Casimiro. Teletrabalho, sustentabilidade e proteção de dados: “novos” direitos fundamentais laborais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel. (Org.). **Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação**. Porto Alegre: Editora Fênix, 2020, p. 275

desencadeiam não apenas uma mera aceleração do crescimento econômico, mas uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos.⁴⁴

A Revolução Industrial foi o primeiro marco revolucionário, aproximadamente entre 1760 e 1840, provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, que trouxe a tecnologia mecânica para substituir os processos manuais. A Segunda Revolução Industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX trazendo como inovação a eletricidade e o desenvolvimento dos bens de consumo através da produção em massa, de forma a otimizar não apenas os processos produtivos como os domésticos, tornando o tempo um valioso recurso econômico e não renovável⁴⁵.

Embora o desenvolvimento tecnológico seja sempre a plataforma básica na qual o desenvolvimento das organizações é impulsionado, foi a invenção do computador na metade do século XX que permitiu que as organizações passassem a apresentar as atuais características de automatização e automação de suas atividades⁴⁶. Ao mesmo tempo, a Terceira Revolução Industrial, também conhecida como Revolução Informacional, começou na década de 1960 e unificou a eletrônica e a indústria, aprimorando antigas invenções e desenvolvendo cibernética e, por conseguinte, a informática, a robótica, e tecnologia de informação, impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em *mainframe*, da computação pessoal e da internet.⁴⁷

Embora há muito tempo já se discutisse o impacto das novas tecnologias na indústria e no trabalho, e já se falasse em uma nova revolução industrial,⁴⁸ foi apenas com a publicação do livro de Klaus Schwab que passou a se falar em Revolução 4.0. Ela teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital. É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais

⁴⁴ HOBBSAWN, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 33

⁴⁵ BARZOTTO, Luciane Cardoso; SICILIANI, Bruna Casimiro. Teletrabalho, sustentabilidade e proteção de dados: “novos” direitos fundamentais laborais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel. (Org.). **Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação**. Porto Alegre: Editora Fênix, 2020, p. 275

⁴⁶ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. São Paulo: Editora Manole, 2014, p. 414

⁴⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 19

⁴⁸ Nesse sentido, TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Nuevas Tecnologías, Intimidación y Protección de Datos con estudio sistemático de la Lei Orgánica 15/1999**, Madrid: Edisofer, 2001, p.21-22

poderosos que se tornaram mais baratos, e pela inteligência artificial e “aprendizagem automática”, também chamada de aprendizado de máquina.⁴⁹

Dentre as características mais marcantes desta última revolução, Schwab⁵⁰ destaca as novas descobertas que ocorrem simultaneamente, em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. Assim, para este autor, o que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físico, digitais e biológicos, tornando cada vez mais tênue a linha que separa o mundo digital e o mundo biológico.

Perez Luño já havia alertado na década de 80 que o caminho para esta “civilização tecnológica” está afetando profundamente as condições de vida humana, e se, para alguns, a humanidade está assistindo a uma “radical transformação antropológica”, para outros, menos radicais, estamos presenciando uma “metamorfose parcial da natureza humana”.⁵¹

Klaus Schwab⁵² aponta que estamos desenvolvendo novas maneiras de incorporar e empregar dispositivos que monitoram nossos níveis de atividade, nossa composição sanguínea e relacionar tudo isso a produtividade, a saúde mental e ao bem-estar em casa e no trabalho. Também estamos aprendendo muito mais sobre o funcionamento do cérebro humano e vendo evoluções no campo da neurotecnologia. Isso é enfatizado pelo fato de que, ao longo dos últimos anos entre os programas de pesquisa que receberam os maiores financiamentos no mundo, dois deles fazem parte da neurociência.

Quando se fala nas novas tecnologias aplicadas ao mercado de consumo, especialmente quanto à segmentação dos bens de consumo e a sua promoção, os dados pessoais dos cidadãos converteram-se em um fator vital para a engrenagem da economia da informação. E, com a possibilidade de organizar tais dados de maneira mais escalável (como, por exemplo, através de Big Data⁵³), criou-se um mercado novo, cuja base de sustentação é a sua extração e *comodification*. Há uma

⁴⁹ M. M. Nair, A. K. Tyagi and N. Sreenath, "The Future with Industry 4.0 at the Core of Society 5.0: Open Issues, Future Opportunities and Challenges," **2021 International Conference on Computer Communication and Informatics (ICCCI)**, Coimbatore, India, 2021, p.2

⁵⁰ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 19

⁵¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: el impacto sócio-jurídico de las N.T. de la información**. Fundesco, Madrid, 1987, p. 21

⁵² SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 34

⁵³ Big Data são dados com maior variedade que chegam em volumes crescentes e com velocidade cada vez maior, oriundos de novas fontes.

“economia de vigilância” que tende a posicionar o cidadão como um mero expectador das suas informações.⁵⁴

Os clientes potenciais podem ser identificados com base em sua disponibilidade para compartilhar dados e interagir. Tanto é assim que um dos, senão o principal “bem de produção” da economia global no âmbito da Quarta Revolução Industrial são os dados, agora chamados de “bens de informação”⁵⁵.

Assim, com o avanço tecnológico, permitiu-se a criação de perfis cada vez mais intrusivos sobre o potencial consumidor, monitorando-se constantemente o seu comportamento, a ponto de inferir, até mesmo, o seu estado emocional para correlacioná-lo à mensagem publicitária,⁵⁶ o que motivou a transformação de seus bancos de dados em bens informacionais tão valiosos quanto os produtos e serviços que são oferecidos.

Os benefícios da tecnologia para os consumidores parecem ser muitos. Entretanto, os desafios criados pela quarta revolução industrial concentram-se principalmente no lado da oferta: no mundo do trabalho e da produção.⁵⁷ Passar-se-á a focar, neste momento, no palco de uma das dimensões mais cruciais: o emprego,⁵⁸ e as soluções propostas pela Sociedade 5.0.

A nova revolução tecnológica está provocando mais agitações do que as revoluções industriais anteriores devido à velocidade, à amplitude e profundidade, e à transformação completa que vem exigindo de sistemas inteiros. Dentre eles, encontramos o mundo do trabalho.

As novas tecnologias mudaram drasticamente a natureza do trabalho em todos os setores e ocupações. A disseminação da automação provoca um intenso debate entre especialistas em relações laborais sobre o impacto das novas tecnologias sobre os trabalhadores, sobre suas habilidades, e sobre o seu nível de

⁵⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 39

⁵⁵ Ver SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 21

⁵⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 65

⁵⁷ SHATURAEV, Jakhongir. "Economies and management as a result of the fourth industrial revolution: An education perspective." **Indonesian Journal of Educational Research and Technology**, vol. 3.1, 2022, p. 57

⁵⁸ Nem todas as relações de trabalho se enquadram como relação de emprego. Para o Direito brasileiro, emprego é uma espécie de relação de trabalho que ocorre entre empregado e empregador, caracterizada pela prestação pessoal de serviços, de forma não eventual e subordinada, mediante o pagamento de salário (arts. 2º e 3º da CLT).

comprometimento com o trabalho.⁵⁹ A incerteza fundamental tem a ver com a quantidade de postos de trabalho que serão substituídos pela automação. Em outras palavras, a automação deixa de ser um risco para ser uma incerteza fabricada. A questão não diz mais respeito sobre **se** a automação irá atingir os postos de trabalho, mas sim **quando**.

Para que se possa começar a compreender esse fenômeno, diz Klaus Schwab que precisamos entender os dois efeitos concorrentes que a tecnologia exerce sobre os empregos. O primeiro: há um efeito destrutivo que ocorre quando as rupturas alimentadas pela tecnologia e a automação substituem o trabalho por capital, forçando os trabalhadores a ficarem desempregados ou a realocar suas habilidades em outros lugares⁶⁰. O segundo:⁶¹ o efeito destrutivo vem acompanhado por um efeito capitalizador, em que a demanda por novos bens e serviços aumenta, levando à criação de novas profissões, empresas e até mesmo indústrias. O importante aqui é o tempo e o alcance em que o efeito capitalizador consegue suplantar o efeito destruidor e a velocidade dessas substituições. Ou seja, quando. Eis aí a nova questão.

Däubler já escreveu sobre esse cenário na década de oitenta. Dizia o autor⁶² que estas novas tecnologias têm duas características que as tornam uma verdadeira novidade: em primeiro lugar, a capacidade de se tornarem especialmente perigosas e apresentarem um quociente de risco que origina uma série de questões novas; e a segunda característica, "que não é menos dramática que a primeira" e está relacionada com a capacidade de substituição do trabalho intelectual pela máquina e o conseqüente desemprego. Isso porque a substituição do trabalho mental por equipamentos informatizados e microprocessadores reduz o volume de trabalho necessário e, com isso, o número de postos de trabalho.⁶³

Diferentes categorias de trabalho, particularmente aquelas que envolvem um trabalho mecânico repetitivo ou trabalho manual de precisão, já estão sendo automatizadas. Schwab⁶⁴ explica que outras categorias seguirão o mesmo caminho,

⁵⁹ GIDDENS, Anthony. **Sociology**. Cambridge: Polity Press, 2009, p. 905

⁶⁰ MHLANGA, D. Stakeholder Capitalism, the Fourth Industrial Revolution (4IR), and Sustainable Development: Issues to Be Resolved. **Sustainability**, 14, 3902, 2022, p. 9

⁶¹ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 45

⁶² DÄUBLER, Wolfgang. Nuove tecnologie: un nuovo Diritto del Lavoro. **GDLRI**, nº 25, 1986, p. 65-66

⁶³ DÄUBLER, Wolfgang. **Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha**. São Paulo, LTR, 1997, p.

216

⁶⁴ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 46

enquanto a capacidade de processamento continuar a crescer exponencialmente. Antes do previsto pela maioria, o trabalho de diversos profissionais diferentes poderá ser parcial ou completamente automatizado, a saber, advogados, analistas financeiros, médicos, jornalistas, computadores, corretora de seguros ou bibliotecários. Como abordaremos no próximo tópico, a pandemia de COVID-19 forçou e avançou a automação de vários segmentos, nomeadamente, o da medicina, cuja regulamentação da telemedicina está vindo a galope.⁶⁵

Ao pensar sobre a automação e o fenómeno da substituição, diz Klaus Schwab que devemos resistir à tentação de polarizar nossos raciocínios sobre os impactos da tecnologia e em relação ao emprego e ao futuro do trabalho.⁶⁶ Advoga ele que, na maioria dos casos, a fusão das tecnologias digitais físicas e biológicas que causa as alterações atuais servirá para aumentar o trabalho e a cognição humana: é o chamado transumanismo. Em outras palavras, implementação de nanotecnologias inseridas no corpo biológico permitira que softwares e algoritmos nele instalados pudessem realizar o trabalho que um ser humano comum não seria capaz.

Ocorre que o transumanismo defendido pelo autor se mostra incompatível com o futuro almejado pela Sociedade 5.0, que defende a centralidade no ser humano.⁶⁷ Essa questão releva, assim, profundo significado do que é ser humano, e levanta novos problemas que não serão trabalhados nesta pesquisa, mas que se mostram importantes pontuar: em que medida um ser humano, dotado de modificações tecnológicas em seu corpo, continuará a manter o status de “ser humano”? Além disso, quais são os limites éticos de se extrair os dados neurobiológicos de um indivíduo superdotado, por exemplo, com o objetivo de alimentar o aprendizado de uma inteligência artificial para que esta possa substituir outros seres humanos em sua atividade cognitiva e laboral? Será que vale mesmo qualquer coisa, inclusive a objetificação do ser humano, com o objetivo de supostamente melhorar as condições de vida e de saúde da humanidade?

⁶⁵ Em 16.4.2020, o Congresso Nacional publicou a Lei nº 13.989/2020, que autorizou a telemedicina em caráter emergencial e permitiu o atendimento virtual, mesmo sem qualquer possibilidade de exame físico presencial.

⁶⁶ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 47-48

⁶⁷ BÜYÜKBİNGÖL, Abdulkadir, Maral, Taylan. A Criticism of Transhumanism from the Society 5.0 Perspective in the Context of Social Values. **Ilahiyat Studies**, vol 14 / 1, July 2023, p. 198

Pois bem, segundo Frey e Osborne,⁶⁸ o grande impacto da quarta revolução industrial sobre os mercados de trabalho e locais de trabalho em todo o mundo é quase inevitável. Eles estimaram que metade dos trabalhos será alterada nos próximos anos por causa das novas tecnologias, com muitos deles desaparecendo ao mesmo tempo.

Atualmente, a economia sob demanda está alterando de maneira fundamental a relação do ser humano com o trabalho e o tecido social no qual ele está inserido. A economia global passou a exigir uma força de trabalho "flexível", forçando com que os trabalhadores deixem de possuir uma "carreira de uma vida inteira" para se tornarem "trabalhadores de portfólio". Isto é, profissionais autônomos, detentores de uma série de diferentes habilidades de trabalho e de credenciais, que se moverão entre vários tipos de trabalhos durante o curso de suas vidas.⁶⁹

Esse tipo de trabalho está sendo oferecido atualmente por meio das plataformas digitais, por vezes chamadas de "nuvem humana" pelos empregadores.⁷⁰ Essa é a nova economia sob demanda, em que os prestadores de serviço não são mais empregados no sentido tradicional, mas são trabalhadores bastante independentes que realizam tarefas específicas. Isso cria um grande problema social e jurídico, uma vez que, como essas plataformas de "nuvem humana" classificam os trabalhadores como autônomos, elas estão, no momento, livres da obrigação de pagar salários mínimos, tributos e benefícios sociais.

Perez Luño⁷¹ aponta que a revolução tecnológica é um fato inevitável e irreversível. As suas consequências possuem uma grande ambivalência, podendo ser utilizadas para o bem e para o mal. Porém, é da responsabilidade de todos conduzir o progresso tecnológico para "objetivos de paz, justiça, progresso e liberdade", e isso implica, necessariamente, em um mundo do trabalho mais justo, igualitário e fraterno para todos.

Com o objetivo de criar um ambiente centrado no ser humano, o governo japonês desenvolveu o conceito de Sociedade 5.0. Trata-se de uma visão de uma sociedade futura, guiada por inovação tecnológica e científica, que visa evoluir a

⁶⁸ FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. Osborne. The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? **Technological Forecasting and Social Change**, Volume 114, 2017, p. 254-280

⁶⁹ GIDDENS, Anthony. **Sociology**. Cambridge: Polity Press, 2009, p. 920

⁷⁰ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 56

⁷¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: el impacto sócio-jurídico de las N.T. de la información**. Fundesco, Madrid, 1987, p. 16

indústria para ser resiliente, sustentável, e, sobretudo, centrada no ser humano, afastando os problemas que se propagam no atual estágio da Indústria 4.0 e do padrão de vida hodierno.⁷²

Um dos constituintes significativos que moldam esta próxima etapa social é a forma como são tratados os dados pessoais.⁷³ É possível pensar em riscos econômicos se transformando em políticos, como, por exemplo, um aumento acentuado do desemprego devido à automação e a evolução da inteligência artificial que processa esses dados, levando a situações de alarme social, ou de riscos tecnológicos se transformando em sociais, como a questão de rastreamento de telefones celulares durante a pandemia de COVID-19, provocando uma reação da sociedade sobre questões de privacidade.⁷⁴ Por fim, a questão nos conduz à dimensão jurídica sobre qual é a responsabilidade dos atores sociais que promovem essas mudanças tecnológicas na vida da humanidade, afetando a economia e o emprego, e quais as medidas que podem ser a eles imputada para prevenir que todos esses riscos ocorram e se tornem danos irremediáveis à pessoa humana.

Para resumir, a velocidade e amplitude da evolução tecnológica e continua a ser notável. Entretanto, essa mesma tecnologia acentuar um dos maiores desafios sociais e individuais colocados por ela: a privacidade.

⁷² HUANG, Sihan; WANG, Baicun; LI, Xingyu; ZHENG, Pai; MOURTZIS, Dimitris; WANG, Lihui. Industry 5.0 and Society 5.0—Comparison, complementation and co-evolution, **Journal of Manufacturing Systems**, Volume 64, 2022, p. 425

⁷³ M. M. Nair, A. K. Tyagi and N. Sreenath, "The Future with Industry 4.0 at the Core of Society 5.0: Open Issues, Future Opportunities and Challenges," **2021 International Conference on Computer Communication and Informatics (ICCCI)**, Coimbatore, India, 2021, p.3

⁷⁴ Sobre esse assunto, ver o artigo Grantz, K.H., Meredith, H.R., Cummings, D.A.T. *et al.* The use of mobile phone data to inform analysis of COVID-19 pandemic epidemiology. **Nature Communications** 11, 4961 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41467-020-18190-5> e a reportagem THE GUARDIAN. Mobile phone industry explores worldwide tracking of users. Disponível em <https://www.hrw.org/news/2020/05/13/mobile-location-data-and-covid-19-qa> Acesso em 27 de outubro de 2021

1.3 A PRIVACIDADE E A VIGILÂNCIA SOB O PONTO DE VISTA HISTÓRICO

1.3.1 Entre o público e o privado: uma questão de alocação do poder

Os alvoreceres da sociedade de risco e da quarta revolução industrial já estão colocando à prova um de seus maiores desafios: a privacidade. O debate sobre o que é público e o que é privado sempre foi e sempre continuará a ser uma questão em evidência. De modo a entender como a balança pende e penderá neste novo cenário social e, especialmente, no mundo do trabalho 4.0, é necessário retomar a origem da sua divisão e da sua definição, o que exige uma revisitação à história.

A organização dos espaços públicos e privados através da construção das cidades e dos domicílios, que se caracterizam como os espaços privados por excelência, reflete-se na estrutura de poder e organização do próprio Direito. Ocorrerá assim, na sequência dos acontecimentos, a organização das duas grandes áreas do Direito, que não por acaso receberam o nome de direito público e de direito privado. Este tema especificamente será desenvolvido melhor no próximo capítulo. Por ora, permanecer-se-á nos pressupostos que estão moldando a mentalidade deste novo paradigma.

Partimos da metodologia já desenvolvida na dissertação de mestrado,⁷⁵ que realizou estudo interdisciplinar entre direito, história, e antropologia, fundamentada pelas ideias de Paolo Grossi, que sofreu a influência dos historiadores da Escola dos *Annales* para compor sua historiografia jurídica, dentre eles, Marc Bloch, Georges Duby, e Jacques Le Goff, grandes nomes da *nouvelle histoire* e da história das mentalidades, duas correntes que pregam o uso da antropologia, da etnologia e das ciências sociais para a análise simbólica e cultural das mentalidades para a construção histórica de determinadas sociedades. Reconhecendo que o Direito é uma mentalidade, Paolo Grossi⁷⁶ defende um estudo da história do direito mais

⁷⁵ SICILIANI, Bruna Casimiro. **Os desafios para o método do "resgate do jurídico" em Paolo Grossi**: a proposta das narrativas simbólicas da história em Duby e da antropologia em Dumézil. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

⁷⁶ "Aos novos historiadores que amam insistir nos termos "civilização" e "mentalidade", conectando-os estreitamente, gostaria de dizer: o direito é, antes de tudo, uma mentalidade; os institutos jurídicos

aproximado às áreas da história e da antropologia. Para tanto, propõe-se essa análise do público e do privado mediante o cotejo das dimensões histórica, social e jurídica.

A noção de público e privado, “vida pública” e “vida privada”, nos remete a estados e valores demasiado heterogêneos de uma época a outra, de uma sociedade para outra, não tendo o mesmo sentido inclusive em todos os meios sociais.⁷⁷ Não há uma evolução linear, regular e unívoca.⁷⁸ A vida privada não é uma realidade natural, dada desde a origem dos tempos: é uma realidade histórica e jurídica, construída de diversas maneiras por sociedades determinadas.⁷⁹ Não existem limites entre a esfera pública e a esfera privada, mas sim um recorte variável da atividade humana por meio de diversas lentes.

Não obstante, teremos que fazer como fez Camões,⁸⁰ começar *in media res*. Isso porque a noção de Estado e das definições de direito público e de direito privado foram formadas pela modernidade. Para compreender a maneira como se traça a fronteira entre os domínios do privado e as competências das autoridades públicas e comunitárias, é necessário observar essas relações de poder.

Os historiadores são unânimes⁸¹ em afirmar que os limites móveis da esfera do privado — quer abranja a quase totalidade da vida social, quer, ao contrário, se restrinja ao foro íntimo, doméstico e familiar — dependem antes de tudo da maneira como se constitui, em doutrina e em poder, a autoridade pública e, em primeira instância, aquela reivindicada e exercida pelo Estado. E, pois, a progressiva construção do Estado moderno — nem sempre absolutista, mas em toda parte administrativo e burocrático — que se revela condição necessária para se poder

são antes de tudo uma mentalidade". In: GROSSI, Paolo. História social e dimensão jurídica. *In: Meritum*. Belo Horizonte, v. 4, n. 2, jul./dez. 2009, p. 18-19

⁷⁷ Nesse sentido, a partir da dimensão histórica: ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) *História da vida privada*, 3: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 9 e PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada**, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 15

⁷⁸ Nesse sentido, a partir da dimensão histórica: Sobre o tema, *História da Vida Privada*, vol. 3, p. 398

⁷⁹ No mesmo sentido, DECKER, Micheline. **Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français, allemand et anglais**, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 17

⁸⁰ CAMÕES, Luís Vaz de. **Os Lusíadas**. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

⁸¹ Ver CASTAN, Yves. LEBRUN, François. CHARTIER, Roger. Figuras da modernidade. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada**, 3: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 28

definir, pensar como tal ou apenas vivenciar de fato um privado doravante distinto de um público claramente identificável.

Ora, Roma não possuía um Estado, no sentido de Estado moderno. Quando se fala na sociedade política romana, deve-se entendê-la como a *civitas*, a *res publica*. Os romanos não conheciam a dicotomia moderna entre direito público e direito privado. Se, para a modernidade, o direito público é o direito do Estado, para os romanos, o *ius publicum* é direito do povo romano.⁸² Por esse motivo, não é possível traçar um paralelo com a modernidade, uma vez que o sentido e o alcance das expressões são condicionados historicamente pelo valor que lhes foram atribuídas.

Semelhante é a observação de Pietro Bonfante,⁸³ que assinala a existência, nas fontes romanas, de normas que, disciplinando relações entre particulares, são chamadas, apesar disso, de direito público. Nessa mesma esteira, Emilio Costa⁸⁴ leciona que o adjetivo *publicum*, em latim, significa o que é afeto ao *populus*, isto é, a um coletivo organizado, ao *civitas*. Em outras palavras, o *ius publicum* traduz a ideia de tudo o que é conexo com o *populus*.

Não bastassem esses diferentes contornos entre a antiguidade clássica e a modernidade, convém ressaltar ainda que os impérios que se instalaram na Gália no século V, isto é, os visigodos, burgúndios e francos, possuíam uma cultura completamente diferente. E embora tenham tentado imitar o Império Romano,⁸⁵ não conseguiram por não experimentarem a mesma realidade.

Obviamente, se trata de culturas e formações sociais diferentes. O Império tardio de Roma havia glorificado a *res publica* e desenvolvido o direito para criar a paz, evitar a guerra, buscar a salvação pública e o bem comum. Por sua vez, os germanos reuniam seus interesses privados em pequenos grupos coletivos, as livres associações, que chamaram de *Genossenschaft*.⁸⁶ Uma “confusão mental entre o

⁸² NOCERA, Guglielmo. **Ius publicum**: (D. 2, 14, 38). Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle regulae iuris. Roma: Edizioni Italiane, 1946, p. 258

⁸³ BONFANTE, Pietro. **Instituciones de derecho romano**. Madrid, Reus, 1979, p. 13

⁸⁴ COSTA, Emilio. **Derecho romano publico y privado**. Madrid: Editorial Reus, 1930, p. 1

⁸⁵ ROUCHE, Michel. Alta Idade Média Ocidental. In: VEYNE, Paul. **História da vida privada, 1**: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 408

⁸⁶ Sobre o tema, indica-se a obra de GIERKE, Otto von. **Das deutsche Genossenschaftsrecht: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft**, vol. 1. Berlin: Weidmann, 1868.

público e o privado”,⁸⁷ para quem está acostumado com a clássica tradição romanista.

Se a antiguidade clássica romana foi marcada pelo desenvolvimento da *res publica*, a época feudal organizou-se em torno do *privatus*. Então, já que se trata de definir não o conjunto do privado, mas a vida privada por oposição à vida pública, a primeira observação que se faz é que essa oposição é uma questão de lugar.⁸⁸

Nesse sentido, a área da vida privada seria o espaço doméstico circunscrito por um recinto. A família pertence convencionalmente à esfera privada, contraposta à esfera pública, superada por uma organização completa, que é a cidade.⁸⁹ Contudo, é importante notar que existem graus na reclusão, que a noção de vida privada é de fato relativa, pois que se passa progressivamente do mais externo ao mais interno, desde as áreas de uso comum, passando pelo domicílio, o dormitório, até os últimos redutos da mente, onde se encerram os pensamentos humanos,⁹⁰ os quais não podem ser encarcerados. Desse modo, a oposição entre vida privada e vida pública se revela, na verdade, uma questão de *alocação de poder*.

No entanto, o contraste não é entre poder e ausência de poder, mas entre duas naturezas de poderes. Distingamos dois distritos em que a ordem e a paz não são mantidas em nome dos mesmos princípios, em que, em ambos, o indivíduo é submetido, controlado, em que se corrige, se castiga, mas em que a correção e o castigo cabem a autoridades diferentes. De um lado, o propósito é reger o coletivo, isto é, a *res publica*, o *populus*, o grupo de homens (de homens mesmo, pois as mulheres escapam a este poder) cuja reunião constitui a sociedade política, que são copossuidores de bens comuns e corresponsáveis pelo bem comum. Assim, uma barreira jurídica fundamental isola da *res publica* o que, nos textos do século XII, é explicitamente designado como *res familiaris*.⁹¹

O mesmo sentido se encontra na lição de Richard Posner, quando menciona que, na antiguidade clássica, não estar envolvido com assuntos de interesse público

⁸⁷ ROUCHE, Michel. Alta Idade Média Ocidental. In: VEYNE, Paul. **História da vida privada**, 1: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 415

⁸⁸ DUBY, Georges. Poder privado, poder público. In: DUBY, Georges. **História da vida privada**, 2: da Europa feudal à Renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 20

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 17

⁹⁰ DUBY, Georges. Poder privado, poder público. In: DUBY, Georges. **História da vida privada**, 2: da Europa feudal à Renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 20-21

⁹¹ DUBY, Georges. Poder privado, poder público. In: DUBY, Georges. **História da vida privada**, 2: da Europa feudal à Renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 21

era algo que acontecia aos destituídos. A ideia de se ausentar da esfera pública era considerado algo digno de reprovação, sendo a privacidade o destino dos párias.⁹²

O oposto será verificado no início do feudalismo, quando estes dois poderes concorrentes, denominados público e privado, serão confrontados a estabelecer novos limites. O que se desenrola a partir de então pode aparecer como uma invasão pelo privado. Outra não é a conclusão, e os historiadores estão de acordo quanto a isso: a feudalização traduz uma privatização do poder.⁹³

Na verdade, em uma primeira fase que se prolonga até o começo do século XII, assiste-se à retração progressiva daquilo que, no poder, era percebido como público. Depois, no período seguinte, no curso do qual os Estados se reconstituem e se formam politicamente, a uma recuperação de extensão dessa parcela pública,⁹⁴ conduzindo a linha histórica até o início da Modernidade.

Philippe Ariès explica, de uma forma resumida, que há confusão entre privado e público.⁹⁵ A comunidade que enquadra e limita o indivíduo, isto é, a comunidade rural, a cidadezinha ou o bairro, constitui um meio familiar em que todo mundo se conhece e se vigia e além do qual se estende uma terra incógnita, habitada por alguns personagens de lenda. Já no século XIV, a sociedade se tornou uma vasta população anônima na qual as pessoas não se conhecem mais. O trabalho, o lazer e o convívio com a família são doravante atividades separadas em compartimentos estanques. O homem procura proteger-se dos olhares dos outros e para isso lança mão de dois recursos: o direito de escolher mais livremente (ou pensar que assim escolhe) sua condição, seu estilo de vida; e o recolhimento junto à família, transformada em refúgio, centro do espaço privado.

Desse modo, o nascimento da privacidade pode ser historicamente associado à desagregação da sociedade feudal, na qual os indivíduos eram todos ligados por uma complexa série de relações que se refletiam na própria organização de sua vida cotidiana: o isolamento era privilégio de pouquíssimos eleitos ou daqueles que por

⁹² POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 317-318.

⁹³ DUBY, Georges. Poder privado, poder público. In: DUBY, Georges. **História da vida privada, 2**: da Europa feudal à Renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 22

⁹⁴ DUBY, Georges. Poder privado, poder público. In: DUBY, Georges. **História da vida privada, 2**: da Europa feudal à Renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 23-24

⁹⁵ ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 9

necessidade ou opção instantes da comunidade, místicos ou monges, pastores ou bandidos.⁹⁶

Na visão dos historiadores são três os fatos externos, ligados à grande história político-cultural, que vão modificar as mentalidades, em especial a ideia do indivíduo e de seu papel na vida cotidiana da sociedade. O mais importante é, talvez, o novo papel da sociedade política, que a partir do século XV não parou de se impor sob modos e meios diferentes. A sociedade política e sua justiça vão interferir com maior frequência, pelo menos nominalmente, e até com frequência de fato cada vez maior ao longo do século XVIII, no espaço social que antes estava entregue às comunidades.⁹⁷

O problema consiste em saber, portanto, como se passa de um tipo de sociabilidade em que o privado e o público se confundem para uma sociabilidade na qual o privado é separado do público e até o absorve ou reduz sua extensão.⁹⁸

Há um segundo aspecto da oposição entre público e privado mais familiar aos juristas do que aos historiadores: o público é o Estado e o privado refere-se a tudo que escapa ao Estado. Eles se delimitam reciprocamente, no sentido de que a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado.⁹⁹

No caso dos historiadores, eles resumem o ponto da seguinte maneira: na Idade Média, como em muitas sociedades em que o Estado é fraco ou simbólico, a vida de cada particular depende de solidariedades coletivas ou de lideranças que desempenham um papel de protetor. Ninguém tem nada de seu - nem mesmo o próprio corpo - que não esteja ameaçado ocasionalmente e cuja sobrevivência não seja assegurada por um vínculo de ¹⁰⁰ dependência. Em tais condições há confusão entre público e privado. Ninguém tem vida privada, mas todos podem ter um papel público, mesmo que seja o de vítima.

⁹⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. São Paulo: Renovar, 2008, p. 26

⁹⁷ ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 11

⁹⁸ ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 21

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 15

¹⁰⁰ ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 22-23

Ao chegar ao fim do século XVII e no começo do XVIII, o público está claramente desprivatizado. A coisa pública já não pode ser confundida com os bens ou os interesses privados. Então o espaço privado pode se organizar como um espaço quase fechado, de qualquer modo totalmente separado do serviço público, que se tornou autônomo. Esse espaço liberado será preenchido pela família. Podemos pensar que os homens que viviam nesse espaço privado, sem participação na vida pública (o que não era o caso nos séculos XVI e XVII nem da nobreza nem dos notáveis das comunidades), experimentarão uma frustração¹⁰¹ que irá suscitar reflexão e reivindicação políticas. Assim se fecha o circuito.

A conclusão que se tira dessas reflexões é que o problema, nos tempos modernos, deve ser tratado sob dois ângulos distintos: um é o da oposição entre o homem de Estado e o particular e das relações entre o domínio do Estado e o que, no limite, se tornará um espaço doméstico; o outro é o da sociabilidade e da passagem de uma “sociabilidade anônima”, em que as noções de público e privado se confundem, a uma sociabilidade florescente em que surgem setores bem diversos: um resíduo de “sociabilidade anônima”, um setor profissional e um setor, igualmente privado, reduzido à vida doméstica.¹⁰²

O privado moderno afirma-se na distância tomada com relação à *res publica* ou à ordem familiar e na oposição às coerções coletivas do costume. É este, com efeito, que dá suas formas concretas à "sociabilidade anônima" que, para Philippe Ariès, foi lentamente destruída entre os séculos XVI e XVIII pelo processo de privatização.

Convém ressaltar que esse anonimato não significa que as pessoas se reuniam sem se conhecer, na indistinção das relações estabelecidas no âmbito da vila ou do bairro, mas sim que instituições, ritos, penalidades fixadas pelo costume verificavam a conformidade das condutas individuais com as normas aceitas, socializavam e interiorizavam regras e papéis sociais, puniam infrações e desvios. Por isso, toda decisão pessoal era submetida a um controle social rigoroso, confiado a determinados grupos particulares (por exemplo, as abadias da juventude),

¹⁰¹ ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 24

¹⁰² ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 25

enunciado através dos ritos espetaculares, exercido em nome da comunidade em seu conjunto.

Ora, progressivamente, na cidade e na vila, os compactos dispositivos dessa vigilância por parte do coletivo vão sendo recusados, desacreditados, denunciados. Pouco a pouco se mostra como uma insuportável violação das livres escolhas do indivíduo ou da soberania da família, como uma intolerável intrusão num setor da existência doravante visto como privado e, portanto, subtraído à jurisdição comunitária.¹⁰³ Assim, o domicílio familiar se torna a sede por excelência do privado, em oposição ao espaço público da cidade.

Essa distinção entre espaços públicos e privados como uma questão de poder se revela importante pois, na sequência dos acontecimentos históricos, ela retornará sob a ótica do mundo do trabalho: o empregador, desejoso de exercer o seu poder de direção e de fiscalização do trabalho do empregado, criará o espaço comunitário da fábrica, retirando o empregado do exercício de sua atividade em ambiente doméstico.

Já com o advento das novas tecnologias, no início do século XXI, ver-se-á o movimento contrário: o *home office* devolverá o empregado ao ambiente domiciliar, pois o empregador poderá agora exercer o seu poder de controle e de vigilância de forma telemática. É o que se discutirá no próximo tópico.

1.3.2 A espacialização do mundo do trabalho: entre a privacidade do empregado e o controle do empregador

No início do século XX, apenas os burgueses, proprietários ou rentistas ociosos, tinham pleno direito a uma vida privada. As classes populares se definiam, acima de tudo, pelo trabalho, e a sua vida privada devia se submeter primeiramente às obrigações profissionais.¹⁰⁴ A privacidade configura-se, assim, como uma

¹⁰³ CASTAN, Nicole *et all.* A comunidade, o estado e a família. Trajetórias e tensões. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3:** da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 400

¹⁰⁴ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5:** Da Primeira Guerra a nossos dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 33-34

possibilidade da burguesia que consegue realizá-la, sobretudo, graças às transformações socioeconômicas relacionadas à ao início da Revolução Industrial.¹⁰⁵ Ter uma vida privada tornou-se um privilégio.

Assim, a vida privada a que acedem os operários ou os agricultores do final do século XIX não é a mesma dos burgueses do início do século XX. A maior diferenciação entre o privado e o público no conjunto da sociedade modifica tanto a vida pública quanto a vida privada. Ambas já não se desenrolam da mesma maneira, nem segundo as mesmas regras. Enquanto suas fronteiras se deslocam e se definem com maior precisão, simultaneamente sua substância se transforma.¹⁰⁶

A primeira grande transformação do século XX diz respeito ao trabalho. Ele emigra globalmente da esfera privada e ingressa na esfera pública. Antes da industrialização, a maior parte do trabalho se dava em casa e era feito pela coletividade dos membros da família. Os avanços da Revolução Industrial contribuíram para a separação do trabalho e do domicílio,¹⁰⁷ e, por conseguinte, para uma vida privada.

Trata-se de um duplo movimento. Em primeiro lugar, um movimento de separação e especialização dos espaços: os locais de trabalho já não são mais os da vida doméstica. Mas essa diferenciação dos locais vem acompanhada por uma diferenciação das normas: o universo doméstico se liberta de regras anteriormente ligadas ao trabalho que ali se realizava, ao passo que o mundo do trabalho passa a ser regido, não mais por normas de ordem privada, e sim por contratos coletivos.¹⁰⁸

No começo do século XX, havia uma grande diferença entre trabalhar na própria casa ou na casa dos outros. Poder-se-ia trabalhar em casa, mas para outra pessoa: é a situação dos trabalhadores em domicílio. Mas poder-se-ia também trabalhar por conta própria, no caso dos trabalhadores independentes. O fato de o trabalho ser feito em casa gerou uma relativa abertura do espaço doméstico aos

¹⁰⁵ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. São Paulo: Renovar, 2008, p. 26

¹⁰⁶ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5**: Da Primeira Guerra a nossos dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 19

¹⁰⁷ GIDDENS, Anthony. **Sociology**. Cambridge: Polity Press, 2009, p. 891

¹⁰⁸ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5**: Da Primeira Guerra a nossos dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 21

estranhos. Local de trabalho, a sala onde mora a família até pode se converter em local dos conflitos trabalhistas.¹⁰⁹

O trabalho domiciliar se retraiu não apenas por razões econômicas, embora estas tenham sido incontestavelmente determinantes. O desejo de ganhar mais e com maior regularidade é, de fato, acompanhado pelo desejo de reduzir o tempo dedicado ao trabalho: quando a pessoa trabalha numa fábrica, ela sabe o momento em que o trabalho vai parar. O tempo que escapa ao patrão, e cuja importância aumenta ao longo do século, pertence à pessoa, que pode dispor inteiramente dele. Trabalhar fora de casa é também estar plenamente em casa na hora em que se está em casa.¹¹⁰

Hanna Arendt¹¹¹ destaca também o princípio da organização do trabalho como fator determinante para o deslocamento do labor até então desenvolvido na esfera privada para os espaços da vida pública. A divisão de uma atividade em sua série de manipulações no curso do processo produtivo somente seria possível em um espaço distinto do lar. Nesse sentido, a retração do trabalho domiciliar responde à reivindicação de uma vida privada.

No mesmo sentido é a lógica que envolveu os comércios familiares. A retração das empresas familiares está ligada aos desenvolvimentos dos benefícios sociais obtidos pelos empregados assalariados. A mudança no estatuto jurídico traduz de fato a dissociação entre a atividade comercial e a família. A atividade pública se separa da vida privada. A importância dessa dissociação não se reduz apenas a suas consequências financeiras; também implica uma diferenciação do tempo e do espaço: quando encontravam a porta fechada, os clientes não hesitavam em bater à janela da cozinha, onde a família estava comendo, e insistiam para ser atendidos sem demora.¹¹²

A indiferenciação do espaço acarretava a indiferenciação do tempo. A indiferenciação dos locais era vivida como uma escravidão total do tempo. A

¹⁰⁹ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 21

¹¹⁰ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 21-25

¹¹¹ ARENDT, Hanna. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 57-58

¹¹² PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 28-29

reivindicação de uma vida privada leva à dissolução do antigo emaranhado: para que o tempo da vida privada fique fora do alcance dos clientes, os espaços precisam ser dissociados e a loja deve se separar do domicílio.¹¹³

Assim, foi construída uma nítida separação entre a vida privada e o trabalho profissional, que se iniciou no início do século XX e perdurou até meados da década de 80, com o advento das novas tecnologias da informação.

A reorganização do espaço industrial em projetos racionais se distribui ao longo de todo o século XX, com fases de aceleração durante as reconstruções posteriores às duas guerras mundiais. A difusão do taylorismo e a organização científica do trabalho também contribuíram para ela.¹¹⁴ Taylor, nos princípios do século XX, desenvolve e promove a gestão científica, não somente como um plano de ação, mas, principalmente, como uma "panaceia para conseguir um funcionamento mais eficaz de todos os aspectos da sociedade capitalista"¹¹⁵

A especialização do espaço industrial dispõe as máquinas numa ordem estrita e designa um lugar para cada operário; os espaços de circulação ou de estocagem dentro da fábrica se diferenciam dos espaços reservados à produção. Reforça-se o controle da fiscalização sobre o tempo e o espaço; os relógios de ponto, a cronometragem e os sistemas de remuneração por produtividade se difundem, e faixas pintadas no chão dos corredores definem os locais por onde o operário não pode se aventurar sem autorização. Simultaneamente, o espaço industrial se separa do tecido urbano.¹¹⁶

Esse modelo fordista de relações laborais, que trouxe à prática os ensinamentos de Taylor, supõe um paradigma empresarial na organização e nas estratégias baseadas no controle do tempo e do espaço dos trabalhadores, e

¹¹³ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 29

¹¹⁴ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 35

¹¹⁵ MERCADER UGUINA, Jesús R. **Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información.** Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002, p. 55

¹¹⁶ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 36

orientadas para explorar as fontes de produtividade que oferecem a mecanização e as economias de escala das grandes fábricas.¹¹⁷

A este modelo empresarial estava associado um modelo próprio de relação de trabalho, a denominada relação de trabalho típica, caracterizada pelas ideias de emprego por tempo indeterminado, com um vínculo estável, assente na durabilidade e a tempo integral, e que pautou e alçou a subordinação como o requisito mais importante da configuração do vínculo empregatício.

Não por acaso esse quadro empresarial começou a se alterar na década setenta do século XX, no despontar da revolução tecnológica. Essas razões, de diversas índoles, sejam de origem econômica, sejam de origem social, deram origem ao que se passou a falar de "crise do direito do trabalho", que deu início a uma mudança do modelo antropológico em que assentou o Direito do Trabalho e o trabalho subordinado¹¹⁸. E é o reconhecimento desse movimento que deverá pautar as mudanças a serem levadas a efeito nesta nova mentalidade do direito do trabalho na Quarta Revolução Industrial.

Assim, a dissociação entre a vida privada e a vida profissional que foi conduzida no início do século XX se inscreveu na própria configuração das cidades e nas estruturas de utilização do tempo. Já não se trabalhava mais no local de residência; já não se residia no local de trabalho: esse princípio não se aplica apenas no plano da moradia, individual ou da oficina, mas a bairros inteiros.¹¹⁹

Em menos de cem anos, graças ao desenvolvimento das novas tecnologias, essa relação espacial se inverteu, mas os conflitos entre a esfera privada e a esfera pública continuaram os mesmos.

Atualmente, as discussões sobre o teletrabalho, o trabalho remoto, e o trabalho flexível estão em voga, trazendo à baila questões como o direito à desconexão e o dever de controle de jornada em tais modalidades, definindo novos contornos para os espaços público e privado no âmbito virtual. Isso traz novos problemas: até que ponto o controle é uma obrigação legal e a vigilância é um

¹¹⁷ MOREIRA, Tereza Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites ao poder de controle eletrônico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010, p. 81

¹¹⁸ MERCADER UGUINA, Jesús R. **Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002, p. 77

¹¹⁹ PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 38-39

legítimo interesse, ou a partir de que ponto ambos são, em verdade, uma invasão de privacidade?

CAPÍTULO 2 – A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO UM TODO: A PESSOA HUMANA COMO CENTRO DO SISTEMA GERAL DE TUTELA

Todas essas profundas e aceleradas transformações no campo social, tecnológico e econômico demandam o descortino de novos horizontes, repercutindo no alargamento dos campos perceptíveis do conhecimento e também, invariavelmente, nos domínios do Direito.

Este debate social e histórico será refletido no debate jurídico ocorrido ao longo do mesmo período, marcado especialmente pela divisão entre direito público e direito privado. E, da mesma forma que se constatará neste capítulo acerca da existência de conceitos fluídos e móveis sobre o que é espaço público e o que é espaço privado devido às relações de poder, também o direito evoluirá para deixar para trás a clássica dicotomia que o separou, de modo a compreender a pessoa humana como cerne do seu centro de proteção jurídica.

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A ÊNFASE NA PESSOA HUMANA

Se a separação dos espaços público e privado foi uma construção da modernidade, como vimos no Capítulo 1, a toda evidência, a construção da teoria da dicotomia entre público e privado segue a mesma tradição oitocentista burgo-liberal. E, para falar sobre a dicotomia entre direito público e direito privado, não é possível deixar de mencionar aquele que tratou do tema com maestria: Norberto Bobbio.

Como leciona Norberto Bobbio,¹²⁰ a dupla de termos público e privado fez o seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente por meio de duas passagens do *Corpus Iuris Civilis*. A primeira, “*quod ad statum rei romanae spectat*”¹²¹, em tradução desta autora, “que diz respeito à coisa pública romana”, se

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 13.

¹²¹ Institutiones, I, I, 4. *Apud* BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 13.

refere ao que se denomina direito público. A segunda, “*quod ad singulorum utilitatem*”¹²², isto é, “que atende ao interesse dos indivíduos”, relaciona-se com o que chama de direito privado.

Porém, é de se ressaltar que, como também foi visto, a distinção entre o que é público e o que é privado não obedece a uma linearidade histórica. Como bem elaborado pelo professor Nelson Saldanha¹²³, as ideias de público e de privado, em termos gerais, variam no espaço e no tempo. Logo, o mesmo pode-se dizer do “direito público” e do “direito privado”, os quais tendem a transformarem-se reflexivamente nas variações dos espaços público-privado.¹²⁴

Sobreleva-se salientar, contudo, que esta necessidade é histórico-metodológica, e não se tem o escopo de aprofundar o estudo em todas as correntes sobre a constitucionalização do direito privado, mas sim de apontar o conjunto que conduziu o debate até o momento atual, partindo do ponto da dicotomia clássica entre direito privado e direito público

Seguindo na lição de Norberto Bobbio,¹²⁵ esta dicotomia reflete a situação de um grupo social no qual já ocorreu a diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal, isto é, à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares. Ou, ainda, entre um poder central superior e os poderes periféricos inferiores que, com relação àquele, gozam de uma autonomia apenas relativa, quando dele não dependem totalmente. Nessa passagem, Bobbio se referia ao poder estatal em relação aos particulares, mas nada impede que esta leitura seja transposta à relação de emprego, na qual o empregador exerce o papel de poder central superior e os empregados assumem o papel de poderes periféricos inferiores, cuja autonomia de vontade se submete a este poder superior mediante o já tão debatido instituto da subordinação jurídica.

Ora, na sociedade natural dos jusnaturalistas, as relações jurídicas eram caracterizadas como relações de coordenação, já que os indivíduos estavam todos

¹²² Digesto, I, I, I, 2 *Apud* BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 13.

¹²³ SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o privado e o público na vida social e histórica. In **Ciência & Trópico**, Recife: FUNDAJ, v. 11, jan/jun. 1983, p. 105-121

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, p. 29 In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23-118.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 15-16

em plano de igualdade. Com a passagem à sociedade civil e a constituição da autoridade do Estado, instauraram-se situações de desigualdade entre aqueles que comandam e aqueles que obedecem. Desta situação de desigualdade surgem relações de subordinação.¹²⁶

Outra não é a conclusão de Bobbio que, em suas próprias palavras, assim proclama: “sendo o direito um ordenamento de relações sociais, a grande dicotomia público/privado suplica-se primeiramente na distinção de dois tipos de relações sociais: entre iguais e entre desiguais”.¹²⁷ No mesmo sentido é a lição de Vico: *Omnis societas omnino duplex, inaequaliset aequalis*.¹²⁸ Assim, podemos observar um paralelo entre as estruturas de poder do Estado na relação com seus cidadãos, e as estruturas da relação de poder entre empregador e empregado. O que, desde muito cedo, no alvorecer do direito laboral enquanto ramo autônomo, justificará a intervenção estatal para a proteção dos direitos dos trabalhadores.

A sociedade oitocentista tentou estabelecer uma diferenciação maior a justificar a separação do direito. O nascimento do Estado é concomitante com o nascimento da economia política, que diferencia ainda a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, sendo entendidas as relações econômicas como relações substancialmente desiguais por efeito da divisão do trabalho, mas formalmente iguais no mercado. Assim, a dicotomia entre público e privado volta a se apresentar sob a forma de distinção entre sociedade política (ou de desiguais) e sociedade econômica (ou de iguais). Em outras palavras, entre a sociedade do cidadão, que atende ao interesse público, e a sociedade do capital, que cuida dos próprios interesses privados. Por detrás da distinção entre esfera econômica e esfera política, reaparece a antiga distinção entre a *singulorum utilitas* [utilidade dos indivíduos], e o *status rei publicae* [estado da coisa pública].¹²⁹

Criticando como ideológica e, portanto, como não científica, a distinção entre direito privado e direito público, Kelsen observou que as relações de direito privado podem ser definidas como “relações jurídicas” *tout court*, como relações de direito no

¹²⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 17

¹²⁸ “Toda sociedade é dupla, igual e desigual”. (1720, cap LX)

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 18-19

sentido mais próprio e estrito do termo, em contraposição às relações de direito público, que ele chamou de “relações de poder”.¹³⁰

E esse relacionamento entre o público e o privado se desdobrou em dois processos, inicialmente chamados de privatização do público e publicização do privado, e que, posteriormente, culminaram na repersonalização do direito. Como observado por Bobbio,¹³¹ os dois processos de publicização do privado e de privatização do público não são de fato incompatíveis, e realmente interpenetram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade, representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparados públicos para o alcance dos próprios objetivos.

Para Marcos de Campos Ludwig,¹³² de acordo com essa concepção, as esferas do público e do privado condicionam-se e se delimitam reciprocamente, não deixando espaço a uma terceira esfera, pois, para esse autor, admitir um espaço entre elas equivaleria, no caso, a aceitar a esdrúxula existência, entre o direito público e o direito privado, de um “direito mais-ou-menos”.

A ordem jurídica, quando dividida em direito privado e direito público, pode certamente ignorar por algum tempo a importância do indivíduo para o todo e do todo para o indivíduo. Mas, no final, o direito não pode esquecer a unidade do fim. O direito privado, embora se preocupe principalmente com os interesses individuais, deve servir ao bem comum. O direito público, embora olhe primeiro para o todo, deve ser justo para os indivíduos.¹³³

A perspectiva dicotômica da distinção entre direito público e direito privado encontra-se superada. Não convém que se tomem os fenômenos recíprocos de interpenetração eventualmente verificados como intromissões, porquanto tais processos não são constantes nem absolutos; seguem, isto sim, o fluxo dos fatores

¹³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 196

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 33

¹³² LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, 2002, p. 93.

¹³³ GIERKE, Otto von. The social role of private Law. Translated, with an introduction, by Ewan McGaughey. **German Law Journal**, vol. 19 N. 04, 2018, p. 1035

sociais, as modificações dos campos da vida humana, vistos, portanto, por um prisma sociológico e histórico,¹³⁴ como já antes analisado.

A solução encontrada para essa superação foi o fenômeno mundial da constitucionalização do Direito que, não por acaso, tomou maior fôlego após os debates sobre a privacidade. Esse fenômeno culminou com a repersonalização do direito civil. Sobre o tema, este será abordado na sequência.

2.2 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Pela voz de Ulpiano, soubemos que os romanos tentaram descrever a essência do direito privado. Era um tipo de direito que vinha de uma justaposição, o direito, *quod ad singulorum utilitatem spectat, dem publicum jus, quod ad statum rei Romanae spectat*,¹³⁵ o que os levou a atribuir propósitos diferentes aos dois grandes ramos do direito, como já visto no tópico anterior.

Sem dúvida, os romanos haviam determinado um ponto de partida, inabalável por muitos séculos, para toda distinção entre direito privado e direito público. Isso porque essa distinção expressava duas dimensões da existência humana: a coletiva e a individual. Ela surge do fato de que cada pessoa vive simultaneamente como ela mesma e como única, que cada indivíduo é um mundo em si mesmo, um universo contra uma unidade e também uma parte de unidades superiores, fenômenos transitórios no processo de vida de uma existência comum.

Na medida em que o direito, como ordem externa do mundo, encontra esse conteúdo bidimensional da vida humana e, portanto, se constitui em dois impérios distintos, por um lado deve constranger e proteger a esfera externa da vida dos indivíduos e, por outro, seu objetivo deve ser construir e assegurar a vida da comunidade como um todo. No entanto, fica imediatamente claro que essa divisão não pode ser a última palavra. Permanece a mesma pessoa que atua tanto como uma existência individual quanto como um ator na vida da comunidade. Ambos

¹³⁴ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. *In A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, 2002, p. 112

¹³⁵ GIERKE, Otto von. The social role of private Law. Translated, with an introduction, by Ewan McGaughey. *German Law Journal*, vol. 19 N. 04, 2018, p. 1033

estão entrelaçados na realidade, como uma unidade indissolúvel, e são distintos apenas em nossa imaginação. O que chamamos de indivíduo e de todo são apenas abstrações conceituais indispensáveis do que é para nós em sua totalidade, a realidade incompreensível da humanidade histórica.¹³⁶ Pouco importa que a coletividade se entenda como "oposta" aos indivíduos, e ao mesmo tempo como "composta" pelos indivíduos; o social é ao mesmo tempo condição e resultado, e aparece como pluralidade integrada por unidades.¹³⁷

Os germânicos, por sua vez, fizeram o seu *debut* na história com um Estado e um direito imperfeitos. Assim, a oposição entre direito privado e direito público da tradição romanista permaneceu velada para eles por séculos. No entanto, justamente por causa dessa imperfeição, sua ideia de direito era mais ampla e profunda do que a ideia dos romanos. Como eles conheciam apenas uma lei universalmente igual e que governava tudo, eles se apoderaram da ideia da unidade de todas as leis: o direito tornou-se um todo completo. Otto von Gierke¹³⁸ explica que, para os germanos, nos anos iniciais de sua história, o direito público corria o risco de se fundir com as formas do direito privado, mas se fundiu por completo. Por sua vez, o direito privado permaneceu sem liberdade, limitado por misturas do público, mas se tornou social por completo.

Como já assinalado, a divisão básica entre o direito privado e o direito público, isto é, o arranjo das esferas de poder do direito privado por personalidades individuais e o arranjo do direito público sob a ordenação de um Estado abstrato, foi construída sob a égide do direito romano. Embora de tradição romano-germânica, o direito esqueceu-se da unidade conferida a si pelos germânicos. No devir da contemporaneidade, surge a tarefa do ordenamento jurídico de dar à luz a um novo amanhecer, de recordar novamente a unidade de todo o Direito, de incluir a liberdade na finalidade do direito público e a comunidade na finalidade do direito privado.

Em 1899, Otto Von Gierke já proclamava a necessidade de um direito público que fosse direito por completo, recuperando o antigo direito germânico esquecido

¹³⁶ GIERKE, Otto von. The social role of private Law. Translated, with an introduction, by Ewan McGaughey. **German Law Journal**, vol. 19 N. 04, 2018, p. 1033

¹³⁷ SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o privado e o público na vida social e histórica. In **Ciência & Trópico**, Recife: FUNDAJ, v. 11, jan/jun. 1983, p. 105-115

¹³⁸ GIERKE, Otto von. The social role of private Law. Translated, with an introduction, by Ewan McGaughey. **German Law Journal**, vol. 19 N. 04, 2018, p. 1037

pela tradição romanista. Advogava Gierke¹³⁹ ser necessário um direito público que estabelecesse uma relação de reciprocidade entre o próprio todo e seus membros, entre a mais alta generalidade e todas as associações mais próximas, entre a comunidade e o indivíduo. Mas destacava também ser necessário um direito privado em que, apesar de toda santificação da esfera inviolável do indivíduo, vivesse e tecesse a ideia de comunidade. Em resumo, para Gierke no direito público deve haver um sopro de liberdade natural, enquanto o direito privado deve estar impregnado de uma gota de socialismo.¹⁴⁰

Não por acaso, foi na Alemanha que se consolidou o constitucionalismo. Com o advento do Estado Social, todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados,¹⁴¹ e o fenômeno replicou-se mundialmente, passando a dominar o cenário constitucional do século XX.

De fato, de acordo com Von Gehlen¹⁴² a transformação das cartas constitucionais de manifestos revolucionários a cartas sociais operou uma mudança na ética, de individual da vontade e da liberdade para uma ética social da responsabilidade solidária, e fez com que houvesse, de vez, a superação da dicotomia direito público e direito privado.

Não se tratou, contudo, de apenas estabelecer a interlocução necessária entre as normas constitucionais e o direito privado. Se antes havia a disjunção, a Constituição passou a exercer o papel de unidade hermenêutica para a aplicação da legislação civil, sujeitando-se esta última aos valores e princípios consagrados na Carta Maior.¹⁴³

¹³⁹ GIERKE, Otto von. The social role of private Law. Translated, with an introduction, by Ewan McGaughey. **German Law Journal**, vol. 19 N. 04, 2018, p. 1047

¹⁴⁰ GIERKE, Otto von. The social role of private Law. Translated, with an introduction, by Ewan McGaughey. **German Law Journal**, vol. 19 N. 04, 2018, p. 1049

¹⁴¹ Destaca-se que um dos discípulos de Gierke, Hugo Sinzheimer, participou da constituinte de Weimar. Foi responsável pela constitucionalização do direito do trabalho e foi uma das principais autoridades na elaboração do direito coletivo do trabalho alemão deste período até 1933, trazendo em sua bagagem as contribuições das ideias de Gierke para o Direito do Trabalho. SINZHEIMER, Hugo. **Crisis Económica y Derecho del Trabajo**: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo. Estudio preliminar y traducción Felipe Vazquez Mateo. Madrid: Instituto de estudios laborales y de la seguridad social, 1984, p. 129. Ver ainda SINZHEIMER, Hugo. Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht (1922). In: SINZHEIMER, Hugo. **Arbeitsrecht und Rechtssoziologie**: gesammelte Aufsätze und Reden. vol. I. Frankfurt, 1976.

¹⁴² VON GEHLEN, Gilberto Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. *In: A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, 2002, p. 178

¹⁴³ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. *In: Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 100-101

Disso deriva, necessariamente, a chamada a despatrimonialização do direito civil, ou, visto de outro prisma, mais afeito aos civilistas, a repersonalização do direito civil. Isso significa, como explica Eugênio Facchini Neto,¹⁴⁴ recolocar-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções.

Ora, a codificação oitocentista burgo-liberal tinha como valor necessário da realização da pessoa a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontrastável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana¹⁴⁵.

Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como polo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real. Hans Kelsen,¹⁴⁶ em sua Teoria Pura do Direito, demonstra como é muito significativa, nesse aspecto, a filosofia jurídica de Hegel, para quem a esfera exterior da liberdade é a propriedade: “(...) aquilo que nós chamamos pessoa, quer dizer, o sujeito que é livre, livre para si e se dá nas coisas uma existência”; “Só na propriedade a pessoa é como razão”.

A patrimonialização das relações civis, que ainda persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira. A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, e nem sempre necessário.

Já em 1955, ainda durante a vigência do Código de Beviláqua, portanto, em sua obra *A crise do Direito*, Orlando Gomes¹⁴⁷ identificava a despatrimonialização do direito civil como um necessário processo de humanização do direito privado. De lá até os dias de hoje, o fenômeno só ganhou fôlego.

Orlando de Carvalho¹⁴⁸ julga oportuna a repersonalização de todo o direito civil – seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha –, isto é, a

¹⁴⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. In: **Iurisprudencia**: Revista da Faculdade de Direito da Ajes, Ano 2, nº 3, jan/jun, 2013, p. 26

¹⁴⁵ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 103

¹⁴⁶ São Paulo, Martins Fontes, 1987, nota 25, p. 183

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955

¹⁴⁸ CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 73-74

acentuação de sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos.

Discorrendo sobre o tema, Perlingieri ressalta que a transformação despatrimonializadora no Direito Civil se produz fundamentalmente como consequência do maior relevo dado à pessoa. Daí porque entende o professor italiano ser possível afirmar que interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal se antepõem a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico.¹⁴⁹ Em outro momento, Pietro Perlingieri, afirma ainda que “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema (...) é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”¹⁵⁰.

Por fim, segundo a professora Judith Martins-Costa,¹⁵¹ esse fenômeno é uma chave de leitura que confirma a reconstrução do direito privado com foco na proteção da pessoa humana, e não mais no patrimônio, sendo este o ponto de atenção de um direito civil repersonalizado. O modelo de incomunicabilidade que, por quase um século, operou entre Constituição e Código Civil, é substituído pelo modelo da conexão e complementaridade intertextual. Adverte a professora que isso não significa simplesmente endossar a tese da “constitucionalização do Direito Civil”. Significa, em verdade, considerar o novo Código Civil Brasileiro não mais como um universo isolado, como já advogava Gierke, considerar como uma estrutura apta a operacionalizar o que ela chamou de “sistema geral de tutela à pessoa humana”¹⁵², expandindo nas situações interprivadas os bens da personalidade.

O direito civil não perdeu a sua importância na ordem jurídica vigente, mas libertou-se dos valores da modernidade, da codificação oitocentista que lhe sistematizou, assumindo o ser humano como pessoa, isto é, um ser de valor

¹⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. Editoriale. In: **Rassegna di Diritto Civile**, n. 1, 1983, p. 2.

¹⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6.

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade**: ensaio de uma qualificação. Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 233: “Na introdução a essa tese, eu afirmei que ‘a estrutura fala’. Percebemos a importância de, tanto na constituição quando no novo Código Civil, os direitos da personalidade, ao invés de estarem situados quase ao fim do texto constitucional (como ocorria com as Cartas de 67 e 69), proporcionarem, já no inaugurar do texto, a chave de leitura dos demais e princípios e regras atinentes ao sistema geral de tutela à pessoa”.

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade**: ensaio de uma qualificação. Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003, p. 5-6

inalienável, determinado pela livre manifestação de sua personalidade, mas, ao mesmo tempo, referido e ligado à comunidade.¹⁵³

Por meio da repersonalização do direito civil, ocorre agora a irradiação das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico como um todo.

2.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DA PESSOA HUMANA

2.2.1 A noção de dignidade da pessoa

O conceito de pessoa é relevante para diversas áreas do conhecimento, tais como para a filosofia, a ética, a dramaturgia, a psicologia e, especialmente, para o Direito. Para cada um desses setores do pensamento humano, o conceito possui uma acepção própria. Num sentido comum do termo, pessoa se refere ao homem em suas relações com o mundo e consigo mesmo, e, em um sentido específico, a um "sujeito de relações".¹⁵⁴

É conhecimento comum de que a palavra encontra sua origem nas máscaras que representavam personagens humanos nas comédias ou tragédias gregas. Pessoa, com efeito, vem de *personare*, isto é, ressoar, porque se necessitava uma concavidade para que o som se tornasse mais forte. Os gregos chamavam essas máscaras de próropa, porque se colocavam sobre a face, à frente dos olhos, para escondê-la.¹⁵⁵ Daí advieram as inúmeras explicações de que pessoa é aquela que representa um papel, associando a pessoa à função de ator, simbolizado através dos papéis representados pelo homem no curso da vida.

Essa explicação se tornou incipiente com o decorrer da história, gerando debates mais profundos a cerca não apenas do que é ser pessoa, mas da própria personalidade do indivíduo. É o que se passará a investigar a seguir.

¹⁵³ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 87

¹⁵⁴ ABBAGNANO, Nicola. Pessoa. In: **Dicionário de filosofia**. São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 888

¹⁵⁵ AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**: a Bem Aventurança, os Atos Humanos, as Paixões da Anima. V.3 Seção I, Parte II, Questões 1 a 48. São Paulo, Loyola, 2003, p. 528

Suas origens remontam à cultura helenístico-romana, à tradição bíblica e ao cristianismo, que colocaram o homem como centro do mundo.¹⁵⁶ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior,¹⁵⁷ a personificação do homem foi uma resposta cristã a distinção na antiguidade entre os cidadãos e escravos. Com a expressão “pessoa” obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens considerados iguais perante Deus. E de fato, a noção de pessoa como subjetividade que possui um valor em si mesmo surge da síntese das culturas grega romana e judaico-cristã operada por Santo Agostinho, principal expoente da chamada filosofia patrística.¹⁵⁸ Nesse sentido, forçoso reconhecer que o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema.

A influência cristã retira o homem da condição de objeto, colocando-o na qualidade de sujeito dotado de valores intrínsecos a sua própria humanidade, por meio das ideias de amor fraterno e de semelhança à Deus¹⁵⁹. Essa mudança de pensamento filosófico, ocorrida na Idade Média, representa os primeiros passos para a construção de uma base sólida para o desenvolvimento da noção de pessoa e dos direitos de personalidade que se consolidam com o advento da modernidade.

De modo a seguir dentro do mesmo recorte metodológico que até então tem-se realizado, a pesquisa, neste ponto, seguirá a partir da Idade Média em direção à modernidade, através das obras de Thomas Hobbes e Kant.

No *Leviatã*, em capítulo intitulado “das pessoas, autores e coisas personificadas”, Thomas Hobbes define a pessoa pela sua função, pelo seu papel exercido no tecido social, sendo, literalmente, um “ator”, na esteira da tradição grega já explanada. Explica o filósofo que “uma pessoa é aquela cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas seja com verdade ou por ficção”.¹⁶⁰ A palavra pessoa é de origem latina. Em lugar dela os gregos tinham *prósopon*, que significa rosto, tal como em latim *persona* significa o disfarce ou a aparência exterior de um homem, imitada no palco. E, do palco, a

¹⁵⁶ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1998, p. 79

¹⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 156

¹⁵⁸ ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. *In: A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 215

¹⁵⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade, p. 130

¹⁶⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 135

palavra foi transferida para qualquer representante da palavra ou da ação, tanto nos tribunais como nos teatros, de modo que, conclui Hobbes, uma pessoa é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente.

Esta visão hobbesiana da atribuição da personalidade jurídica e da condição de sujeito de direito em função de um status, que vê a pessoa enquanto ator social, investida da dignidade do seu papel, é o que modernamente François de Singly¹⁶¹ denominou de identidade estatutária. Esse tipo de concepção, como antes mencionado, tornou-se incipiente. Isso porque ela atenta contra a dignidade humana à medida que impede o homem de se desenvolver na sua plenitude, como que amputando sua dimensão íntima sua identidade pessoal, uma vez que a sua identidade pessoal é substituída tão somente pelo papel, pela função que ele exerce no tecido social.

Como visto acima, vários pensadores colaboraram com o desenvolvimento da ideia de pessoa e de personalidade. No entanto, foi com Immanuel Kant que o sujeito moderno se tornou um sujeito moral. Para tanto, parte da constatação de que "neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade".¹⁶²

Para Kant, boa vontade é a vontade de agir por dever, e não simplesmente conforme o dever. Desse modo, Kant identifica o valor moral de um ato na sua intenção, e não no próprio ato exteriorizado.¹⁶³ Ao deixar para trás essa noção de homem dotado de dignidade entendida como correspondência ao seu *status* social, e com base no valor moral de seus atos, Kant inaugura a noção de que o ser humano é um agente moral, dotado de dignidade enquanto tal, isto é, enquanto ser humano, independentemente de sua "identidade estatutária".¹⁶⁴

Na obra "Fundamentação da metafísica dos costumes", Kant¹⁶⁵ afirma que, no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma

¹⁶¹ DE SINGLY, François. **Identité personnelle et identité statutaire dans la sphère privée et la sphère publique**, Archives de Philosophie du Droit, vol. 41, 1997, p. 56

¹⁶² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 21

¹⁶³ DE ALMEIDA, Almiro Eduardo. O valor da dignidade humana e o preço da saúde do trabalhador. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**. Belo Horizonte, ano 36, n. 424, p. 39-58, abr. 2019, p. 39

¹⁶⁴ ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. **In A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 216

¹⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p.

coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. A dignidade constitui a condição só graças a qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo.

Para Kant, a dignidade humana repousa sobre a autonomia, o que ele denominou de liberdade interior, e deve ser atribuída a todos os agentes morais. Como o homem não pode ser simplesmente objeto da lei moral, é preciso que também seja o seu autor. Assim, a dignidade supõe a presença da “vontade legisladora moral”, isto é, dar-se leis e agir de acordo com essas leis. Em contrapartida, autonomia, ou seja, a liberdade de dar-se leis e agir de acordo com elas, implica a noção de imputação do ato ao agente que o pratica.¹⁶⁶

Tal noção implica que a dignidade de uma pessoa, a toda evidência, independe de seu *status* social do cargo que ocupa, ou de sua utilidade para os outros. Esses fatores podem mudar, mas a dignidade atribuída ao ser humano enquanto agente moral não muda. Ao afirmar que a dignidade não admite equivalente, Kant afirma também que aquele que é dotado de dignidade não pode ser trocado ou sacrificado sob qualquer pretexto, não tem preço e, portanto, não pode ser mensurado.

Segundo Hattenhauer,¹⁶⁷ é exatamente nesta noção do homem como ser responsável por sua conduta que reside o fundamento do conceito de pessoa para Kant. Ora, o ser humano, como um *ser natural* possuidor da razão (*homo phaenomenon*), pode ser determinado por sua razão, como uma causa, às ações no mundo sensível e, até aqui, o conceito de obrigação não é considerado. Mas o mesmo ser humano pensado em termos de sua personalidade, ou seja, como um ser dotado de *liberdade interior* (*homo noumenon*), é considerado como um ser que pode ser submetido à obrigação e, com efeito, à obrigação para consigo mesmo (para com a humanidade em sua própria pessoa). Assim, o ser humano (tomado nestes dois sentidos distintos) pode reconhecer um dever consigo mesmo, sem cair em contradição (porque o conceito de ser humano não é pensado em um e mesmo sentido)¹⁶⁸

¹⁶⁶ ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222

¹⁶⁷ HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**: introducción histórico-dogmática. Traducción Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 18

¹⁶⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p. 260

Em outras palavras, como pessoa que é, o ser humano tem direitos e deveres em suas relações com os demais seres humanos, como pessoas que são, a consagrar o respeito recíproco como princípio fundamental do Direito.¹⁶⁹ E esta vontade fraternidade deve ser conscientemente cultivada nas relações jurídicas, tendo a reciprocidade e enriquecimento mútuo como valores.¹⁷⁰

Mais do que nunca, sobreleva-se o papel a ser exercitado pelo princípio da dignidade como cláusula geral de tutela à pessoa, modo de submeter as situações patrimoniais às situações existenciais, conferindo a necessária ponderação da autonomia privada ao princípio da fraternidade.

2.2.2 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Se o reconhecimento da dignidade da pessoa foi atingido em sua plenitude na obra de Kant, o problema da sua tutela jurídica, porém, conheceu graves problemas práticos no desenrolar da modernidade. As novas tecnologias trazem novos desafios a esse respeito.

A transposição histórica de valor real da pessoa ao seu valor jurídico passou por um caminho complexo e longo, o qual se pode reconstruir sinteticamente a partir dos processos históricos que a originaram. O termo pessoa foi utilizado pela primeira vez em seu sentido técnico pelos juristas do século XVI, sempre relacionado ao conceito de capacidade jurídica.¹⁷¹

Na contradição de uma sociedade que lutava contra o privilégio de classe e que, todavia, teorizava o privilégio do rei, não se visualizava espaço para colocar a tutela da personalidade em termos mais complexos, como valor absoluto. Somente mais tarde começa a prosperar a possibilidade de estruturar a sociedade sobre a

¹⁶⁹ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, março/2001, p. 244

¹⁷⁰ PAPA FRANCISCO. **Carta encíclica fratelli tutti do santo padre Francisco sobre a fraternidade e a amizade social**. Disponível em <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html>. Acesso em 15 de agosto de 2023.

¹⁷¹ CENDON, Paolo. **Le persone: dirritti della personalità**. Turim: Utet, 2000, p.6

base de reciprocidade entre indivíduo e soberano, com obrigações e direitos recíprocos, a qual é concebida com a teorização da divisão dos poderes.¹⁷²

A personalidade deriva do latim *personalitas*, e tem sua origem na palavra *persona*. Trata-se de um neologismo criado no final do século XVIII, e que passou a significar o conjunto de elementos inerentes ao ser humano,¹⁷³ assim como também passou a ser um título honorífico, concedido àqueles ilustres que se distinguiam à sua época por suas ideias e seus feitos exemplares.¹⁷⁴

De fato, verificou-se um obscurecimento da ideia de personalidade pela noção de capacidade,¹⁷⁵ tomando-se o conceito de pessoa em seu aspecto estritamente formal, ou seja, como simples "material para a construção de relações jurídicas".¹⁷⁶ Nesse sentido, a título exemplificativo, Friedrich Von Savigny nem trata mais da pessoa, no singular - mas das *pessoas*, no plural, pois são necessárias no mínimo duas para constituir uma relação jurídica. Como explica Hattenhauer,¹⁷⁷ a ordem jurídica situava-se por cima do individual, como algo objetivamente preestabelecido, a que a pessoa tinha de se acomodar.

Seu caráter pioneiro é ressaltado, ainda, pela vinculação da personalidade à afirmação do que chama de direito fundamental (e isso tudo, vale lembrarmos, no âmbito do Direito privado, que adquiria assim um *pathos* constitucionalista).¹⁷⁸ Os conceitos de pessoa e personalidade, todavia, continuaram obscuros pelo menos até o início do século XX, não obstante o desenvolvimento teórico que a Alemanha vinha experimentando a ideia de um direito da personalidade. Em 1895, Otto von Gierke (1841-1921) escrevera seu *Deutsches Privatrech*¹⁷⁹ obra na qual restou enunciado, pela primeira vez, um "direito geral da personalidade", que garante a seu

¹⁷² CENDON, Paolo. **Le persone: dirritti della personalità**. Turim: Utet, 2000, p.6

¹⁷³ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 40

¹⁷⁴ SZANIAWKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação". **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito**. PPGDir./UFRGS, vol. 2, nº.4, 2004, p. 584, nota de rodapé nº 40.

¹⁷⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, março/2001, p. 277-278

¹⁷⁷ HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática**. Traducción Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 13-15

¹⁷⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, março/2001

¹⁷⁹ GIERKE, Otto Von. **Deutsches Privatrech**. Erster Band. Allgemeiner Teil ind Personenrecht. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895, p. 717 e ss.

sujeito o domínio sobre um setor da própria esfera de personalidade. Para Gierke, os direitos da personalidade são diferentes, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste numa reivindicação geral, garantida pelo ordenamento jurídico, de contar como pessoa.

Em 1899, Gierke voltou a reforçar a importância da personalidade no Direito privado. Nesse sentido, após discorrer sobre a necessidade de repensar o direito como um todo, tal qual fizeram os germânicos no início de sua história jurídica, concluiu o jurista alemão que deve o Direito privado trazer sempre em seu centro o conceito de personalidade.¹⁸⁰

Não obstante, questionava-se a necessidade de uma tal teoria, uma vez que o arsenal teórico dos aplicadores do Direito, à época, parecia suficiente, e um Direito geral da personalidade só poderia apresentar um valor de reserva, para garantir eventualmente novas formas de proteção jurídica da pessoa. Entretanto, mesmo que algumas críticas apresentadas por Gierke tenham sido levadas em consideração na fase final do processo de elaboração do *Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*, o Código Civil alemão, sua tese quanto a um Direito geral da personalidade só não foi relegada ao museu das ideias porque o *Zivilgesetzbuch-ZGB*, o Código Civil suíço, veio recebê-la, em 1907, concedendo um enfoque substancialmente próprio à codificação civil da Suíça. De fato, seu elaborador, Eugen Huber (1849-1923), era partidário assumido da doutrina de Gierke.¹⁸¹

Desse modo, diante de uma nova realidade, o vocábulo pessoa ressurgiu associado à noção de sujeito, não de sujeito titular de um patrimônio, mas de sujeito titular da sua própria esfera de personalidade.¹⁸²

Ora, a personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo. Consiste na parte intrínseca da pessoa humana.¹⁸³ Ainda, segundo o jurista Walter Moraes, a personalidade é a "aptidão para ser pessoa", isto é, a

¹⁸⁰ GIERKE, Otto von. The social role of private Law. Translated, with an introduction, by Ewan McGaughey. **German Law Journal**, vol. 19 N. 04, 2018, p.

¹⁸¹ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, março/2001

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *In: A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 411-412

¹⁸³ SZANIAWKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70

personalidade é o que faz com que algo seja pessoa.¹⁸⁴ É a personalidade que confere a aptidão para ser pessoa, porque é ela que reveste o sujeito de individualidade, o que a torna única.

O direito da personalidade é a tutela dos direitos que são característicos da pessoa, à sua personalidade, que protegem o homem como ser individualizado, como conjunto unitário, dinâmico e evolutivo de bens e valores essenciais em seu aspecto físico, moral e intelectual.¹⁸⁵ Assim, os direitos de personalidade se caracterizam por serem manifestações diretas da personalidade.

Com base no exposto, os direitos da personalidade são caracterizados como direitos subjetivos, fundados na dignidade da pessoa, que protegem a manifestação de bens da personalidade, ou seja, os atributos, os caracteres intrínsecos e inerentes do ser humano, cuja finalidade é permitir o gozo das faculdades que são necessárias para o seu desenvolvimento completo, livre e digno.

A personalidade se desenvolve nas alteridades que conformam a vida social. Isso significa dizer que há direitos "sociais" da personalidade, entendidos aqueles que afirmam ou possibilitam sua expansão na dimensão social, tais como o direito à educação, ao trabalho, dentre outros.¹⁸⁶

2.3 A PRIVACIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA E OS DADOS PESSOAIS

Embora diga Aristóteles¹⁸⁷ que "o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade", a personalidade humana realiza muitos dos seus atos na solidão mais profunda de seu pensamento. Ainda, por muito tempo, os atos humanos privados não atraíam o interesse público, e não se falava de direito à vida privada ou à privacidade. Estes direitos surgem quando os sujeitos passam as

¹⁸⁴ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *In Revista dos Tribunais*, São Paulo, dez. 1984, v. 73, n. 590, p. 16

¹⁸⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. São Paulo: Renovar, 2006, p. 252

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade**: ensaio de uma qualificação. Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003, p. 208-209

¹⁸⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 210 [IX, 9, 18/20]

fronteiras das esferas públicas e privadas,¹⁸⁸ fronteiras essas tão tênues e vaporosas quanto as brumas do tempo.

Desse modo, é preciso tecer algumas considerações sobre a gênese da noção de privacidade antes de apresentar o contexto atual de sua aplicação no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados. Como visto no Capítulo 1, a preocupação com a privacidade foi uma construção histórico-social, inicialmente rechaçada, e posteriormente restrita a uma pequena parcela da humanidade. Se na Antiguidade Clássica a privacidade era vista como assunto afeito aos santos ou aos loucos, atualmente se assiste a uma perseverante proteção do direito à privacidade.

2.4.1 O nascimento da privacidade como categoria jurídica

Em 1890, a Sra. Warren, uma jovem dona de casa de Boston, Massachusetts, realizava em sua casa uma série de eventos sociais. Ela era esposa de Samuel Dennis Warren, um advogado que dividia seu tempo tomando conta do negócio que havia herdado. A Sra. Warren circulava entre a elite da sociedade e os jornais da época, que cobriam suas festas em detalhes altamente pessoais e embaraçosos. O assunto veio à tona quando os jornais tiveram um furo na ocasião do casamento de uma filha, aborrecendo profundamente Samuel Warren.¹⁸⁹ Nas palavras de William L. Prosser,¹⁹⁰ foi um aborrecimento pelo qual a imprensa, os anunciantes e a indústria do entretenimento dos Estados Unidos tiveram que pagar caro pelos próximos setenta anos.

Como narram Erick Lucena Campos Peixoto e Marcos Ehrhardt Júnior,¹⁹¹ Samuel Warren se voltou para o seu sócio na advocacia, Louis Dembitz Brandeis. Juntos, eles reuniram algumas decisões antigas, como o caso *Woolsey v. Judd*, que envolveu a publicação de correspondências privadas; o caso *Prince Albert v.*

¹⁸⁸ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In **Sigilo fiscal e bancário**, p. 18.

¹⁸⁹ PEIXOTO, Erick Lucena Campos. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018, p. 39

¹⁹⁰ PROSSER, William L. Privacy. **California Law Review**, v. 48, n. 3, ago. 1960. p. 383.

¹⁹¹ PEIXOTO, Erick Lucena Campos. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018, p. 39

Strange, referente à exposição de gravuras e publicação de catálogo; o caso *Yovatt v. Winyard*, que envolveu a publicação de receitas obtidas sorrateiramente por funcionário; o caso *Abernethy v. Hutchinson*, sobre a publicação de palestras de aula; e o caso *Pollard v. Photographic Co.*, eu envolveu a publicação da imagem do autor feita pelo réu da ação.¹⁹² O resultado foi o artigo *The right to privacy*, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*.¹⁹³ O artigo concluía que tais casos eram baseados em um princípio mais amplo, o qual merecia reconhecimento em separado. Esse princípio, Warren e Brandeis chamaram de direito à privacidade, em inglês, *right to privacy*, o remédio para os crescentes abusos da imprensa através de um nível mais profundo de proteção do indivíduo contra a imposição de sofrimento mental.

Warren e Brandeis trouxeram a ideia de que a privacidade seria “o direito de ser deixado em paz”, na língua de Shakespeare, *the right to be let alone*, expressão de Thomas McIntyre Cooley, da sua obra de 1879.¹⁹⁴ Em seu trabalho, esse autor explica que o direito à personalidade pode ser considerado como sendo um direito de imunidade completa: o direito de ser deixado em paz. O dever correspondente é não infligir uma lesão, e nem, dentro uma proximidade que possa torná-la bem-sucedida, tentar infligir uma lesão.

Como se pode notar, o dever de não lesar vai além do que é comumente exigido pela responsabilidade civil, pois normalmente um propósito não executado ou uma tentativa mal sucedida não é notada por não haver um dano concreto e visível. Desse modo, é possível traçar desde Warren e Brandeis as origens de uma atuação preventiva de responsabilização.

De fato, em seu trabalho original, Warren e Brandeis descreveram o direito à privacidade como um direito já existente na Common Law, o qual incorporava proteções para a personalidade violada de cada indivíduo. A Common Law assegura a cada indivíduo o direito de determinar, ordinariamente, até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções devem ser comunicados aos outros.¹⁹⁵

¹⁹² PROSSER, William L. Privacy. **California Law Review**, v. 48, n. 3, ago. 1960. p. 384.

¹⁹³ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. **Havard Law Review**, v. 4, n. 5, dec. 15, 1890.

¹⁹⁴ COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the law of torts, or the wrongs which arise independent of contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879, p. 29
2016.

¹⁹⁵ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. **Havard Law Review**, v. 4, n. 5, dec. 15, 1890. p. 198.

Assim, para esses autores, o direito à privacidade, significa que cada indivíduo tem o direito de escolher compartilhar ou não compartilhar com outros as informações sobre sua vida privada, hábitos, atos e relações.¹⁹⁶

Warren e Brandeis defendiam ser necessário para o sistema legal reconhecer o direito da privacidade porque, quando uma informação sobre a vida privada de um indivíduo é tornada disponível para os outros, ela tende a influenciar e até mesmo causar danos no núcleo mais central da personalidade do indivíduo.¹⁹⁷ A concepção original do direito à privacidade de Warren e Brandeis incorporava, assim, uma abordagem psicológica, algo pouco explorado pelos juristas daquela época, em que a personalidade de um indivíduo, e particularmente a imagem que este indivíduo faz de si mesmo, pode ser afetada e, às vezes, até mesmo distorcida ou danificada, quando informações sobre aquela vida privada são disponibilizadas a terceiros. Em outras palavras, o direito à privacidade era o direito de cada indivíduo de proteger sua integridade psicológica, exercendo controle sobre informações que refletiam e aferravam a sua personalidade.¹⁹⁸

Não apenas isso, François Rigaux¹⁹⁹ aponta que, segundo Warren e Brandeis, a intensidade, a complexidade da vida decorrente do avanço da civilização tornaram necessário um certo afastamento do mundo. Observa-se que isso foi dito em 1890, ou seja, em plena Segunda Revolução Industrial.

Em apertada síntese, uma das principais inovações trazida por Warren e Brandeis em seu artigo consiste, portanto, na dissociação do direito à privacidade tanto do direito à liberdade quanto do direito à propriedade, comuns às decisões da Suprema Corte americana na época. O direito à liberdade, segundo eles,²⁰⁰ assegura amplos privilégios civis, mas não a privacidade. O direito à propriedade, compreendendo interesses materiais individuais, contrastava com a preocupação dos assuntos espirituais atinentes ao direito à privacidade, mas não era suficiente

¹⁹⁶ BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. **Havard Law Review**, v. 4, n. 5, dec. 15, 1890. p. 216.

¹⁹⁷ PEIXOTO, Erick Lucena Campos. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018, p. 40-41

¹⁹⁸ GLANCY, Dorothy J. The invention of the right to privacy. **Arizona Law Review**. v. 21, n. 1, 1979. p. 2-3.

¹⁹⁹ RIGAUX, François. Liberté de La vie privée. **Revue Internationale de Droit Comparé**, n. 3, 1991, p. 542

²⁰⁰ GLANCY, Dorothy J. The invention of the right to privacy. **Arizona Law Review**. v. 21, n. 1, 1979. p. 4

para trazer as respostas de que necessitavam, exatamente pelo caráter patrimonialista do direito à época.

2.4.2 A privacidade no Século XX: a proteção de dados pessoais

Cerca de meio século depois, o movimento pela privacidade que surge na Europa se desvincula do sentido psicológico do *right do privacy* americano. A preocupação agora é com o novo paradigma tecnológico que potencializou o processamento de dados através do uso do computador, advindo da Terceira Revolução Industrial. O debate passa a ser, então, sobre os dados pessoais e sobre o controle de sua informação e comunicação.

A preocupação dos europeus com a privacidade também tem outra origem diferente da preocupação dos americanos. Ao passo que nos Estados Unidos, o direito à privacidade surge como uma garantia contra os abusos cometidos por particulares, ou seja, horizontalmente, na Europa a proteção dos dados pessoais surge como uma medida necessária contra o Estado, numa relação vertical. Uma não exclui a outra, no entanto.

Assim, se, por um lado, as raízes da privacidade nos Estados Unidos estão fundadas em um direito do indivíduo, de caráter negativo, de ser deixado em paz, por outro, as raízes europeias apresentam características de direito público, no qual se exige do Estado que se tomem medidas para garantir a proteção de dados pessoais, como a instalação de órgãos de controle, além de a proteção visar grupos minoritários que podem sofrer discriminações com a exposição de seus dados pessoais. Na Europa, então, se desenvolve o aspecto social da privacidade.²⁰¹

Stefano Rodotà²⁰² trata o direito à privacidade como “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir a sua própria esfera particular”. Tais definições, tanto com base na origem americana como na europeia, não se excluem, muito pelo contrário, incluem paulatinamente

²⁰¹ PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivi*, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018, p. 42

²⁰² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

novos aspectos da personalidade humana em um conceito mais abrangente de privacidade.

A privacidade, a partir da visão europeia, apresenta um novo perfil, mostrando-se como um direito a ter controle sobre as próprias informações e a determinar a maneira de construir a própria esfera particular. É o chamado direito à autodeterminação informativa. E isso é de extrema valia para a sociedade da informação, na qual a informação é um bem em si mesmo, é parte integrante da vida humana, em que as novas tecnologias surgem para atuar sobre esta mesma informação.

De uma realidade na qual as informações pessoais estavam sob o domínio dos interessados, passa-se para uma realidade de informações compartilhadas com uma pluralidade de sujeitos. Uma realidade em que a cessão de informações se dava por meio de relações interpessoais (era da “fofoca”), para uma realidade em que se coleta informação por transações abstratas. Passa-se de um mundo onde havia preocupação com a informação que saia do seio privado, para um mundo onde o controle da informação que adentra se torna importante cada vez mais. Vive-se em um mundo onde as tecnologias da informação e da comunicação assumiram o papel de tecnologias “sujas” (em analogia às tecnologias industriais poluentes), e essas mesmas tecnologias ajudaram a tornar cada vez mais indistinguível os limites entre o que é público e o que é privado na atualidade.²⁰³

Segundo nos ensina Rodotà,²⁰⁴ neste novo paradigma, as informações tipicamente públicas, tais como opiniões políticas, sindicais, convicções de uma forma geral, recebem agora proteção privada, de forma a evitar que sejam utilizadas para fins discriminatórios. Assim, a privacidade tem sua função social e política projetada para além da esfera privada. Deixa de ser unicamente o “direito de ser deixado em paz” e “volta-se para a direção da ideia de uma tutela global das escolhas da vida contra qualquer forma de controle público e de estigmatização social, em um quadro caracterizado pela liberdade das escolhas existenciais e políticas”.

²⁰³ PEIXOTO, Erick Lucena Campos. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018, p. 43

²⁰⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

Uma noção de esfera privada abrange, assim, o conjunto de dados pessoais e o poder de controle do interessado, não se encerrando no fato de que determinadas informações estão atualmente disponíveis para outros.²⁰⁵ A privacidade, segundo o professor italiano, passa a se impor como um direito fundamental, especificando-se como “direito à autodeterminação informativa”, e, mais especificamente ainda, “como direito a determinar as modalidades de construção da esfera privada na sua totalidade”. Apresenta-se, também, “como precondição da cidadania na era eletrônica”, não podendo ser confiada puramente à lógica da autorregulamentação ou das atividades contratuais.²⁰⁶

Assim, em apertada síntese, a privacidade sob o ponto de vista europeu protege os aspectos socializados da personalidade, enquanto que a privacidade, para os norte-americanos, resguarda aspectos espontâneos, independentes e unicamente individuais da personalidade.²⁰⁷

Como explica Fabiano Menke,²⁰⁸ a autodeterminação informativa vai além da proteção da privacidade. Ela confere ao indivíduo o poder de basicamente determinar por si próprio sobre a divulgação e a utilização de seus dados pessoais. A autodeterminação informativa complementa a proteção constitucional da liberdade comportamental e da privacidade.

Privacidade é, como chama Solove, uma *umbrella word*,²⁰⁹ ou seja, uma palavra guarda-chuva, que abriga distintos direitos da mesma família. Dentro do rol exemplificativo, dos direitos da privacidade, destaca-se o direito ao sigilo, o direito à intimidade, o direito à imagem, o direito à honra, e o direito à proteção dos dados pessoais.

Na maioria das vezes, quando se diz que um indivíduo sofreu uma violação da privacidade, na verdade, o que se está querendo dizer é que ocorreram várias violações em vários direitos da privacidade, e até em dimensões diferentes desta. Por conseguinte, determinada violação à privacidade, alcançado mais de uma

²⁰⁵ RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli**. Roma-Bari: GLF Laterza, 2014.

²⁰⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

²⁰⁷ POST, Robert C. **Three concepts of privacy**. Yale Law School Legal Scholarship Repository. p. 2095.

²⁰⁸ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: **RJLB**, ano 5, nº 1, 2019, p. 797

²⁰⁹ SOLOVE, Daniel J. **Understanding privacy**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.

dimensão, exige uma resposta mais complexa, compreensiva de todos os matizes da violação.²¹⁰

Assim, num mesmo evento danoso, poderiam ser violados simultaneamente, por exemplo, a intimidade e a honra, ou o sigilo e a vida privada. Seja numa forma mais próxima de sua concepção enquanto liberdade, seja enquanto dignidade, buscar identificar qual o direito lesado parece ser uma atividade possível quando identificado o bem jurídico violado.²¹¹

2.4.3 A privacidade como direito fundamental

O direito brasileiro não possui um “direito à privacidade” especificamente tutelado pela Constituição Federal. É possível encontrar, no entanto, algumas proteções a ela referentes no rol sobre os direitos e garantias fundamentais.

A Carta Magna²¹² traz, desde a sua constituinte, o preceito contido em seu art. 5º, inciso X, o qual dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Ato contínuo, no inciso XI, prevê que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. E ainda, em seu inciso XII, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

²¹⁰ PEIXOTO, Erick Lucena Campos. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018, p. 53

²¹¹ PEIXOTO, Erick Lucena Campos. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018, p. 47

²¹² BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de setembro de 2022.

Com a promulgação da Lei nº 13.709/2018,²¹³ a Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, a qual possui como dois de seus fundamentos o respeito à privacidade e a autodeterminação informativa, passou-se a discutir se a proteção dos dados pessoais era, de fato, um "direito à privacidade", e/ou se poderia ser emoldurado em algum dos preceitos constitucionais acima pontuados.

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, incluiu o inciso LXXIX no artigo 5º, estabelecendo como direito fundamental “o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Se a proteção de dados agora é constitucionalmente assegurada, a discussão acerca do seu envolvimento com um “direito à privacidade” continua.

Nessa esteira, como se pode concluir, o direito à privacidade é, em verdade, um desdobramento do direito à personalidade, que tem seu fundamento maior na dignidade da pessoa humana.

Pelo viés dogmático, o direito à privacidade pode ser observado sob o prisma da corrente americana, em seu aspecto individual, que se densifica no direito à vida privada, à intimidade, e à inviolabilidade do lar. Também pode ser observado sob o prisma da corrente europeia, em seu aspecto social, que hoje se densifica no direito à autodeterminação informativa e na proteção dos dados pessoais.

2.4 A FRATERNIDADE COMO PARADIGMA PARA A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO

2.4.1 A Regra de Ouro

Como se sabe, a fraternidade vem à tona como princípio político, na história do ocidente, por meio da revolução francesa (1789-1799), no interior da famosa

²¹³ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 25 de setembro de 2022.

tríade: “liberdade, igualdade, fraternidade”.²¹⁴ Mas foi apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que ocorreu a transposição da fraternidade como princípio.²¹⁵ Assim, por muito tempo, a fraternidade permaneceu esquecida, e os princípios da liberdade e da igualdade restaram prejudicados²¹⁶ pela ausência da fraternidade em sua tríade.

Atualmente, a fraternidade é um valor universal e se encontra como princípio presente no constitucionalismo moderno, quando algumas constituições²¹⁷ passaram a incluí-la, de forma direta ou indireta, ora como valor, ora como princípio.²¹⁸ No entanto, ao contrário de suas irmãs liberdade e igualdade, que podem ser asseguradas pelo texto legislativo, não se pode impor a fraternidade por meio de lei. A fraternidade não pode ser imposta por uma instância superior ou exterior. Ela só pode se originar das pessoas humanas.²¹⁹

Nesse ponto, convém lembrar a lição de Tomás de Aquino,²²⁰ quando afirma que “o termo pessoa significa relação.” Esta relação constitutiva da pessoa é dupla: uma relação do ser humano consigo mesmo ou autorrelação²²¹ e a relação do ser humano com outro ser humano ou interrelação. A fraternidade possui, portanto, uma dimensão relacional.

²¹⁴ BARZOTTO, Luciane Cardoso. A justiça constitucional francesa e o princípio da fraternidade no caso Cedric Herrou. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, ano 45, nº 201, agosto de 2019, p.110-112

²¹⁵ AQUINI, Marcos. Fraternidade e direitos humanos. In BAGGIO, Antonio Maria (Org.) **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 127-151.

²¹⁶ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; CASTAGNA, Fabiano Pires. O valor-princípio fraternidade e a crise no ensino jurídico: repensando a formação dos atores do Direito. In VERONESE, Josiane Rose Petry; BRITO, Rafaela Silva; FONSECA, Reynaldo Soares da (org.). **Educação, Direito e Fraternidade: temas teórico-conceituais**. Caruaru: Editora ASCES, 2021, p. 350

²¹⁷ Na Constituição Federal de 1988, a fraternidade está presente no preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 de julho de 2023

²¹⁸ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MORAES, Perla Duarte. Marketing digital e o valor-princípio fraternidade: enfrentando as ameaças no mundo digital. In **Sociedade Digital: desafios para a Fraternidade**. VERONESE, Josiane Rose Petry; FONSECA, Reynaldo Soares da. (coord.) ROSSETO, Geralda Magella de Faria; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (org.) vol 1. Caruaru: Editora ASCES, 2022, p. 50

²¹⁹ MORIN, Edgar. **Fraternidade: para resistir à crueldade do mundo**. São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 11-12

²²⁰ AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Vol. I São Paulo: Loyola, 2005, q. 29, a.4

²²¹ O termo é de Robert Spaemann, **Pessoas**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015, p. 121

O distanciamento de si ou a diferenciação interna, necessária para haver autorrelação, exige a presença do outro. No reconhecimento recíproco entre as pessoas (**nós**) é que pode dar-se a própria identidade pessoal (**eu**).²²² No mesmo sentido, ensina Edgar Morin²²³ que a pessoa humana precisa do florescimento do seu **eu**. Mas este não pode produzir se plenamente a não ser no **nós**. O **eu** sem o **nós** se atrofia no egoísmo e sucumbe na solidão. O **eu** precisa pelo menos do **tu**, de uma relação de pessoa a pessoa, afetiva e afetuosa. As fontes do sentimento que impulsionam o ser humano na direção do **outro** de modo coletivo – isto é, o **nós** –, ou pessoal – o **tu** –, constituem, portanto, as fontes da fraternidade.

Desse modo, a fraternidade consiste em reconhecer o outro ser humano como irmão. Esse reconhecimento não é constitutivo, mas receptivo, pois reconhecer alguém significa aceitar a sua identidade e ser receptivo a ela dentro deste relacionamento.²²⁴ O outro é igual a mim porque o outro também é pessoa, e deste reconhecimento decorre a reciprocidade.

A reciprocidade entre iguais vem formulada tradicionalmente na chamada “regra de ouro”: “Como quereis que os outros vos façam, fazei também a eles”.²²⁵

Esta visão do **outro** como **eu** dá suporte ético a uma superação da visão hegemônica individualista do direito e conecta os grupos e pessoas humanas à experiência das relações fraternais.²²⁶

Ainda, importa destacar que não se pode confundir a fraternidade com a solidariedade. A solidariedade tem como referência o apoio mútuo dos indivíduos seja na esfera institucional ou social, em um reconhecimento do outro numa relação de vulnerabilidade ou hipossuficiência.²²⁷

²²² BARZOTTO, Luis Fernando. O Conceito de Fraternidade. In: Cordioli, Leandro, et alii (Org.). **A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, p. 29

²²³ MORIN, Edgar. **Fraternidade: para resistir à crueldade do mundo**. São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 13

²²⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. O Conceito de Fraternidade. In: Cordioli, Leandro, et alii (Org.). **A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, p. 32

²²⁵ Lucas 6, 31.

²²⁶ BARZOTTO, Luciane Cardoso; MARTINS, Renata Duval; CORREIA, Carolina Simões. Fraternidade e Justiça Social: Imigração na Constituição Brasileira de 88 e na Convenção 143 da OIT. In: BARZOTTO ET ALLI. (org.) **Direito e Fraternidade: outras questões**. Porto Alegre: Editora Sapiens, 2018, p. 162

²²⁷ MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 107

Na esfera jurídica, a fraternidade assinala a necessidade de as pessoas reconhecerem-se mutuamente como sujeitos de direito, estando engajadas na submissão à ordem comum. Isto se caracteriza como coordenação. Na esfera econômica, a fraternidade constitui o campo da produção e troca como campo em que as pessoas se reconhecem mutuamente, como empreendedoras, ou seja, criadoras de valor, interdependentes,²²⁸ em uma relação de coordenação.

Assim, a visão de fraternidade se distingue da solidariedade porque esta é vertical, que vai do forte ao fraco, enquanto a fraternidade pressupõe o relacionamento horizontal.²²⁹ Ambos conceitos partilham a noção de responsabilidade por outrem, mas na fraternidade a responsabilidade é recíproca, ocorrendo entre iguais.²³⁰

Ainda no tocante à solidariedade, importante salientar que esta também se classifica como uma concreção da fraternidade. Embora em uma relação vertical, a solidariedade permite que os sujeitos pratiquem a alteridade.²³¹ Em outras palavras, isso significa “reconhecer o outro como partícipe de uma natureza comum e oriundos de uma origem comum”.²³² Desse modo, a fraternidade afirma a responsabilidade de um ser humano pelo outro, pois este é seu igual.

2.4.2 A repersonalização do Direito, a privacidade, e a fraternidade

Como visto anteriormente no início deste Capítulo, a separação do direito entre público e privado seguiu na esteira da separação dos espaços públicos e privados ocorrida no início da modernidade e, não por acaso, o fenômeno tomou

²²⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. Sociedade Fraterna. In: BARZOTTO ET ALLI. (org.) **Direito e Fraternidade**: outras questões. Porto Alegre: Editora Sapiens, 2018, p. 53

²²⁹ BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 23

²³⁰ BARZOTTO, Luciane Cardoso; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção aos direitos humanos dos trabalhadores. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 39, vol. esp., dez. 2018, p. 147

²³¹ BARZOTTO, Luciane Cardoso; GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. LGPD e Fraternidade: limites à utilização dos algoritmos discriminatórios nas relações de trabalho. In MIZIARA, André Pessoa; MOLLICONE, Bianca Medalha (coord). **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 336

²³² DI LORENZO, Wambert Gomes; LIMA, Wânia Claudia Di Lorenzo. Fraternidade, solidariedade e justiça. In: BARZOTTO, Luis Fernando et all. (org.) **Direito e Fraternidade: outras questões**. Porto Alegre: Sapiens, 2018, p. 287

novo fôlego com a discussão sobre privacidade, iniciada no final do Século XIX nos Estados Unidos e no início do Século XX na Alemanha.

Convém destacar que o fenômeno da repersonalização do direito, que teve início mais ou menos no mesmo período, não se confunde com a chamada "publicização do direito privado" e a "privatização do direito público". Como também já visto, esses dois processos reforçavam a dicotomia oitocentista entre direito público e direito privado, não havendo espaço para o indivíduo neste ínterim. Impende salientar que, "nos angustiosos períodos atravessados pela humanidade", como dito por Orlando Gomes,²³³ "a humanização do direito não é mais do que o necessário eco das aspirações coletivas". Assim, não foi esta teoria a resposta encontrada para a superação da dicotomia entre público e privado

Em que pesem as críticas de Celso Lafer,²³⁴ não é a publicização do direito privado e a privatização do direito público que leva à "identificação e não à diferenciação entre as esferas do público e do privado". De fato, como analisado no Capítulo 1, especialmente no tópico 1.3.1, a sobreposição das duas esferas é, antes de mais nada, um fenômeno social e político, caracterizando-se como uma questão de alocação de poder. Ao Direito, portanto, compete formular mecanismos jurídicos para regular esses fenômenos e evitar o desequilíbrio das relações de poder. E, como visto, a resposta se encontra na repersonalização do direito em sua integralidade, como um todo que verdadeiramente é.

Ao alçar a pessoa humana como epicentro de proteção, tem-se por objetivo evitar o que Celso Lafer,²³⁵ em sua crítica, chamou de "desolação", que é a união das esferas pública e privada, que faz desaparecer a intimidade e é um óbice ao "diálogo socrático do eu consigo mesmo". E as recentes mudanças oriundas do debate sobre a privacidade e a proteção de dados só comprovam isso, uma vez que não apenas protegem a pessoa humana de violações à sua privacidade e intimidade, mas também a educa para que esta possa exercitar a sua autonomia informativa e deliberar de forma livre e esclarecida sobre a exposição de sua vida privada.

²³³ GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 30

²³⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 238

²³⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 239

Desse modo, a fraternidade, no seu mais amplo aspecto, e a repersonalização do direito no particular – aqui considerada na concretização jurídica do princípio da fraternidade –, não apenas promovem o diálogo interno do **eu**, mas o fazem à luz da Regra de Ouro que permite à pessoa humana se colocar no lugar do **outro**, seja esse outro o **tu** ou o **nós**, rompendo com as barreiras do individualismo que marcaram o início da modernidade.

As esferas do público e do privado sempre existirão. Embora suas fronteiras podem ser alteradas ao longo da história, compete à pessoa humana, o **eu**, decidir quais os desdobramentos de sua personalidade que transitarão entre elas, competindo ainda ao **nós** a garantia de que essa escolha será realizada de modo livre, esclarecido, sem violações ou danos. O **eu**, o **tu** e o **nós**, no apagar das luzes, são sempre pessoas humanas, e a responsabilidade de sua proteção é compartilhada por todos.

CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE PREVENTIVA

Como visto no capítulo anterior, o debate de tradição oitocentista acerca da dicotomia entre direito público e direito privado restou superado pelo fenômeno da repersonalização do direito como um todo, que transportou a pessoa humana ao centro do sistema geral de tutela.

Essa discussão se mostrou relevante para poder justificar, nesse ponto, por que não se utilizará o Direito Civil como base para aplicação de uma responsabilidade preventiva, e tampouco como base para a aplicação de uma responsabilidade trabalhista em proteção de dados: o direito é um só. Desse modo, a construção de uma responsabilidade preventiva não partirá do Direito Civil, partirá do direito como um todo, levando em consideração a pessoa humana como centro do sistema geral de tutela, emancipando-se do modelo de responsabilidade civil como tradicionalmente é conhecido, mas sem, contudo, ignorá-lo.

O conceito de responsabilidade, vale lembrar, como ademais os conceitos em geral, pertence ao mundo das ideias, dentro do qual deve ser constantemente criticado, atualizado ou recriado, não possuindo intrinsecamente qualquer valor normativo enquanto não afetado pelo direito positivo.²³⁶ Assim, defende-se um modelo jurídico de responsabilidade no geral, repartido em responsabilidade penal, responsabilidade civil, e responsabilidade preventiva, fundamentado pela axiologia que norteia o ordenamento jurídico em uma nova interpretação que leva em consideração a repersonalização do direito, cuja efetividade depende de sua adequação às necessidades da vida em sociedade,²³⁷ e dos riscos advindos com a utilização das novas tecnologias.

Uma vez que a sociedade contemporânea está inserida em novos contextos marcados por riscos e incertezas, a transformação da responsabilidade para abranger também uma responsabilidade preventiva com o objetivo de alcançar tais situações é uma conclusão evidente e indispensável. É necessário repensar os

²³⁶ THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. **Recueil Dalloz**. Paris, nº 9, 2004, p. 577-582

²³⁷ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014, p. 14

instrumentos do Direito²³⁸ para dar efetividade ao controle de riscos e à proteção da pessoa humana. A parte 1 deste capítulo, portanto, será dedicada a esta emancipação do regime de responsabilidade preventiva, balizada pelos princípios da prevenção e da precaução, com o objetivo de tutela da pessoa humana.

Assim como no século XIX vivenciou-se o paradigma da responsabilidade como compensação pelas perdas havidas, no século XX, o paradigma da responsabilidade como premissa da solidariedade, representado pela reparação integral e pela socialização dos riscos, no século atual, tem-se o nascimento do paradigma da responsabilidade como segurança, tendo no princípio da precaução o seu sustentáculo.²³⁹ Esse paradigma, como já visto, é a fraternidade, indispensável para construir-se um sistema que, de fato, privilegie a pessoa humana e viabilize o seu desenvolvimento digno através de uma tutela qualitativamente diversa.²⁴⁰

Como dito alhures, não se pretende ignorar o regime do direito de danos. A responsabilidade civil coexistirá com uma responsabilidade preventiva, alargando-se em uma nova sistemática de responsabilidade jurídica, que se abre para comportar a prevenção e todos os mecanismos a esta relacionados.

A responsabilidade jurídica deve assumir novos delineamentos, orientada por novos valores sociais que reclamam proteção superior além do já aclamado mecanismo de reparação de danos, mas cujo instituto é voltado ao passado. Este segmento doutrinário propõe o alargamento das funções reservadas ao instituto da responsabilidade civil, de modo que, ao lado da finalidade reparatória que almeja a reparação integral da vítima, seja abarcado também o objetivo preventivo²⁴¹ a fim de, na melhor das hipóteses, evitar o dano.

Este posicionamento teórico está ancorado no dever de prevenção prescrito pelo princípio geral do direito denominado *neminem laedere*, o qual foi em muito relativizado em virtude da concepção patrimonialista e individualista sobre a qual se assentou o direito codificado e, sobretudo, o instituto da responsabilidade civil. No entanto, a internalização dos princípios da prevenção e precaução como fundamentos da teoria geral da responsabilidade não invalida os demais princípios

²³⁸ NOIVILLE, Christine. **Du bon gouvernement des risques**: le droit et la question du "risque acceptable". Paris: Presses Universitaires de France, 2003, p. 217

²³⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 114-115

²⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.

²⁴¹ Idem.

deste ramo do direito.²⁴² Isso porque, como se demonstrará no ponto 3.1.3, a função preventiva se trata de função acessória da responsabilidade civil, não ofuscando a sua função principal, que é a reparatória. Em verdade, a internalização desses princípios possui como finalidade dar maior segurança a todos os cidadãos, repersonalizando o direito civil ao colocar a pessoa humana no centro de proteção.

Para além de informar o direito com medidas preventivas a serem manejadas, os princípios da prevenção e da precaução empregados como suporte da responsabilidade preventiva tornam possível a imputação de responsabilidade, mesmo antes de o dano se concretizar.

A eliminação prévia dos riscos de dano encontra o seu principal instrumento na instituição de deveres de comportamentos prévios, quase sempre por normas legais ou regulamentares. Inteiros setores econômicos passam, assim, a sofrer uma regulamentação intensa que, voltada às especificidades do seu ramo de atuação, pretende administrar satisfatoriamente os riscos de incidentes. Adicionalmente, impõe-se à fiscalização eficiente por parte do poder público no que tange ao cumprimento dessas normas, sobretudo pelos agentes econômicos de maior potencial lesivo, sem a qual todo o esforço regulamentar se torna inútil.²⁴³

Por conseguinte, como será visto na parte 2 dedicada à Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, neste microssistema coexistem harmoniosamente tanto o regime de responsabilidade preventiva, que institui a obrigação de manter medidas autorregulatórias e mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos, bem como o regime de responsabilidade civil, em uma modalidade objetiva especial, por violação à LGPD em decorrência do tratamento de dados pessoais, com o objetivo de reparação de danos caso as medidas preventivas anteriores não tenham sido capazes de evitar a ocorrência do evento danoso.

Além disso, estas medidas autorregulatórias e mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos poderão ser utilizados como critério para aplicação das sanções administrativas e indenizações a serem fixadas. Entretanto, nos casos de responsabilidade civil por violação à LGPD em decorrência do

²⁴² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 119

²⁴³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2009, p. 229

tratamento de dados pessoais, a redução do valor da indenização a ser fixado em juízo só estará autorizada quando se tratar exclusivamente de danos patrimoniais.

3.1 PELA EMANCIPAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PREVENTIVA

3.1.1 Transformação histórica das teorias subjetiva e objetiva a partir da tradição oitocentista

A análise do regime de responsabilização da Lei Geral de Proteção de Dados aplicado às relações trabalhistas passa, obrigatoriamente, pela revisitação das teorias de responsabilidade civil que lhe dão origem. E a revisão da disciplina implica, por conseguinte, em revisitá-la a partir da tradição oitocentista.

Isso porque, não obstante tenha-se a tendência de antecipar os fundamentos da disciplina para a antiguidade clássica, passando pelo Código de Hamurabi hitita e a Lex Aquila romana, o conceito jurídico de responsabilidade civil não existia antes da modernidade.²⁴⁴

Desse modo, por esse motivo, este estudo inicia a partir da tradição iniciada com o Código Civil francês de 1804, o que permitirá compreender o motivo pelo qual ocorreu (e está ocorrendo) a transformação da matéria que recepciona a proteção à pessoa humana e o alargamento do alcance dos danos extrapatrimoniais, os quais são incompatíveis com o pensamento individual-patrimonialista da modernidade que não apenas gestou a disciplina, mas que também codificou o direito privado e que, como visto no Capítulo 1, está passando por um período de transição histórica que não comporta mais os valores antes outorgados.

O fenômeno da codificação, iniciado com o Code Napoleon, promoveu a incorporação de duas características muito marcantes e próprias deste período, quais sejam, o centralismo jurídico, enquanto forma, e a consagração de máximas

²⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 73

individualistas e patrimonialistas enquanto conteúdo.²⁴⁵ Isso porque, com o apogeu da burguesia às estruturas de poder político da época, o direito precisava encontrar uma solução que viabilizasse o tráfego econômico, em atenção às exigências desta classe.²⁴⁶

Cumprir destacar que o Código Civil alemão, que se encontra como ícone da outra ponta do fenômeno sistematizador oitocentista, encerrando uma geração iniciada com o Code, ainda que tenha adotado caminho sistemático diverso, severamente influenciado pela pandectística do século XIX, acabou por preservar as mesmas tradições legalistas quanto à forma, e individual-patrimonialista quanto ao conteúdo,²⁴⁷ servindo aos interesses da mesma e única classe.²⁴⁸

E essa tradição tipicamente burgo-liberal oitocentista, iniciada pelo Código francês de 1804, e findada pelo Código alemão de 1896, irradiou-se por toda a parte, atingindo os demais ordenamentos jurídicos que, sob suas fortes influências, restaram por seguir a tradição de codificar o Direito Civil, incorporando em seus diplomas, especialmente quanto ao conteúdo, a mesma tradição individual e patrimonialista que moldará o modo de pensar e ver o Direito do jurista do século XX.²⁴⁹

Dessa maneira, concretizadas as realizações codificatórias pelo mundo com essência nos já tantas vezes referidos individualismo e patrimonialismo, é oportuno refletir como essas características influenciaram na sistematização da responsabilidade civil moderna.²⁵⁰

O sistema de responsabilidade civil que fora recepcionado pelas grandes codificações apoiava-se em três pilares, quais sejam, a culpa, o nexo causal, e o dano. Isso significava que a vítima, além de provar o seu prejuízo, deveria superar duas barreiras sólidas para obter a reparação, isto é, a demonstração da culpa do ofensor, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa e o

²⁴⁵ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 52

²⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180-181

²⁴⁷ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 57

²⁴⁸ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Lisboa: Centelha, 1981, p. 43

²⁴⁹ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 58

²⁵⁰ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 63

dano.²⁵¹ Provados os três elementos, estar-se-ia diante do chamado ato ilícito, o principal fundamento da responsabilidade civil, que determina ao agente causador do dano o dever de repará-lo.

Por esse motivo, o centro do debate relacionado à responsabilidade civil ficou muito mais relegado, durante o século XIX e o início do século XX, ao fundamento da imputação do dever de indenizar,²⁵² também chamado de nexo de imputação.

Na lição de Fernando Noronha, o nexo de imputação é o fundamento ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa.²⁵³ Ele não se confunde com o nexo causal. Uma coisa é prescrutar o fato causador da lesão mediante uma relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano. Outra, completamente distinta, será investigar a relação entre o dano e o responsável e a quem se liga a consequência de suportá-lo.²⁵⁴

Em regra, o fundamento da imputação é o ato ilícito e, excepcionalmente, poderá haver imputação pelo risco. Em outras palavras, o nexo de imputação se refere ao tipo de modalidade de responsabilidade civil, isto é, a responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Na clássica teoria subjetiva da responsabilidade civil, o nexo de imputação reside no ato ilícito. A concepção clássica da responsabilidade civil englobada no Código Civil francês de 1804 alastrou-se para a Europa Continental. Sob o manto ideológico do liberalismo, a exigência de que a vítima demonstrasse em juízo a imputação do dano ao agente em razão de um ato ilícito culposo era extremamente conveniente à afirmação de um nascente sistema econômico que demandava a não intervenção do Estado na propriedade e nos contratos.²⁵⁵

A teoria subjetiva encontrou suas bases econômicas, sociais, e ideológicas no contexto dos diversos iluminismos europeus, afirmando-se legislativamente com o Código Civil francês de 1804. A base doutrinária da famosa regra do art. 1.382 do *code* resultou dos estudos de Domat e Pothier. Ainda no século XVIII, ambos assentaram a regra geral que incumbe ao culpado indenizar a vítima. Essa

²⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11

²⁵² TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 64

²⁵³ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. v. I, p. 472

²⁵⁴ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 598

²⁵⁵ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 596

concepção de responsabilidade civil decorrente de procedimento culposo se solidificou, expandindo-se pela generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais nos séculos XIX e XX, ficando conhecida como a teoria clássica da responsabilidade civil.²⁵⁶

O modelo individualista da teoria subjetiva era exclusivamente apoiado na culpa como nexa de imputação. Se liberdade, igualdade e fraternidade eram os signos do imaginário do revolucionário, o burguês que se apropriou dos rumos da história ao conduzir os primórdios do capitalismo se serviu apenas da liberdade e da igualdade formal,²⁵⁷ relegando a fraternidade aos anais da história. Assim, os fundamentos da responsabilidade civil restaram sedimentados na teoria da culpa e no binômio repressão-reparação de danos. E, dessa forma, a responsabilidade civil passou a ser visualizada como um direito de danos.²⁵⁸

No ocaso do século XIX, dois juristas franceses coincidentemente produziram inovadoras obras no campo da responsabilidade civil: Raymond Saleilles e Louis Josserand.

Raymond Saleilles propunha que o princípio da imputabilidade viesse a ser substituído por um princípio de simples causalidade, prescindindo a análise subjetiva do comportamento do ofensor.²⁵⁹ Louis Josserand, por sua vez, defendia a ideia de risco como critério de responsabilização, valendo-se da jurisprudência francesa que já vinha aplicando a responsabilidade por guarda de coisa de forma bastante objetiva.²⁶⁰

O ponto em comum da argumentação desses autores consistia no irrefutável fato de que o estado da arte, em termos de inovações tecnológicas, advindas da segunda revolução industrial tornava extremamente difícil a identificação da culpa do ofensor para as inúmeras vítimas de acidentes de trabalho, desastres ferroviários e um sem-número de lesões originárias de outras conquistas da modernidade. Tudo

²⁵⁶ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 601

²⁵⁷ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 605

²⁵⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 76.

²⁵⁹ SALEILLES, Raymond. **Étude sur la Théorie Générale de l'Obligation**. Paris: LGDJ, 1925, p. 376-383

²⁶⁰ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista forense**: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 548–559, abr./jun., 1941, p. 548

isso levava ao questionamento: é certo condenar o autor da atividade, mesmo sem demonstração de culpa, ou simplesmente abandonar a vítima à própria sorte?²⁶¹

Uma conjunção de fatores vagarosamente conduziu a teoria objetiva a um posto de destaque na responsabilidade civil. A massificação de danos, a desenfreada expansão populacional, o crescente apelo por segurança em sociedade e o descontentamento com os resultados das demandas ressarcitórias.²⁶² A figura do ofensor foi cedendo espaço à da vítima, que foi assumindo a centralidade do instituto da responsabilidade civil, na esteira do preconizado pelo princípio da dignidade humana.²⁶³

Travou-se um intenso debate doutrinário, que teve como resultado a adoção da imputação objetiva em quase todos os ordenamentos jurídicos, por meio de leis especiais, aplicáveis a setores específicos, relacionados aos anseios sociais mais graves no campo da responsabilidade civil.²⁶⁴ O apelo pela introdução do princípio da solidariedade se concretizou em 9 de abril de 1898, com a introdução, na França, de uma “lei de responsabilidade por acidentes de trabalho”²⁶⁵, e espalhou-se pelo mundo. Estava normatizada a teoria do risco.

A teoria do risco representa uma profunda ruptura com a teoria de responsabilidade civil aquiliana herdada do direito romano. Com a teoria do risco, o sistema jurídico delibera por procurar um responsável pela reparação, e não mais um mero culpado pelo dano. Passa-se a cogitar pela mera contribuição do agente na criação de um risco excessivo ou anormal, independentemente se ocorreu uma conduta culposa de sua parte.

Bruno Miragem destaca a convivência, no sistema de responsabilidade civil brasileiro, dessas duas modalidades: a culpa, como fundamento do ato ilícito, e o risco, fundamento da imputação objetiva.²⁶⁶ Ocorre que o risco não é a única fonte de imputação objetiva. Pensa-se, por exemplo, no dever de indenizar que possui o dono de um imóvel por objetos que dele caem e atingem a vítima, ou pela

²⁶¹ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 606

²⁶² BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 607

²⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 323

²⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19

²⁶⁵ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 607

²⁶⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015

responsabilidade que possui os pais pelos atos dos filhos menores de idade. Não se pode falar, neste último caso, em criação de um risco pelo papel dos genitores. Atribui-lhes a lei, entretanto, a responsabilidade de modo objetivo pelo encargo social que desempenham, e não com a finalidade de sancionar a criação ou a majoração de um risco.²⁶⁷

Pela solução legislativa do Código Civil de 2002, ao cogitar-se da ilicitude como nexos de imputação de responsabilidade, culmina-se por fracioná-la em duas cláusulas gerais, quais sejam, a ilicitude culposa prevista no art. 186 do Código Civil, e a ilicitude por abuso de direito, localizada no art. 187 do Código Civil. Lateralmente à ilicitude, surgem outros dois nexos de imputação²⁶⁸ da obrigação de reparar o dano: a lei e o risco da atividade, elencados no art. 927 do Código Civil.

Ocorre que, na atual sociedade massificada, o ordenamento jurídico concebe diversos fatores de atribuição da obrigação de indenizar que se desvinculam da ilicitude, mas que não se ancoram especificamente no risco da atividade. Essa multiplicação dos nexos de imputação evidencia a insuficiência da culpa para sozinha cumprir o papel de núcleo irradiador da obrigação de indenizar.²⁶⁹

Menciona-se, como mais recente exemplo, a violação à legislação de proteção de dados pessoais em razão do exercício de atividade de tratamento, prevista no artigo 42 da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, a qual se trata de modalidade objetiva especial diversa da previsão da cláusula geral de risco. Sobre este tema, será abordado com maior profundidade no tópico 3.2.2 desse trabalho.

3.1.2 Entre o risco e o dano à pessoa: a prevenção como princípio constitucional

Neste ponto, os tópicos da pesquisa começam a convergir. No Capítulo 1, constatou-se que estamos vivenciando o alvorecer de um novo período histórico em várias dimensões, quais sejam, a sociedade de risco no campo social, e a quarta

²⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29-30

²⁶⁸ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 596-597

²⁶⁹ BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 598

revolução industrial no mundo do trabalho. Este novo período traz novamente ao bojo das alterações do mundo a discussão sobre os limites entre os espaços público e privado.

No início do Capítulo 2, foi visto que, para a área jurídica, a mesma discussão sobre os espaços público e privado conduziu o debate para a constitucionalização do direito. Esse processo de constitucionalização alçou a dignidade da pessoa humana como seu foco, e transportou a personalidade ao seu centro de proteção.

Por sua vez, a tutela da personalidade humana parte do fundamento de que a dignidade não tem preço, portanto, não pode ser mensurada. A reparação de danos por meio de uma compensação monetária - criada pela modernidade clássica e sedimentada na disciplina de responsabilidade civil - é incompatível com o novo cenário mundial e com os valores que desejamos cultivar enquanto sociedade. Se o risco é uma incerteza e o dano à pessoa é immanentemente irreparável, é imperioso que se tomem medidas para evitá-lo. A resposta não pode ser outra: a prevenção se torna uma necessidade.

A partir de agora, estudar-se-á a prevenção como princípio constitucionalmente assegurado, de modo a autorizar a sua utilização dentro da sistemática de repersonalização como mecanismo de proteção à pessoa humana no geral, e ao empregado em particular, a partir do microssistema de proteção de dados aplicado ao direito do trabalho, que será desenhado e aprofundado no próximo capítulo.

Inicialmente, merece destaque a distinção conceitual entre os princípios da prevenção e da precaução que faz a doutrina.

O princípio da prevenção transmite a ideia de um conhecimento completo sobre os efeitos de determinada técnica. E, em razão do potencial lesivo já detectado, o comando normativo toma o rumo de evitar a ocorrência dos danos já conhecidos. O princípio da precaução, por sua vez, tem um horizonte mais abrangente que vai regular o uso de técnicas sobre as quais não há um domínio seguro de seus efeitos.²⁷⁰

Em outras palavras, o princípio da prevenção será aplicado quando o risco de dano estiver no seu formato atual, concreto e real. Já o princípio da precaução será

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 197

aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos, cujos danos não são conhecidos ou possíveis de serem mensurados.²⁷¹

A prevenção surge “quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa”.²⁷² O princípio da prevenção atua para evitar diretamente o dano e o perigo comprovado cientificamente, além de objetivar ações para afastar eventos previsíveis.²⁷³

Vincula-se ao princípio da precaução, portanto, a incerteza, a qual pode ser observada em três situações: a) aquelas em que há danos reais e confirmados, mas se desconhece a causa (dúvidas quanto ao quê); b) outras, em que há uma causa hipotética para os danos reais, mas não é claro o nexo entre ambos (dúvidas quanto ao por quê); c) e outras em que nem sequer há ainda um dano confirmado, havendo apenas suspeitas (dúvidas quanto ao se). Sobretudo neste último caso, a invocação do princípio da precaução só se justifica quando, apesar de não haver quaisquer danos comprovados (associados a um determinado produto, substância ou tecnologia), houver, mesmo assim, uma probabilidade mínima.²⁷⁴

Quanto ao princípio da precaução, é importante destacar o mesmo já foi objeto do documento institucional denominado “Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução”,²⁷⁵ publicado em 2000 e que propõe uma série de diretrizes procedimentais para uma atuação com base no princípio da precaução.

Inicialmente, a abordagem deve começar por uma avaliação científica, tão completa quanto possível, e, sempre que possível, identificando em cada fase o grau de incerteza científica. Posteriormente, as instâncias de decisão devem considerar uma avaliação das potenciais consequências da inação e das incertezas da avaliação científica ao determinar se devem desencadear uma ação baseada no princípio da precaução.

²⁷¹ No mesmo sentido, Teresa Ancona Lopez. Responsabilidade civil na sociedade de risco, página 6.

²⁷² MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 262.

²⁷³ WEDY, Gabriel. Os elementos constitutivos do princípio da precaução e a sua diferenciação com o princípio da prevenção. *In Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 68, out. 2015.

²⁷⁴ ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano XI, n. 22, p. 9-58, fev. 2008, p. 33.

²⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Comunicação da Comissão relativa ao Princípio da Precaução COM (2000) 1 final**. Bruxelas, 2000. p. 18-19. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:PT:PDF>> Acesso em: 13 mar. 2022.

Da análise dos conceitos operacionais, pode-se traçar dois elementos básicos para uma aplicação prática: estes são a incerteza científica, e o risco de dano. Em relação a incerteza científica, esta pressupõe a falta de certezas absolutas quanto ao risco de dano, isto é, se vincula com a incerteza no tempo conectada com possibilidade de ocorrência de risco de dano grave e/ou irreversível.²⁷⁶ Quanto ao risco de dano a [...] “abordagem do princípio da precaução deve ser feita no sentido de que este é um instrumento de gestão de riscos tendente a evitar o dano[...]” ou “[...] para evitar que o dano já ocorrido continue a gerar consequências”.²⁷⁷

José Joaquim Gomes Canotilho reforça que a diferença prática entre a precaução e a prevenção reside na aplicação do “benefício da dúvida”²⁷⁸. Em outras palavras, isso significa dizer que, por falta de provas científicas evidentes, a precaução tem o dever de proteger antecipadamente o bem jurídico num momento anterior àquele em que a prevenção impõe uma atuação preventiva.

As possibilidades de que a responsabilidade civil possa desempenhar uma função preventiva estão diretamente relacionadas com a percepção que os agentes potencialmente causadores de dano (isto é, os tomadores de decisão) possam ter sobre futuros “acidentes”. Nesse sentido, o tratamento que o Direito empresta ao nexo de causalidade é determinante na maneira como os indivíduos se comportarão quanto às atividades de precaução, independentemente da modalidade de responsabilidade a ser aplicada no caso concreto.²⁷⁹

Como explica Nelson Rosenvald,²⁸⁰ de um lado, há um risco real, factual, objetivo e mensurável que obedece às leis formais da estatística e, de outro, um risco subjetivo, percebido de forma imprecisa. Ainda, explica Rosenvald que a ideia de risco reafirma o pressuposto de regularidade essencial do mundo, pois podem ser calculados com certo grau de sucesso e minimizado por meio da ação ou inação. Explica ele que a diluição dos nexos de causalidade entre evento potencialmente lesivo e o dano leva o tomador da decisão a antecipar o momento da prevenção

²⁷⁶ WEDY, Gabriel. Os elementos constitutivos do princípio da precaução e a sua diferenciação com o princípio da prevenção. *In Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 68, out. 2015.

²⁷⁷ WEDY, Gabriel. Os elementos constitutivos do princípio da precaução e a sua diferenciação com o princípio da prevenção. *In Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 68, out. 2015.

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p. 48-50.

²⁷⁹ SANTOLIM, Cesar. Nexos de causalidade e prevenção na responsabilidade civil. *Revista da AJURIS [S. l.]*, v. 41, n. 136, 2014, p. 95

²⁸⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 120-121

para um limiar temporal muito anterior a possibilidade de ocorrência da lesão. É nesta antecipação da atuação preventiva, segundo o autor, que se concretiza a autonomização da precaução como princípio.

Em outras palavras, valendo-se dos termos operacionais de Ulrich Beck, que foram analisados no Capítulo 1 desta pesquisa, o que determinaria a aplicação de um ou de outro princípio seria o grau de calculabilidade do risco e da possibilidade de encenação do futuro: quanto mais concreto e próximo o risco, a prevenção; quanto mais hipotético ou distante, a precaução. Nesse momento, torna-se mais fácil compreender porque, para Ulrich Beck, a lógica da compensação de danos entra em colapso e é substituída pelo princípio da "precaução pela prevenção": diante da incerteza, presume-se pela probabilidade de concretização da catástrofe, adotando-se medidas preventivas para evitá-la.

Desse modo, uma vez que, como visto, os riscos são multidimensionais, não comportando definições bem delimitadas, conclui-se que a precaução, com a devida vênia à distinção doutrinária que a enquadra como um princípio teórico autônomo, esta se caracteriza, em verdade, como um desdobramento do princípio da prevenção, densificando-se na prática como uma atuação antecipada de medidas preventivas.

No campo legislativo constitucional, o artigo 5º, parágrafo 2º da Carta Maior dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em seu corpo, é possível encontrar dispositivos que trabalham a ideia de prevenção/precaução, ainda que não utilizem estas expressões de forma literal, o que justifica elevar o princípio da prevenção, e a precaução nele inserida, à categoria de princípio constitucional.

De início, destaca-se o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual preceitua que não somente as lesões, mas também as **ameaças de lesões a direitos** não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário, o que convida à reflexão de que não apenas as tutelas jurídicas repressivas, mas também as preventivas, podem e devem ser empregadas pelos operadores do Direito.

O artigo 7º, inciso XXII, prevê a "**redução dos riscos** inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".

O artigo 196 dispõe que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à *redução do risco* de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Ainda na área da saúde, o artigo 198, inciso II, prevê como uma das três diretrizes do Sistema Único de Saúde-SUS o "atendimento integral, com **prioridade para as atividades preventivas**, sem prejuízo dos serviços assistenciais".

O artigo 225 preceitua que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações", e, para assegurar a efetividade desse direito, no mesmo artigo prevê uma série de ações para preservar o meio ambiente. Dentre estas ações, destaca-se o inciso V, que prevê o controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias "que **comportem risco** para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente" e o inciso VII, que veda "**as práticas que coloquem em risco** sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

As normas constitucionais suscitadas ditam a cautela jurídica que deve reger as atividades que incluídos num quadro de incerteza científica quanto a possíveis danos que possam causar o ambiente tragam um risco mesmo que potencial a fim de evitar danos sobre os quais não se tem uma compreensão exata e segura no âmbito científico.²⁸¹

Na sociedade de risco, as atividades potencialmente lesivas ultrapassam as fronteiras geográficas, políticas e jurídicas, caracterizadas por serem simultaneamente globais e transgeracionais. O risco é produto das escolhas tecnológicas, é o fruto dos modelos científicos e dos julgamentos normativos²⁸² que a sociedade considera como bom e correto. E é exatamente por esse motivo que a origem da crítica em relação à ciência e a tecnologia encontra-se exatamente no fracasso da racionalidade científico-tecnológica diante de riscos e ameaças civilizacionais crescentes.

²⁸¹ Nesse sentido, na área ambiental, SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 200

²⁸² OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 325

Ulrich Bech²⁸³ já alertou que as ciências, em sua heterônoma abstinência da práxis, não estão em condições de reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, uma vez que tem destacado envolvimento em seu surgimento e expansão. Tocada pela dúvida, a ciência é obrigada a aplicar a si própria as faculdades da crítica. A ciência perdeu o monopólio do veredicto: o princípio da precaução, objetivando proteger o futuro, convida ao ceticismo.²⁸⁴

Aqui, cabe destacar que a incerteza científica não se confunde com a completa falta de informação sobre possíveis consequências da tecnologia e da ciência, mas sim com a falta de conhecimento conclusivo acerca de suas propriedades, que permanecem no domínio da conjectura ou hipótese, embora a pesquisa a seu respeito tenha sido formulada de acordo com os padrões científicos apropriados.²⁸⁵

Desse modo, os princípios da precaução e da prevenção convidam ao manejo de um conhecimento prudente, pois a complexidade da evolução tecnocientífica já tratada no capítulo anterior dissociou a capacidade de ação, isto é, o controle das causas, e a capacidade de previsão, em outras palavras, o controle das consequências, muitas vezes abstraindo do domínio humano a administração segura entre causa e efeito.²⁸⁶

Nesse contexto, somente uma concepção de justiça voltada à indução da virtude²⁸⁷ será capaz de convidar os atores sociais à adoção de mecanismos mais eficientes para que se possa salvaguardar o meio ambiente, a vida humana e o seu desenvolvimento em todas as suas dimensões.

Esta virtude é a fraternidade, que se torna a categoria jurídica apta a repersonalizar o direito num todo.

²⁸³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 71

²⁸⁴ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 326

²⁸⁵ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014, p. 115-116

²⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002, p.80

²⁸⁷ Para Nelson Rosenthal, essa virtude é a prevenção. Ver ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 99

3.1.3 Uma releitura das funções da responsabilidade civil e a emancipação da responsabilidade preventiva em relação à responsabilidade civil

Como visto no tópico 3.1.1, a responsabilidade civil, independentemente se considerada em sua modalidade subjetiva ou objetiva trabalha com uma visão *ex post* dano. Em outras palavras, isso significa dizer que a responsabilidade civil possui uma função eminentemente reparatória, voltada para o passado, com o objetivo de recompor o patrimônio jurídico do ofendido que fora lesado.

Ocorre que, nos dias atuais, com toda a mudança social e tecnológica pela qual passa o mundo, a função reparatória se mostra insuficiente, uma vez que os atuais danos não são passíveis de reparação. Mesmo em seu aspecto compensatório, este também se mostra incapaz de responder aos danos causados à pessoa humana, os quais são, por vezes, irreversíveis, e deixam profundas marcas que comprometem o exercício futuro de outros direitos de personalidade.²⁸⁸

Dito isso, passar-se-á a verificar as funções clássicas da responsabilidade civil e os motivos pelos quais se torna necessário emancipar o direito de responsabilidade preventiva da doutrina civilista, mas ainda sendo considerada dentro do sistema de repersonalização do direito como um todo.

Segundo Cesar Santolim,²⁸⁹ a função precípua da responsabilidade civil é, historicamente, a da reparação, caracterizando o princípio da reparação integral aquele em torno do qual se articula este instituto, que agrega ao valor fundante dessa disciplina o valor sistemático e o valor dogmático. O conteúdo da função reparatória está essencialmente voltado a uma abordagem retrospectiva. Em outras palavras, uma vez verificado o dano, busca-se compensá-lo nos limites de sua extensão, pois o objetivo é o da reposição do estado de coisas que existia anteriormente ao próprio dano.

²⁸⁸ Por mais que uma pessoa que sofra abalo moral realize tratamento psicológico e ou psiquiátrico para superar os traumas e abalos sofridos, os danos causados em sua personalidade são irreversíveis, e comprometerão o seu pleno desenvolvimento em todas as dimensões de sua vida. Pois mais que receba alta clínica, eventuais gatilhos e situações sempre a farão lembrar a situação traumática pela qual passou, abalando a sua autoconfiança em lidar novamente com a conjunção de fatos que aniquilou a sua personalidade e o seu equilíbrio.

²⁸⁹ SANTOLIM, Cesar. Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil. **Revista da AJURIS [S. l.]**, v. 41, n. 136, 2014, p. 91-92

O sistema de responsabilidade civil reparatório *ex post* dano trabalha com duas categorias: a da reparação natural, em que se busca restituir à vítima o exato bem sobre o qual incidiu o prejuízo, colocando-a o mais próximo possível da situação que antecedeu a ocorrência do dano, seja através da recomposição pela mesma coisa danificada ou sua substituição por outra, e o da indenização pecuniária, entregando à vítima um valor em dinheiro correspondente aos danos sofridos pela mesma. A escolha de uma ou outra categoria depende da opção e tradução de cada ordenamento jurídico.²⁹⁰

Na lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino,²⁹¹ a plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real).

Frente à impossibilidade de reposição do bem violado ao seu estado anterior, passou-se a admitir a função satisfatória. No caso específico dos danos extrapatrimoniais, em face da dificuldade de se quantificar a indenização correspondente, a função preponderante é satisfatória, visto que não é possível estabelecer uma precisa relação de equivalência entre os prejuízos sem conteúdo econômico e a reparação pecuniária.²⁹²

Ocorre que, na sociedade de riscos, o princípio da reparação integral, informador da função reparatória da responsabilidade civil, não é mais capaz de sustentar-se como o único critério orientador para a avaliação de danos. Anderson Schreiber,²⁹³ por exemplo, destaca a "erosão dos filtros da reparação", quais sejam, o "ocaso da culpa" e a "flexibilização do nexos causal" como um choque entre as velhas estruturas e as novas funções assumidas pela responsabilidade civil. Em

²⁹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42

²⁹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58

²⁹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271

²⁹³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5

semelhante entendimento. Maria Celina Bodin de Moraes²⁹⁴ destaca que a estrutura da responsabilidade civil converteu-se em um amálgama de funções atribuídas pela jurisprudência. Judith Martins-Costa,²⁹⁵ por sua vez, salienta que a multiplicidade de funções da responsabilidade civil é hoje um grande problema, que decorre da tensão entre a plasticidade do instituto e as novas necessidades sociais, agregando funções diversas à tradicional função de restauração dos danos causados.

De fato, a proliferação e a extensão de alguns danos, em particular na área do meio ambiente e saúde, situaram o futuro da responsabilidade civil e a questão da adaptação dessa instituição aos fatos no centro das discussões. Não somente os riscos associados ao progresso constante da tecnologia contemporânea são mais numerosos, eles são atualmente menos tolerados pela sociedade. Sintoma da crescente preocupação com segurança, os princípios da prevenção e da precaução parecem cristalizar a crise, amplamente denunciada, que enfrenta atualmente o direito da responsabilidade civil.²⁹⁶

Assim, ao lado da função reparadora, a doutrina²⁹⁷ vem reconhecendo à responsabilidade civil uma função preventiva, com conteúdo prospectivo, focada em evitar a recorrência de situações geradoras de dano.

Afirma-se, tradicionalmente, que a responsabilidade civil previne danos pelo efeito dissuasivo das sanções pecuniárias impostas.²⁹⁸ Entretanto, alguns autores apontam um enfraquecimento da responsabilidade civil como instrumento dissuasivo de condutas antissociais.²⁹⁹

Para Anderson Schreiber,³⁰⁰ a principal causa desse enfraquecimento ocorre em virtude da disseminação dos seguros de responsabilidade civil, que transferem o ônus econômico da condenação para uma seguradora que, por sua vez, diluirá entre

²⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional por danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: Do inadimplemento das obrigações. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 147

²⁹⁶ TAPINOS, Daphné. **Prevention, precaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008, p. 20-21

²⁹⁷ SANTOLIM, Cesar. Nexos de causalidade e prevenção na responsabilidade civil. **Revista da AJURIS [S. l.]**, v. 41, n. 136, 2014, p. 92

²⁹⁸ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil**: funções punitiva e preventiva. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 270

²⁹⁹ VINEY, Geneviève. **Introduction à la responsabilité**. Traité de Droit Civil. Paris, LGDJ, 2007, p. 82-88. E também TOURNEAU, Philippe Le. **Droit de la responsabilité et des contrats**, Dalloz, 2010, p. 04

³⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2009, p. 224

todos os segurados os custos globais advindos das indenizações pagas por meio da cobrança de prêmios. Essa percepção, já era sentida por René Savatier,³⁰¹ ao tratar das vantagens e inconvenientes da amortização dos riscos na sociedade por meio da securitização.

Semelhante entendimento é adotado por Teresa Ancona Lopez,³⁰² ao afirmar que “a ampla ‘socialização dos riscos’ pode tirar o incentivo da tomada de precaução diante dos riscos e da prevenção dos perigos. Sem dúvida, o seguro é o oposto da prevenção”. Um dos efeitos mais graves desta socialização dos riscos é a diluição dessa importante função acessória da responsabilidade civil, qual seja, a prevenção de danos. Isso porque uma natural diligência da pessoa ciente que arcará com a indenização dos prejuízos decorrentes de danos por ela ocasionados são consideravelmente restringidas pela ausência de consequências patrimoniais relevantes em seu patrimônio, decorrente do pagamento dos prejuízos por uma companhia seguradora, fundos públicos ou privados, ou seguridade social³⁰³.

Teresa Ancona Lopez³⁰⁴ avalia que “a função reparadora se esvazia diante do irreparável e essa constatação impulsiona a prevenção e a precaução como princípios da responsabilidade civil”, que terão por objetivo funcionalizar este instituto, como a seguir será explicado.

Considerando a modificação histórica dos modelos de responsabilidade civil e nexos de imputação, da culpa como fonte de indenizabilidade ao risco como fonte de evitabilidade, é possível verificar, na metodologia funcionalista, um ambiente propício ao pleno desenvolvimento de uma responsabilidade na qual se destaca uma função preventiva, antecipatória da ocorrência de danos graves e complexos.³⁰⁵

Esta operacionalização das funções do direito no geral, e de responsabilidade no particular, foi acompanhada de um modelo de agir social. Neste ponto, destacam-se os princípios constitucionais da solidariedade e da fraternidade, este por muito tempo esquecido e já abordado neste trabalho no Capítulo 2, a função social do

³⁰¹ SAVATIER, René. Les métamorphoses économiques et sociales du droit civile aujourd'hui. In: CARVAL, Suzanne. **La construction de la responsabilité civile**: controverses doctrinales. Paris: PUF, 2001, p. 330

³⁰² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 55

³⁰³ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014, p. 21

³⁰⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 121

³⁰⁵ BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: L.G.G.J., 2005, p. 190

contrato, bem como a função social da propriedade, resgatando a fonte teleológica quanto aos fins sociais na aplicação da lei, conforme já determinava o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942³⁰⁶, bem como já manifestava a doutrina alemã do início do século XX,³⁰⁷ de Otto Von Gierke,³⁰⁸ também já exposta no mesmo Capítulo 2 desta pesquisa.

Assim, partindo da funcionalização da responsabilidade civil para a emancipação de uma responsabilidade preventiva, observa-se, inicialmente, o desenvolvimento de uma função preventiva da responsabilidade civil.

Entre os autores que estudam o Direito brasileiro, um dos pioneiros é Fernando Noronha, que divide a responsabilidade civil entre uma finalidade estática, na proteção da esfera jurídica de cada pessoa naquilo que corresponda à expectativa de preservação da situação atual, e outra dinâmica, na qual afloram outras funções como a sancionatória (punitiva) ou preventiva (dissuasória).³⁰⁹

Posteriormente, destaca-se o trabalho de Teresa Ancona Lopez, que evoluiu a precaução como princípio no Direito privado brasileiro, justificando três funções para a responsabilidade civil: a compensatória, a dissuasória e a preventiva, como medida de antecipação de riscos e danos.³¹⁰

No âmbito do direito do trabalho, destaca-se a obra do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Alexandre Agra Belmonte, que será estudada de forma mais detalhada no próximo tópico especificamente sob a ótica trabalhista. Em apertada síntese, sustenta o Ministro Belmonte³¹¹ que a responsabilidade civil cumpre funções preventiva, reparatória, e compensatória. A preventiva é pedagógica ou dissuasória e sancionatória nas responsabilidades subjetiva e objetiva. Enquanto a reparatória visa à recomposição dos prejuízos patrimoniais experimentados pela vítima e com socialização dos custos na objetiva, a compensatória incidente no dano

³⁰⁶ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

³⁰⁷ FERREIRA, Keila Pacheco. Responsabilidade Civil Preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014, p.54

³⁰⁸ GIERKE, Otto von. **La función del derecho privado**: la naturaleza de las asociaciones privadas. Trad. Jose M. Navarro Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. (discurso de Viena. Procurar o original)

³⁰⁹ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 435

³¹⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.17

³¹¹ BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho**: identificação das ofensas extrapatrimoniais morais e existenciais e sua quantificação. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 31

extrapatrimonial é lenitivo da dor moral ou existencial. A função preventiva e pedagógica ou dissuasória e sancionatória atua impondo medidas para evitar o dano ou prevenir contra o risco.

Assim, a função preventiva da responsabilidade civil pode ser compreendida em seu sentido acessório, que traz a ideia de que a indenização imposta em decorrência do dano atua como elemento dissuasório.³¹² Essa função é decorrente da imposição da indenização, como um efeito secundário desta, sendo que o objetivo primordial é mantido na reparação³¹³.

Nesse ponto, convém destacar que, justamente por influência dos princípios da precaução e da prevenção, e do reconhecimento desta função preventiva secundária, é possível vislumbrar um terceiro estágio na evolução da responsabilidade civil.

De acordo com Catherine Thibierge,³¹⁴ desde o fim do século passado, é possível observar a emergência de um terceiro momento na história da responsabilidade: a partir de uma responsabilidade-sanção, fundada na imputação de culpa e centralizada sobre o autor e seu comportamento causador de dano, dominante no século XIX, a qual foi sucedida, mas não substituída, por uma responsabilidade-indenização, fundada no risco e centralizada na vítima e do dano sofrido, que marcaram o século, estaria em vias de surgir esta terceira, sem, evidentemente, substituir as duas precedentes, qual seja uma responsabilidade-antecipação, fundada na prevenção de riscos maiores e na preservação dos interesses ambientais e bioéticos, centralizada nas gerações atuais e futuras, e mais amplamente no ser vivo.

Sem desconsiderar toda a transformação representada pela responsabilidade civil e sua evolução do chamado “direito de danos”, faz-se necessário o pleno desenvolvimento de todas as dimensões nas quais a responsabilidade pode e deve operar. Como explica Catherine Thibierge,³¹⁵ não se trata absolutamente de abalar o direito de responsabilidade civil e de recolocar em discussão a construção

³¹² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 441

³¹³ Nesse sentido, especificamente ao tratar da indenização por dano extrapatrimonial, ver SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275

³¹⁴ THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. **Recueil Dalloz**. Paris, nº 9, 2004, p. 581

³¹⁵ THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de La responsabilité civile?). **Revue trimestrielle de Droit Civile**. 1999, p. 561 e s.

progressivamente elaborada pela ação conjugada da jurisprudência e do legislador. Leciona esta professora que a experiência passada nos fornece ensinamentos preciosos: assim como os promotores do risco o vislumbravam como um substituto para a culpa, a transformação ulterior mostrou que esse novo fundamento permitiu enriquecer os fundamentos da responsabilidade e de modificar o seu regime, deixando à culpa o seu âmbito de aplicação própria.

Ainda na lição desta professora,³¹⁶ assim como antigamente se desvinculava a responsabilidade civil da responsabilidade criminal, uma nova responsabilidade jurídica pode hoje se desvincular da responsabilidade civil, permitindo a criação de uma ação preventiva contra o risco de danos graves e irreversíveis a um interesse essencial da humanidade. Desse modo, punir, reparar e prevenir passam a ser, então, as três principais funções da responsabilidade **jurídica**, desmembrada em responsabilidade penal, civil, e preventiva.

A responsabilidade preventiva vem neste momento atual para responder à emergência dos novos danos, ultrapassando os limites atuais da responsabilidade civil desenhada pela tradição oitocentista, não por uma recolocação em questão dos fundamentos anteriores, mas por uma extensão daqueles, segundo a dinâmica da alteração de paradigma que permitirá à responsabilidade jurídica abranger a plenitude do termo “responsabilidade”³¹⁷.

Esse novo paradigma, já aprofundado no Capítulo 1, faz emergir uma nova ética de responsabilidade, da qual resulta a formulação de um dever geral de segurança, e que culmina na ampliação da responsabilidade civil, não mais restrita unicamente às ações do passado,³¹⁸ mas agora voltada para o futuro.

³¹⁶ THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. **Recueil Dalloz**. Paris, nº 9, 2004, p. 577

³¹⁷ THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de La responsabilité civile?). **Revue trimestrielle de Droit Civile**. 1999, p. 573

³¹⁸ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, v.97, 1998, p. 8

Tabela 1 - Responsabilidade Jurídica

RESPONSABILIDADE JURÍDICA

=

OBRIGAÇÃO DE RESPONDER

Objeto	INFRAÇÕES COMETIDAS prejuízo ao interesse geral	DANOS CAUSADOS prejuízo a um interesse particular ou coletivo	RISCO DE DANOS GRAVES E IRREVERSÍVEIS prejuízo a um interesse essencial da humanidade
Natureza	RESPONSABILIDADE PENAL (repressiva)	RESPONSABILIDADE CIVIL (reparatória)	RESPONSABILIDADE PREVENTIVA (universal)
Função principal	PUNITIVA	REPARATÓRIA	PREVENTIVA
Função acessória	COMPENSAR	PREVENIR	EVITAR
	Assim como a responsabilidade civil se emancipou da responsabilidade penal,		a responsabilidade preventiva se emancipa da responsabilidade civil

Fonte: Adaptado de THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir.

Recueil Dalloz. Paris, nº 9, 2004, p.582

No que tange a prevenção de danos *per se*, destaca-se que, além dos princípios da prevenção e da precaução estudados no tópico anterior, também se encontra previsão constitucional, por meio do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça, materializado no artigo 5º, XXXV da Carta Maior, que acolheu a função preventiva da responsabilidade ao determinar que não se exclua de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.

Assim, como já visto no tópico imediatamente anterior a este, quanto aos princípios da prevenção e da precaução e sua previsão constitucional, a responsabilidade preventiva está estruturada e orientada com base nos mesmos

fundamentos, sendo acolhida também como função acessória da responsabilidade civil.

Desta feita, cabe observar que o princípio tão caro à responsabilidade civil, *alterum non laedere*, pode perfeitamente ser compreendido como um atuar anterior à ocorrência do prejuízo, pois ordena precisamente não causar dano a outrem, incentivando tanto a prevenção *ex ante*, como também a reparação *post factum*.³¹⁹

Por tudo quanto exposto, concorda-se com a doutrina quando esta afirma que a função preventiva não é o escopo principal da responsabilidade civil, ainda que seja considerada num cenário de repersonalização do direito civil, sendo considerada no seu âmbito de atuação como “função acessória, a atuar em paralelo, em conjunto, com a função reparatória”³²⁰.

Nesse mesmo sentido, defendendo o aspecto de atuação paralela, importante destacar a lição de Keila Pacheco Ferreira,³²¹ que considera ser o princípio da reparação integral e o retorno ao *status quo ante* uma ficção teórica, melhor adaptável aos danos patrimoniais, e de intrincada aplicação tanto aos danos difusos e coletivos quanto aos danos causados aos direitos da personalidade. Desse modo, para esta autora, o realce à função preventiva da responsabilidade, que inclui o risco, a potencialidade do dano e a tutela preventiva como discussão prioritária, é tarefa que o ordenamento jurídico não apenas admite como incentiva.

Por este motivo, defende-se uma emancipação da responsabilidade preventiva em relação à responsabilidade civil, sendo aquela primeira com função principal de prevenir o risco de danos graves e irreversíveis, e essa segunda com função principal de reparar o dano, mas também com função acessória de prevenção de danos futuros.

³¹⁹ HERRERA, Edgardo López. La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones. **Revista de derecho de daños 2008-2: prevención del dano**. Dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p.201

³²⁰ RODRIGUES, Cássio Monteiro.. Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. **civilistica.com**, v. 9, n. 1, 9 maio 2020, p. 16. No mesmo sentido, BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo; CORRÊA, Rafael. Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil. **Revista Fórum de Direito Civil**. Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set.-dez./2015, p. 42

³²¹ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014, p. 72

3.1.4 A “porta de entrada” da responsabilidade preventiva no direito do trabalho

No tópico imediatamente anterior, defendeu-se a emancipação de uma responsabilidade preventiva em relação à responsabilidade civil, com fundamentação constitucional, pela previsão contida no artigo 5º, XXXV da Carta Maior, que, ao acolher a função preventiva da responsabilidade, determina que não se exclua de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito. No direito do trabalho, também é possível somar a esta outras previsões constitucionais, aliada à tradicional sistemática de responsabilidade civil, de aplicação subsidiária ao direito do trabalho por força do artigo 8º da CLT.

Neste ponto do trabalho, serão analisadas as transformações históricas da responsabilidade trabalhista até o atual momento em que se defende uma aplicação preventiva da responsabilidade, emancipada da tradicional responsabilidade civil, mas sem excluir esta, dentro da sistemática geral de proteção da pessoa humana.

Dito isso, sem sombra de dúvida, é possível afirmar que o tema da responsabilidade aplicada ao direito do trabalho é um dos mais relevantes na área trabalhista nas últimas décadas.

Basta recordar a Emenda Constitucional nº 45/2004 que, ao incluir o inciso VI no artigo 114 da Constituição Federal,³²² alçou para a competência da Justiça do Trabalho o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais derivados das relações de trabalho, incluindo os derivados dos acidentes do trabalho.³²³ Outra não poderia ter sido o direcionamento: uma vez que as atividades laborais são suscetíveis de gerar danos típicos dessa modalidade de relação jurídica, ela necessita ser analisada através de seus contornos específicos e soluções próprias.

Claro, não se olvide da teoria geral de responsabilidade civil, aplicada subsidiariamente ao direito do trabalho por força do artigo 8º, §1º, da CLT. Não obstante, por sua própria natureza, a responsabilidade trabalhista enseja

³²² BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de outubro de 2021

³²³ BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho**: identificação das ofensas extrapatrimoniais morais e existenciais e sua quantificação. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 81

sistematização específica quanto às hipóteses de configuração e composição dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.³²⁴

Por força da Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada para abranger o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes das relações de trabalho (art. 114, VI, da Constituição da República).³²⁵

É possível dizer que, a partir deste marco histórico, iniciou-se o ramo da disciplina de responsabilidade civil no direito do trabalho, embora já houvesse estudos pretéritos a esse respeito.³²⁶ Entretanto, não existia, até então, qualquer norma trabalhista específica que regulasse a matéria. O artigo 8º da CLT preceitua quais são as fontes do direito do trabalho brasileiro, e dispõe expressamente em seu parágrafo primeiro que "o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho". Passou-se, então, a aplicar-se o direito civil nos foros trabalhistas no que concerne a esta temática.

Não por acaso, na sequência dos acontecimentos, lembra-se ainda a discussão travada no âmbito dos tribunais superiores, qual seja, se o inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal³²⁷ recepcionava a imputação objetiva da responsabilidade civil, prevista no artigo 927, parágrafo único, do então novel Código Civil de 2002. Embora já esteja pacificada no Tribunal Superior do Trabalho, foi apenas no ano de 2020 que o Supremo Tribunal Federal sepultou a querela, ao definir o tema de Repercussão Geral nº 932, no qual decidiu que

³²⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Civis no Direito do Trabalho**: Curso completo de Direito Civil com aplicação subsidiária nas relações de trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 701

³²⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por Danos Morais nas Relações de Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v.73, n. 2, abril/junho, 2007, p. 158

³²⁶ Muito embora no ano de 1998 o STF tenha consagrado o entendimento de ser da Justiça do Trabalho competente para julgar pedido de dano moral decorrente da relação de emprego ao julgar o RE 238.737-4 (de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJU em 5.2.98), também foi destacado o entendimento de ser a Justiça do Trabalho incompetente para julgar pedido de dano moral decorrente de acidente de trabalho, com base no artigo 109, I, da Constituição, opinião expressada antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. (DALAZEN, 2000, p. 14)

³²⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de outubro de 2021

“O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.³²⁸

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi ao encontro do que já afirmava a doutrina: o direito trabalhista abrange tanto os casos de responsabilidade subjetiva como os casos de responsabilidade objetiva.³²⁹

Assim, a responsabilidade do empregador, na modalidade subjetiva, só será possível se restar comprovada a sua culpa. Enquanto que a imputação objetiva da responsabilidade poderá decorrer da lei, do risco da atividade ou de circunstância de risco na realização do serviço. Na lição do Ministro Alexandre Agra Belmonte,³³⁰ são por excelência, hipóteses de responsabilidade objetiva as atividades ou operações perigosas previstas no artigo 193 da CLT para efeito de pagamento de adicional de periculosidade que, por sua natureza ou métodos de trabalho, implicam risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, e as atividades de trabalhador em motocicleta. Ainda, nos termos do artigo 927, parágrafo único, da CLT, o empregador também responde com fundamento na responsabilidade objetiva nas demais hipóteses em que a atividade do empregador for de risco, caso, por exemplo, do serviço bancário.

Convém destacar que os direitos encartados no artigo 7º da Constituição Federal constituem garantias mínimas ao empregado. Desse modo, o artigo 927,

³²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 932** - Possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932>. Acesso em 25 de outubro de 2021

³²⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Cíveis no Direito do Trabalho**: Curso completo de Direito Civil com aplicação subsidiária nas relações de trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 708

³³⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Cíveis no Direito do Trabalho**: Curso completo de Direito Civil com aplicação subsidiária nas relações de trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 709

parágrafo único do Código Civil veio ampliar as garantias de um meio ambiente de trabalho seguro ao trabalhador, incentivando a redução dos riscos inerentes, na esteira do preconizado pelo próprio inciso XXII do artigo 7º da Carta Maior³³¹.

Neste ponto, faz-se necessária uma importante distinção entre “risco da atividade” e atividade de risco” para efeito de interpretação e aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. À primeira vista, as expressões parecem ser sinônimas, mas guardam significados diversos.

O risco da atividade se refere ao “risco proveito” e ao “risco criado”, duas modalidades distintas, mas que por vezes são sintetizadas no famoso brocardo *ubi emolumentum ibi onus* (quem aufero o bônus suporta o ônus), o que pode levar à confusão equivocada de ambas.

O risco proveito tem seu suporte doutrinário na noção de que é sujeito à reparação aquele que retira um proveito ou vantagem do fato causador do dano. Se, por um lado, essa teoria assume que a imputação de riscos deve ser isolada de elementos subjetivos, cabendo à solução à pesquisa da natureza objetiva do fato, por outro lado, culmina por exigir que esse fato seja um dano correlato a um proveito ou a uma vantagem para o agente. Esta corrente foi apresentada no direito pátrio por Alvino Lima.³³²

Essa tese levantou alguns questionamentos, como: o que se deve entender como proveito? Noutros termos, em que casos ou em que condições se pode dizer que uma pessoa retira proveito de sua atividade?³³³ Na lição de Caio Mario,³³⁴ essa doutrina poderia compreender qualquer atividade, pois somente um insensato não realizaria atos sem ser guiado por um interesse de cunho pecuniário ou moral. Por outro lado, se restringíssemos a teoria apenas à seara econômica, a responsabilidade embasada na teoria do risco proveito ficaria restrita aos comerciantes ou industriais, o que lhe retiraria o valor de fundamento da responsabilidade civil porque restringiria sua aplicação a determinadas classes, uma

³³¹Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de outubro de 2021

³³²LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. Revista dos Tribunais: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.147-148

³³³FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. Revista dos Tribunais: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 611

³³⁴PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 281

vez que somente seriam responsáveis aqueles que tiram proveito da exploração de uma atividade, envolvendo, em última análise, uma influência subjetiva da conceituação de responsabilidade civil.

Cindindo com a teoria do risco proveito, Caio Mario tornou-se o difusor da concepção do risco criado³³⁵. A partir dela, entende-se que o dever de reparar não se subordina ao pressuposto da vantagem, pois o que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente. A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco proveito, uma vez que aumenta os encargos do agente e é mais equitativa para a vítima, que não precisa provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício auferido pelo causador do dano.³³⁶

Já no que tange às atividades de risco, se encontramos dificuldades de enumerá-las no direito comum, no Direito do Trabalho não enfrentamos os mesmos obstáculos. O direito laboral possui algumas atividades consideradas de risco, como as atividades insalubres e perigosas, listadas respectivamente nas Normas Regulamentadoras nº 15³³⁷ e nº 16³³⁸ do antigo Ministério do Trabalho e Emprego. Além dessas, menciona-se ainda a lista de riscos ocupacionais prevista pela Norma Regulamentadora nº 9³³⁹, também do antigo Ministério do Trabalho e Emprego.

A toda evidência, “atividade de risco” é um conceito aberto, não taxativo, sendo tarefa da jurisprudência de enquadrar cada caso concreto, com o auxílio da doutrina e do universo normativo existente. Nem toda a atividade laboral será classificada como “atividade de risco”, embora o empregador certamente arcará com o “risco da atividade”, no qual é possível incluir a imputação objetiva de reparar o dano causado a seu empregado quando este, ao realizar uma atividade de risco,

³³⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 287

³³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 612

³³⁷ MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Norma Regulamentadora No. 15 (NR-15)**.

Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-15-nr-15>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

³³⁸ MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Norma Regulamentadora No. 16 (NR-16)**.

Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-16-nr-16>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

³³⁹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Norma Regulamentadora No. 9 (NR-9)**.

Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-9-nr-9>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

sofre um dano, independentemente se aquela atividade lhe causou um benefício ou um proveito.

Em vista disso, na esteira da doutrina responsabilista que fundamenta a disciplina no âmbito do direito do trabalho, é possível dizer que a “atividade de risco” é uma modalidade trabalhista do conceito de “risco criado”. Especificamente para o direito do trabalho, a distinção é importante pois, nos termos do artigo 2º da CLT, o empregador é aquele que assume “os riscos da atividade econômica”,³⁴⁰ mas só sofrerá a imputação objetiva do dever de indenizar o acidente de trabalho se o seu empregado realizar uma “atividade de risco”.

Isso significa dizer que não é simplesmente pelo risco proveito que haverá responsabilidade objetiva, porque todo o empregador, ao assumir os riscos da atividade econômica, lucra com a atividade realizada pelo seu empregado, seja esta atividade especificamente de risco ou não. Assim, para ser considerada “atividade de risco”, as relações laborais devem se desenvolver em atividades empresariais de risco ou em circunstâncias suscetíveis de colocar o trabalhador em risco, nos parâmetros acima delineados com base nas normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego. Os demais casos deverão passar pelo crivo da responsabilização subjetiva, averiguando-se a existência de culpa do empregador para ocorrência da reparação do dano.

Quanto à responsabilidade preventiva, o dano pela ofensa tem nas relações de trabalho previsão em vários dispositivos. Por exemplo, é direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, nos termos do artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal. Outro exemplo encontra-se no artigo 45 da Lei nº 9615/1998, que preceitua que as entidades de prática desportiva são obrigadas a contratar seguro de vida e de acidentes pessoais, vinculado à atividade desportiva, para que os atletas profissionais com o objetivo de cobrir os riscos a que eles estão sujeitos. Logo, não basta ocorrer o dano para que se configure a responsabilidade. Na lição de Alexandre Agra Belmonte,³⁴¹ a falta de ações preventivas, quando exigidas por lei,

³⁴⁰ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

³⁴¹ BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Cíveis no Direito do Trabalho**: Curso completo de Direito Civil com aplicação subsidiária nas relações de trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 711

configuram, por si só, a responsabilidade. A transgressão do disposto no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, pode importar no fechamento provisório definitivo do estabelecimento por falta de preparo das condições ambientais, não pelo dano, mas pelo risco de dano. Por sua vez, a violação do disposto no artigo 45 da Lei nº 9615/1998 pode importar indenização por dano moral, pelo risco que a entidade desportiva, ao não fazer o seguro, submeteu o atleta.

Estes dispositivos legais colocam em xeque a concepção de que somente a partir do resultado do evento danoso estará configurada a responsabilidade. Ora, a simples exposição ao risco, independentemente do resultado, ou a falta de ações preventivas, quando exigidas por lei, configuram por si só a responsabilidade.³⁴² Note-se que até mesmo em caso de força maior, a imprevidência do empregador a descaracteriza, fazendo incidir a sua responsabilidade, nos termos do artigo 501, parágrafo primeiro, da CLT.³⁴³

Observa-se, portanto, que a responsabilidade preventiva não exige que ocorra o sinistro, subsistindo o havendo o dever de indenizar moralmente pelo risco de dano, o que ensejará indenização por dano moral *in re ipsa*. Como exemplo de indenização por dano moral *in re ipsa*, traz-se à colação os seguintes exemplos dados pelo Ministro Alexandre Agra Belmonte:³⁴⁴ se um banco submeteu em bancário a transportar o numerário, o risco à segurança caracteriza o dano moral pela ofensa. De igual sorte, há a responsabilidade preventiva por dano moral *in re ipsa* quanto o empregador submeter o trabalhador a laborar em andaime no 20º andar de um prédio sem cinto de segurança e outros equipamentos preventivos, mesmo que não ocorra infortúnio, exponha o trabalhador a risco moralmente indenizável.

Desse modo, por tudo o que foi exposto anteriormente, o Ministro Alexandre Agra Belmonte conceitua a responsabilidade preventiva trabalhista como sendo “a relação jurídica consistente na atribuição do dever genérico garantido por lei ou do

³⁴² BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho**: identificação das ofensas extrapatrimoniais morais e existenciais e sua quantificação. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 66-68

³⁴³ Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

³⁴⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Cíveis no Direito do Trabalho**: Curso completo de Direito Civil com aplicação subsidiária nas relações de trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 712

corrente do contrato de compensar o risco de dano quando, sem prevenção, o ofensor submeter pessoa ou bem do respectivo patrimônio à situação de perigo”.

3.2 O REGIME DE RESPONSABILIDADE PREVENTIVA DA LGPD

Encontra-se basicamente três previsões a respeito da responsabilidade na LGPD. A primeira se localiza no art. 6º, inciso X, que prevê a "responsabilização e a prestação de contas" como princípios a ser observado pelas atividades de tratamento de dados pessoais. Nos exatos termos do inciso em comento, essa "responsabilização e prestação de contas" significa 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".³⁴⁵

A segunda previsão está contida na Seção II do Capítulo IV da LGPD, em seus artigos 31 e 32. Em apertada síntese, ela prevê, nos casos de tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, uma intervenção da autoridade nacional, que "poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação"³⁴⁶ e, ainda, que "poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público".

A terceira, e a mais famigerada, está prevista na Seção III do Capítulo VII, artigos 42 a 45, que dispões sobre a responsabilidade e o ressarcimento de danos. Esta última tem sido objeto de intensos debates, uma vez que o legislador não optou expressamente nem pelo regime de imputação objetiva, nem pelo regime de responsabilidade subjetiva. Por este motivo, ela será objeto de estudo mais detalhado na sequência.

³⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11 de julho de 2023

³⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11 de julho de 2023

Neste momento introdutório, constata-se que a LGPD inaugurou um novo sistema de responsabilidade jurídica, enaltecendo a responsabilidade preventiva, esta última emancipada da responsabilidade civil e de sua função preventiva acessória, que foi chamado por alguns doutrinadores de "responsabilidade proativa"³⁴⁷. Isso porque a LGPD não impõe ao agente apenas observar o mandamento da lei, mas também exige a demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, a eficácia dessas medidas. Tanto é assim que, no caso dos órgãos públicos, a ANPD poderá intervir de forma preventiva, antes da ocorrência de qualquer dano aos cidadãos, para que a violação à legislação seja cessada.

Dentro do microsistema de responsabilidade jurídica da LGPD, é possível observar a coexistência dos dois regimes distintos de responsabilidade jurídica: o regime de responsabilidade do artigo 6º, incisos VIII, e X da LGPD: a responsabilidade preventiva; e o regime de responsabilidade dos artigos 42 a 45 da LGPD: a responsabilidade civil, que serão melhor tratados na sequência.

3.2.1 Do regime de responsabilidade do artigo 6º, incisos VIII, e X da LGPD: a responsabilidade preventiva

Superado o debate de que a responsabilidade preventiva se trata de um regime de responsabilidade autônoma e emancipado da responsabilidade civil, conforme já exposto especialmente no tópico 3.1 3, tem-se que a LGPD presta sua reverência a esta modalidade ao dispor, em seu artigo 6º, incisos VIII e X,³⁴⁸ que as

³⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **LGPD**: um novo regime de responsabilização civil dito "proativo". Editorial. Civilística. Ano 8. n. 3. 2019, p. 1-6

³⁴⁸ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

(...)

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

(...)

X - responsabilização e prestação de contas: 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.

atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e o princípio da prevenção, da responsabilização e da prestação de contas.

Em interpretação autêntica, estabelece a lei que a prevenção significa a “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”,³⁴⁹ e que a responsabilização e a prestação de contas são 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”.³⁵⁰

Embora superada a discussão neste trabalho se tratar a responsabilidade preventiva de regime autônomo em relação à responsabilidade civil, ressalta-se que esta previsão, por si só, não se confunde com uma “responsabilidade civil sem danos”. Isso porque a responsabilidade civil, por possuir como função principal a reparatória, exige necessariamente a concretização do dano.

Aqui, ao se analisar tão somente o conjunto dos princípios estabelecidos no artigo 6º, incisos VIII e X da LGPD sob a ótica da responsabilidade preventiva, depreende-se que a não adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais, ou a não adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais ensejará a responsabilização dos agentes de tratamento, não pela previsão do artigo 42 da LGPD (esta sim, que se trata de responsabilidade civil e exige o dano como um de seus requisitos), mas sim pela previsão do supramencionado artigo 6º, incisos VIII e X, combinado aos artigos 31 e 32 da LGPD, que assim dispõem:³⁵¹

Seção II **Da Responsabilidade**

³⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11 de julho de 2023

³⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11 de julho de 2023

³⁵¹ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11 de julho de 2023

Art. 31. Quando houver infração a esta Lei em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação.

Art. 32. A autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público.

Como se pode notar, estes artigos estão inseridos dentro do Capítulo IV, intitulado “Do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público”, o que sobreleva o legítimo questionamento sobre a sua aplicabilidade às pessoas jurídicas de direito privado.

Pois bem, para responder a esta pergunta, convém lembrar que o artigo 3º da LGPD estabelece a sua aplicação “a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado”,³⁵² e que o artigo 52 da LGP dispõe ainda que os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional, sem excluir as pessoas de direito privado de sua atuação fiscalizatória. Assim, embora os artigos 31 e 32 da LGPD se refiram especificamente às pessoas de direito público, não estão excluídas as pessoas de direito privado desta responsabilização.

Além disso, em uma interpretação sistemática de repersonalização do direito como um todo, tendo a pessoa humana como centro de proteção, entende-se que, além da ANPD, outras entidades que possuem legitimidade para a fiscalização das relações jurídicas que envolvam as pessoas jurídicas de direito privado, tais como, por exemplo, o Ministério Público do Trabalho em relação aos empregados, por possuem legitimidade na defesa dos direitos de sua competência, poderão atuar da mesma forma que a ANPD atua em relação ao Poder Público, podendo enviar informes com medidas cabíveis para fazer cessar a violação que por ventura tenha sido a eles notificada, solicitar a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais no âmbito de sua atividade fiscalizatória.

³⁵² BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11 de julho de 2023

Especificamente sobre as relações de trabalho, esta atuação será melhor explanada no próximo capítulo.

Diga-se, ainda, que esta visão ora exposta acima está em consonância com a regulação da União Europeia, em cujo artigo 24º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados-RGPD,³⁵³ intitulado “Responsabilidade do responsável pelo tratamento”, assim estabelece:

Artigo 24º
Responsabilidade do responsável pelo tratamento

1. Tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica as medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento. Essas medidas são revistas e atualizadas consoante as necessidades.
2. Caso sejam proporcionadas em relação às atividades de tratamento, as medidas a que se refere o nº 1 incluem a aplicação de políticas adequadas em matéria de proteção de dados pelo responsável pelo tratamento.
3. O cumprimento de códigos de conduta aprovados conforme referido no artigo 40º ou de procedimentos de certificação aprovados conforme referido no artigo 42º pode ser utilizada como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações do responsável pelo tratamento.

Constata-se, portanto, que o RGPD estabelece autêntica responsabilidade preventiva aos agentes de tratamento, os quais devem aplicar medidas técnicas e organizativas para assegurar e comprovar que o tratamento de dados pessoais é realizado em conformidade com o regulamento estabelecido, justamente com o objetivo de prevenir os riscos para os direitos e liberdades das pessoas naturais.

Nota-se, por fim, que este regime de responsabilidade previsto pelo artigo 24º do RGPD não se confunde com o regime de responsabilidade civil previsto no mesmo regulamento, mas em seu artigo 82º, que trata sobre o “Direito de indenização e responsabilidade”. À semelhança da regulamentação europeia, também a LGPD estabelece o seu próprio regime geral de responsabilidade civil

³⁵³ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados-RGPD**. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>> Acesso em 11.07.2023

para fins de proteção de dados. Sobre este regime de responsabilidade civil, o tema será abordado com maior profundidade na sequência.

3.2.2 Do regime de responsabilidade dos artigos 42 a 45 da LGPD: a responsabilidade civil

A Lei Geral de Proteção de Dados trouxe, nos artigos 42 a 45, regras referentes à responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais, no clássico regime que possui como função principal a reparatória de danos.

Este regime de responsabilidade civil inaugurou aquele que deverá ser o assunto pelos próximos anos: a natureza da obrigação de indenizar, isto é, se subjetiva, baseada na falta a um dever de conduta imposto ao agente de tratamento, ou objetiva, fundamentada no risco da atividade desenvolvida pelos agentes³⁵⁴.

Segundo Gisela Sampaio e Rose Meireles,³⁵⁵ a LGPD adotou claramente a teoria subjetiva da responsabilidade civil. Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato³⁵⁶ acreditam que a LGPD adota a chamada teoria ativa ou proativa da responsabilidade civil. Caitlin Mulholland,³⁵⁷ Danilo Doneda e Laura Mendes³⁵⁸ consideram que a atividade de tratamento de dados encerra um risco e se caracteriza, portanto, como responsabilidade objetiva.

³⁵⁴ MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? **Migalhas**. 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-daresponsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

³⁵⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau, "Término do tratamento de dados", *In*: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**, Editora RT: São Paulo, 2019, p. 231.

³⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. *In*: **Cadernos Adenauer**, volume 3, Ano XX, 2019.

³⁵⁷ MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? **Migalhas**. 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-daresponsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

³⁵⁸ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, 2018, p. 555.

Para Iuri Pinheiro, Fabrício Lima, e Vólia Bomfim,³⁵⁹ o panorama acima mencionado demonstra que há forte tendência doutrinária em se adotar apenas a responsabilidade subjetiva, com culpa presumida. Não obstante, uma vez que a LGPD, lei especial, não trouxe a culpa como elemento necessário para a configuração de responsabilidade, estes autores defendem que, em tese, é possível a aplicação da responsabilidade objetiva.

Terceira vertente doutrinária, na qual se destaca o protagonismo dos autores Rafael de Freitas Valle Dresch e José Luiz de Moura Faleiros Junior,³⁶⁰ afirma que a responsabilidade civil adotada pela LGPD enquadra-se em uma categoria especial de responsabilidade objetiva, que ocorrerá em circunstância muito peculiar: quando ocorrer o “não cumprimento de deveres impostos pela legislação de proteção de dados, em especial o dever de segurança por parte do agente de tratamento”.³⁶¹

A resposta para esta indagação só pode se encontrar nos alicerces da disciplina de responsabilidade civil, e, adianta-se, concorda-se com essa terceira vertente doutrinária.

Como visto nos pontos anteriores deste Capítulo, a responsabilidade encontra seu maior fundamento do princípio do *neminem laedere*, ou seja, não causar dano a quem quer que seja. O nexo de imputação da responsabilidade é o ato ilícito que, no Código Civil brasileiro, está previsto na regra geral do artigo 186, que prevê a culpa, o nexo causal e o dano como seus pressupostos; e no artigo 187, que traz a previsão do abuso de direito, melhor compreendido como o exercício irregular de um direito. Além do ato ilícito, o Código Civil traz mais dois nexos de imputação no artigo 927, parágrafo único, que prevê a obrigação de “reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Em qualquer caso, podemos extrair por base três elementos para a sua caracterização: a conduta, o nexo de causalidade, e o dano.

³⁵⁹ PINHEIRO, Iuri. **Manual do compliance trabalhista**: teoria e prática. Fabrício Silva Lima, Iuri Pinheiro, Vólia Bomfim. 2 ed. – Salvador: Juspodivm, 2021, p. 756

³⁶⁰ DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018. In: ROSENVALD, Nelson; WESENDONCK, Tula; DRESCH, Rafael. (Org.). **Responsabilidade civil**: novos riscos. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2019, p. 65-90.

³⁶¹ DRESCH, Rafael de Freitas Valle; STEIN, Lílian Brandt. Direito fundamental à proteção de dados e responsabilidade civil. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Portugal, ano 3, 2021, p. 234

Quando se trata de responsabilidade subjetiva por ato ilícito, a conduta é qualificada pela culpa em sentido amplo, traduzida na ação ou omissão voluntária (dolo), ou na negligência, imprudência ou imperícia (culpa em sentido estrito). Quanto se tratar de abuso de direito, a conduta é qualificada pelo seu exercício irregular, quando o seu titular “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Em ambos os casos, o nexos causal consiste justamente no fato de ter sido esta conduta qualificada a originadora do dano sofrido.

Quando se tratar de responsabilidade objetiva por ato de terceiro (artigo 932, especificado no artigo 933 do Código Civil), ou responsabilidade objetiva por fato de coisa ou animal (artigos 936 a 938 do Código Civil), a conduta será o ato de terceiro descrito, qualificado pela culpa em sentido amplo de seu agente, ou o fato jurídico qualificado pela posse ou propriedade, respectivamente, enquanto o seu nexos causal será a previsão legal que atribui a imputação de ressarcir o dano. Por sua vez, nos casos de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, a conduta será o efetivo exercício da atividade, qualificada pelo risco, e o seu nexos de causalidade também será a previsão legal que atribui a imputação de reparação.

Delineada esta tábula elementar, analisa-se agora o teor do artigo 42 da LGPD que, *ipsis litteris*, assim dispõe:

O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

Da leitura do supramencionado artigo, observa-se inicialmente que não há menção à culpa em sentido amplo. Porém, tampouco há menção à inexigibilidade de culpa. É possível excluir, portanto, a primeira hipótese de imputação prevista no art. 927, parágrafo único do Código Civil, uma vez que não está especificado em lei.

Em outro viés, nota-se que a conduta prevista no suporte fático da norma é o **exercício da atividade de tratamento de dados pessoais**, devendo esta ser qualificada pela **violação à legislação de proteção de dados**. Em outras palavras,

se a atividade de tratamento não violar a LGPD, não haverá responsabilidade ante a ausência de um dos seus elementos.

Assim, com base nas premissas antes apontadas, é possível estabelecer uma nova regra que atenda a todas as previsões de responsabilidade civil, seja a responsabilização subjetiva, seja a imputação objetiva, seja o abuso de direito, seja ainda a previsão da LGPD ou qualquer outro nexo de imputação que venha a ser criado: **aquele que, em virtude de uma conduta qualificada, causar dano a outrem, deve repará-lo.**

As condutas qualificadas são sistematicamente apresentadas e sintetizadas na tabela abaixo para facilitar a compreensão e a visualização do tema:

Tabela 2 - Hipóteses de Responsabilidade

	Conduta	Qualificadora
Subjetiva	Ação ou Omissão	Culposa
Objetiva	Atividade normalmente desenvolvida Encargo Social	de Risco definido por lei
Abuso de Direito	Exercício de Direito	Excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes
LGPD	Tratamento de Dados	Violação à LGPD

Fonte: Elaborado pela Autora

Alguém ainda não convencido poderia alegar, a fim de justificar a aplicação da imputação objetiva à LGPD pelo risco, que a atividade de tratamento de dados é uma atividade de risco.

Ora, nesse ponto, convém lembrar que, como já explicado no ponto 3.1.1, não é o mero risco da atividade que gera o dever de indenizar na responsabilidade objetiva. Também já demonstrado no ponto 3.1.4, tampouco é assim na responsabilidade objetiva trabalhista. O parágrafo único do art. 927 do Código Civil, trata-se, em verdade de um tipo aberto ao versar que a “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, que passará pelo crivo do julgador conforme as características do caso concreto e a legislação específica que orbita a relação jurídica sob análise.

Ao tratar da responsabilização na LGPD, o legislador afinou as suas hipóteses de incidência ao criar o novo nexo de imputação com base na conduta qualificada de **tratamento de dados em violação à LGPD**, caracterizando-se, portanto, como uma responsabilidade objetiva especial. Esta residirá apenas no descumprimento das obrigações legais e regulamentares do tratamento de dados que vier a causar danos, as quais, sim, são passíveis de previsibilidade, incluídas nesta hipótese a manutenção ordinária e preventiva da lei, por sua natureza mandatória e previsível.

Na LGPD, não importa qual é a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, importa a regularidade e a conformidade do tratamento de dados pessoais. Tanto é assim que foi definida como excludente de responsabilidade a hipótese embora tenha sido efetivamente realizado o tratamento de dados pessoais que é atribuído ao agente, não houve violação à legislação de proteção de dados (artigo 43, inciso II, da LGPD).

Além disso, nesta previsão legal também se revela a importante função acessória da responsabilidade civil: a preventiva. Isso porque ela se apresenta como um mecanismo de incentivo aos agentes para que atendam aos deveres decorrentes da proteção de dados, especialmente, do dever geral de segurança previsto no artigo 46 da LGPD, encorajando o a criação de uma cultura de boas práticas, a partir da adoção de medidas de mitigação de riscos.³⁶²

No tocante, convém destacar que o professor Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³⁶³ já havia reconhecido uma “função preventiva da indenização por

³⁶² DRESCH, Rafael de Freitas Valle; STEIN, Lílian Brandt. Direito fundamental à proteção de dados e responsabilidade civil. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Portugal, ano 3, 2021, p. 236

³⁶³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275

dano extrapatrimonial”, pois estimula “especialmente as grandes empresas, a adotarem medidas de prevenção para evitar a ocorrência reiterada de atos ilícitos da mesma natureza”. Como explica o professor, esta função preventiva da indenização repercute no momento da fixação dos critérios para sua quantificação.

Pois bem, a própria LGPD criou esta possibilidade em seu artigo 52, parágrafo 1º, inciso VIII, ao prever que a sanção será aplicada após procedimento que possibilite observar "a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados".

Esta conduta de autorregulação dos agentes de tratamento poderá ser utilizada como parâmetro a fim de reduzir o valor de indenização no caso de eventual responsabilização pelos danos causados ao ofendido, o que será abordado de forma mais aprofundada no próximo tópico.

3.2.3 A autorregulação dos artigos 46 a 51 da LGPD como parâmetro para a quantificação da sanção ou da indenização a ser fixada

Como visto dos dois tópicos imediatamente anteriores, a responsabilidade jurídica na Lei Geral de Proteção de dados-LGPD está organizada em dois regimes: o de responsabilidade preventiva, com base no artigo 6º, incisos VIII e X deste diploma legal, e se refere às infrações cometidas pelo descumprimento à legislação, e o regime de responsabilidade civil, previsto nos artigos 42 a 45 do mesmo instrumento legislativo, que dizem respeito à obrigação de reparar o dano causado ao titular dos dados pessoais pela violação da lei. Embora com funções principais diferentes, ambos preveem o mesmo dever geral de conduta: o de realizar o tratamento de dados pessoais em conformidade com a legislação.

Isso inclui, na responsabilidade preventiva, o dever positivo de aplicar medidas de segurança com o objetivo de coibir a ocorrência de danos durante as atividades de tratamento de dados pessoais, e de implementar medidas de boas práticas e de governança a fim de assegurar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados. Por sua vez, na responsabilidade civil, está

relacionado ao dever negativo de não violar a legislação de proteção de dados pessoais e, por conseguinte, o de não causar danos em decorrência de eventual violação.

Como já visto, a responsabilidade civil possui como função acessória a função preventiva. Isso significa dizer que a falta de adoção de medidas de segurança, de boas práticas, e de governança também viola a LGPD e, ao causar dano, gera o dever de indenizar. Tanto é esta, e não outra, a interpretação a ser dada ao microsistema de responsabilidade jurídica da LGPD, que o próprio legislador estabeleceu previsão específica ao afirmar no parágrafo único do artigo 44 desta carta legal que "responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano".

Assim, no caso de não haver a aplicação dessas medidas preventivas de segurança, de boas práticas e de governança, a responsabilidade preventiva ensejará na aplicação de uma sanção administrativa prevista no artigo 52 da LGPD.³⁶⁴ De outra banda, ao causar dano por violar a legislação durante o tratamento de dados pessoais, a responsabilidade civil culminará na fixação de uma indenização a fim de reparar o dano causado ao ofendido.

Exposta a situação, faz-se o seguinte questionamento: embora não tenha evitado a violação da LGPD, em ambos os casos de responsabilidade preventiva e civil, e não tenha evitado a ocorrência de dano especificamente no caso da responsabilidade civil, a implementação dessas medidas preventivas teria o condão

³⁶⁴ Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

VII - (VETADO);

VIII - (VETADO);

IX - (VETADO).

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador;

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

de reduzir o valor da sanção administrativa ou da indenização a ser aplicada, conforme o caso?

Em outras palavras, interessa pesquisar, neste ponto, a possibilidade de se utilizar a autorregulação prevista pelos artigos 46 a 51 da LGPD como parâmetro para a quantificação da indenização ou sanção a ser aplicada.

A resposta, adianta-se, é afirmativa, para ambos os regimes de responsabilidade preventiva e civil previstos pela LGPD, mas com ressalvas quanto a este último. Em um primeiro momento, se faz necessário explicar em melhores termos o que seria a autorregulação, para então demonstrar a sua aplicabilidade como parâmetro para a quantificação da sanção ou da indenização a ser fixada nos dois regimes de responsabilidade.

A autorregulação se trata das medidas preventivas de segurança, de boas práticas e de governança³⁶⁵ previstas pelos artigos 46 a 51 da LGPD. Sob a Seção I intitulada “Da Segurança e do Sigilo de Dados”, encontram-se abrigados os artigos 46 a 49, que dispõem sobre o dever dos agentes de tratamento em “adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”.

Sob a Seção II intitulada “Das Boas Práticas e da Governança”, encontram-se os artigos 50 e 51 da LGPD. O artigo 50 estabelece uma série de medidas, tais como condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. Essas medidas, com o objetivo de aplicar os princípios da segurança e da prevenção indicados nos incisos VII e VIII da referida lei, devem demonstrar sua efetividade em cumprir com a LGPD.

Os mecanismos de autorregulação podem ser vários, conforme a realidade e a necessidade de cada pessoa jurídica ao realizar o tratamento de dados pessoais. Dentre as exigências legais, menciona-se especialmente o *Record of Processing Activities*-ROPA, isto é, o Registro das Atividades de Tratamento, e o Relatório de

³⁶⁵ Nesse sentido, DE CARVALHO, Vinicius Marques; MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Boas práticas e governança da LGPD. In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 365

Impacto à Proteção de Dados-RIPD, os quais se considera imprescindíveis ante à previsão legal.

O ROPA é citado expressamente no artigo 30 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados-RGPD,³⁶⁶ sendo fundamental a sua elaboração. Na LGPD, encontra-se correspondência na previsão contida no artigo 37³⁶⁷ desta carta legal, que prevê aos agentes de tratamento a obrigação de “manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse”. A elaboração deste registro de operações de tratamento de dados é relevante por vários motivos. Dentre eles, menciona-se a identificação do tipo de dados pessoais tratados, ou seja, se se caracterizam como dados sensíveis por exemplo, a necessidade de se mapear as bases legais que ensejam o tratamento realizado, para demonstrar conformidade, para cumprimento dos princípios da transparência, da segurança, da prevenção e da prestação de contas (artigo 6º, incisos VI, VII, VIII e X, da LGPD), e para fins de fiscalização pela ANPD.

O RIPD encontra seu embasamento legal nos artigos 5º, inciso XVII, e 38 da LGPD, que o considera a “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais”. Neste documento, devem ser detalhadas as operações com dados pessoais, bem como devem ser identificadas as “medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco”.

Pela exegese da LGPD, o RIPD deverá ser elaborado apenas para os tratamentos de dados que possam expor a risco as liberdades civis e os direitos fundamentais dos seus titulares, não sendo necessário, portanto, a sua elaboração para todas as hipóteses de tratamento. Além disso, nos exatos termos do artigo 38, parágrafo único, do mesmo diploma legal, ele deverá conter, no mínimo, “a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mitigação de riscos adotados”. Nesse sentido, para

³⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados-RGPD**. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>> Acesso em 11 de julho de 2023.

³⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11 de julho de 2023.

Claudia Lima Marques e Cíntia Rosa Pereira de Lima,³⁶⁸ em se tratando de tratamento de dados com base no legítimo interesse ou se tratando de tratamento de dados pessoais sensíveis, este documento é obrigatório. Nas outras situações, o Relatório de Impacto à Proteção de Dados será facultativo.

Além destes documentos acima mencionados, os agentes de tratamento podem elaborar documentos e diretrizes próprios, com o objetivo de atender à conformidade da operação de tratamento de dados pessoais. Apenas a título exemplificativo, é possível mencionar a possibilidade de implementação de um sistema de gestão de *compliance* com a elaboração códigos de ética e de conduta,³⁶⁹ a de modo a garantir e demonstrar o compromisso com o efetivo cumprimento das normas legais de proteção de dados desde o início do tratamento, e a implementação de medidas de adequação, com o objetivo de realinhar os sistemas de informação e procedimentos internos³⁷⁰ após a identificação dos riscos, a fim de preveni-los.

Menciona-se, por fim, que a LGPD permite ainda a criação de outros mecanismos regulatórios calcados em regras livremente pactuadas pelos interessados,³⁷¹ o que é evidenciado em seu artigo 50, ao dispor que os controladores e operadores poderão formular regras de boas práticas e de governança por meio de associações, podendo estabelecer, dentre outros, os procedimentos para realizar reclamações e pedidos dos titulares dos dados pessoais.

Todos esses mecanismos de autorregulação, embora tenham por objetivo cumprir com as normas de proteção de dados pessoais e implementar medidas eficazes para prevenir a ocorrência de danos, dificilmente conseguirão eliminar totalmente o risco que envolve o tratamento de dados pessoais justamente pela

³⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima; DE LIMA Cíntia Rosa Pereira. Relatório de impacto à proteção de dados dos trabalhadores: dilemas em torno da análise de risco. **Estudos sobre LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados – lei nº 13.709/2018**: doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral. BARZOTTO, Luciane Cardoso; COSTA, Ricardo Hofmeister de Almeida Martins (Org.)- Porto Alegre: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Diadorim Editora, 2022, p. 62

³⁶⁹ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance de Dados. In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 373-374

³⁷⁰ DE CARVALHO, Vinicius Marques; MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Boas práticas e governança da LGPD. In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 367-369

³⁷¹ WIMMER, Miriam. Os desafios do enforcement na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. . In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 378

possibilidade de dano aos direitos e garantias fundamentais de seus titulares. Corolário lógico deste raciocínio, a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano pode ser levada em consideração como “critério de dosimetria”³⁷² para a aplicação da sanção, na responsabilidade preventiva, e da indenização, na responsabilidade civil.

Para os casos de responsabilidade preventiva, há previsão expressa nesse sentido no artigo 52, parágrafo primeiro, incisos VIII e XIX, da LGPD.³⁷³ As sanções administrativas, que podem ser de natureza admoestativas (advertência), pecuniárias (multa), e restritivas (bloqueio ou eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração), além do impacto reputacional com a publicização da infração,³⁷⁴ ao serem fixadas, levarão em consideração a adoção de medidas de prevenção e mitigação de riscos, e também medidas de correção eventualmente implementadas, após a constatação de tratamento irregular pelos próprios agentes de tratamento.

Já nas hipóteses de responsabilidade civil pela violação à legislação de proteção de dados pessoais, o fundamento se encontra na doutrina civil, exatamente pelo fato de que este regime de responsabilidade diz respeito ao ressarcimento de danos.

Embora, como já mencionado em tópico anterior, a responsabilidade civilista seja pautada pelo princípio da reparação integral, este mesmo princípio sofre restrição pela cláusula geral de redução da indenização por excessiva desproporção entre a culpa e o dano. No Código Civil, esta cláusula geral encontra-se prevista em

³⁷² WIMMER, Miriam. Os desafios do enforcement na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. . In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 378

³⁷³ Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

(...)

§ 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios:

(...)

VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei;

IX - a adoção de política de boas práticas e governança;

³⁷⁴ WIMMER, Miriam. Os desafios do enforcement na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. . In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 378-379

seu artigo 944³⁷⁵. Preceitua o *caput* deste dispositivo que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Porém, o seu parágrafo único complementa: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Por se tratar a responsabilidade civil na LGPD de modalidade objetiva especial, como visto no tópico 3.2.2, a sua aplicação pode parecer delicada e controvertida, uma vez que, além de se tratar de exceção ao princípio da reparação integral no caso de responsabilidade objetiva, afrontaria, em tese, o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual, como já visto no Capítulo 2, se desdobra direito à privacidade, o direito à autodeterminação informativa, e o direito à proteção de dados pessoais.

A primeira controvérsia, quanto à aplicação da redução nos casos de responsabilidade objetiva, já se encontra superada pela doutrina civilista. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³⁷⁶ leciona que a superação do paradoxo entre a cláusula geral de redução pela excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano, e a responsabilidade objetiva, que não prevê a ocorrência de culpa, é possível, bastando substituir a expressão “gravidade da culpa” por “relevância da causa”. Assim, se houver excessiva desproporção entre o fato causador imputado ao ofensor e a extensão do dano, o juiz poderá reduzir equitativamente o valor da indenização.

No tocante à segunda controvérsia, sobre a afronta à dignidade humana, sobreleva-se destacar que, embora não possua uma supremacia formal em relação às demais normas constitucionais, à dignidade da pessoa humana se atribui uma espécie de superioridade material ou axiológica.³⁷⁷ Forçoso concluir, portanto, que a invocação da dignidade humana atribui prevalência aos interesses existenciais em relação aos interesses patrimoniais, não sendo possível reduzir o valor de indenização nos casos de danos à personalidade humana.

³⁷⁵ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em 14 de julho de 2023.

³⁷⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123

³⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173-174

Este entendimento também já é consolidado da doutrina civil. Ainda na lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino,³⁷⁸ explica o autor que não há incidência da cláusula geral de redução da indenização nas hipóteses de danos pessoais por afronta ao princípio da dignidade humana.

Isso conduz a pensar, inicialmente, que não seria possível utilizar as medidas autorregulatórias como parâmetro para a quantificação da indenização a ser fixadas nos casos de responsabilidade civil pela violação da LGPD no tratamento de dados pessoais, uma vez que o direito à proteção de dados pessoais é um desdobramento da dignidade humana.

No entanto, não se olvide esquecer que a doutrina e a jurisprudência já admitem a indenização **por danos patrimoniais** ao ofendido que **realiza gastos com medidas preventivas** a fim de evitar a ocorrência de danos mais graves ante à omissão do ofensor.

Nesse sentido, uma vez que a LGPD prevê expressamente em seu artigo 42 serem passíveis de reparação os danos patrimoniais causados em decorrência da violação à legislação nas atividades de tratamento de dados pessoais, entende-se que se encontra dentro da esfera de aplicação do julgador a possibilidade de avaliar se as medidas autorregulatórias implementadas pelos agentes de tratamento teriam o condão de reduzir o valor a ser fixado, nos termos do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, avaliando se existe excessiva desproporção entre o fato causador do dano, ou seja, a ausência de medidas eficazes pelos agentes de tratamento, e a extensão do dano, isto é, os gastos desembolsados pelo ofendido para, ele próprio, implementar tais medidas.

Desse modo, tem-se que, nos casos de responsabilidade preventiva, que decorrem da infração à LGPD, é plenamente possível a utilização das medidas autorregulatórias como critério para se reduzir o valor da sanção administrativa a ser aplicada. Já nos casos de responsabilidade civil por violação à LGPD em decorrência do tratamento de dados pessoais, a redução do valor da indenização a ser fixado em juízo só estará autorizado quando se tratar exclusivamente de danos patrimoniais.

³⁷⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122

CAPÍTULO 4 – A RESPONSABILIDADE PREVENTIVA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS APLICADA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro somente se estruturou em torno de um conjunto normativo unitário muito recentemente. A Lei nº 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, doravante denominada simplesmente de LGPD neste capítulo, foi promulgada em 18 de agosto de 2018, mas só entrou em vigor em 18 de setembro de 2020.

Originalmente, a carta legislativa tinha previsão de entrar em vigor em 14 de agosto de 2020. Entretanto, sobreveio a crise sanitária de COVID-19 no início de 2020. Em abril do mesmo ano, o então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro editou a Medida Provisória nº 959/2020, que em seu artigo 4º determinava a prorrogação da vigência LGPD para o fim do período de calamidade pública, em maio de 2021. Contudo, ao votar a aprovação da Medida Provisória nº 959/2020 no final de agosto, o Senado vetou o art. 4º, fazendo com que a LGPD tivesse vigência imediata.

A LGPD foi criada com o "objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural" (art. 1º, LGPD)³⁷⁹, conferindo maior controle ao indivíduo sobre seus dados pessoais e sobre o tratamento que é realizado por organizações públicas, privadas, e terceiros.

Assim, a LGPD confere ao indivíduo o direito de saber exatamente como seus dados pessoais são tratados, quais os dados são coletados, qual é o motivo da coleta, e com quem eles são compartilhados.

Na verdade, tanto na seara consumerista como na seara trabalhista são inúmeros os riscos da utilização de tais dados para praticar toda sorte de discriminações e violações a consumidores, empregados e candidatos a emprego,³⁸⁰

³⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 25 de setembro de 2022

³⁸⁰ FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018>. Acesso em: 17 ago. 2020

o que revela maior preocupação e atrai maior responsabilidade às relações em que a vulnerabilidade de uma das partes é manifesta.

Desse modo, tendo por base o marco da repersonalização do direito, com a conseqüente centralização da pessoa humana como apogeu de proteção, na primeira parte deste capítulo será demonstrada como a personalidade é o fundamento da LGPD e, também, como a pessoa do empregado é o cerne do vínculo empregatício, a fim de justificar a proteção de dados pessoais do empregado na relação de emprego e a responsabilidade preventiva do empregador. Na segunda parte, será aprofundada como esta responsabilidade preventiva deve ocorrer de forma autorregulatória, pelo empregador e de sua iniciativa, antes, durante e após a conclusão do contrato de emprego. Por fim, na terceira e última parte, serão vistas os modos de proteção dos dados pessoais dos empregados por terceiros, judiciais e extrajudiciais, como forma de fiscalização e de prevenção dos danos.

4.1 A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

4.1.1 A personalidade como fundamento da LGPD e a projeção da personalidade por meio dos dados

A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro somente se estruturou em torno de um conjunto normativo unitário muito recentemente. A Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD traz em seu artigo 2º oito fundamentos para a disciplina da proteção de dados: a) o respeito à privacidade; b) a autodeterminação informativa; c) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; d) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; e) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; f) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e g) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Ao analisá-los conjuntamente, é possível observar que seu desenvolvimento histórico se deu a partir de uma série de disposições cuja relação, propósito e alcance são fornecidos pela leitura da cláusula geral da personalidade,³⁸¹ e possuem como fundamento maior a proteção da pessoa humana, e não simplesmente a privacidade de forma isolada.

A Constituição brasileira contemplava o problema da informação, de início, por meio das garantias à liberdade de expressão e do direito à informação.³⁸² Além disso, a Constituição considera invioláveis a vida privada e a intimidade (artigo 5º, X), estabelece a garantia da inviolabilidade especificamente para a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), bem como institui a ação de habeas data (artigo 5º, LXXII), que basicamente estabelece uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais. A Constituição ainda protege uma série de aspectos específicos relacionados à privacidade, proibindo a invasão de domicílio (artigo 5º, XI) e a violação de correspondência (artigo 5º, XII). Recentemente, após a promulgação da LGPD, a Emenda Constitucional nº 115, de 2022, incluiu o inciso LXXIX no artigo 5º, estabelecendo como direito fundamental o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Ocorre que, se fosse partir da hipótese de que a proteção de dados pessoais deriva diretamente da privacidade, poder-se-ia sustentar existir uma extensão da tutela da privacidade à proteção de dados pessoais, sendo esta última uma espécie de mão longa da primeira. Tal operação se bastaria para abarcar a disciplina sob a égide constitucional, acaba por simplificar demasiadamente os fundamentos da tutela de dados pessoais, o que pode eventualmente limitar o seu alcance. Isso porque tal técnica acabou por fundamentar uma interpretação no mínimo temerosa no que diz respeito à matéria: se, por um lado, a privacidade é encarada como um direito fundamental, as informações pessoais em si parecem, a uma parte da doutrina, serem protegidas somente em relação à sua “comunicação”,³⁸³ conforme artigo 5º, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados.

³⁸¹ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 266

³⁸² Idem.

³⁸³ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 320

Nesse sentido, a decisão havida pelo Supremo Tribunal Federal-STF no Recurso Extraordinário-RE nº 418416/SC,³⁸⁴ de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence e publicada em 19/12/2006, reconheceu expressamente a inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais, endossando tese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior,³⁸⁵ mencionada expressamente no texto do acórdão, segundo a qual o ordenamento brasileiro tutelaria o sigilo das comunicações, e não dos dados em si.

De modo a corroborar esta visão, atualmente, em 07/03/2023, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a decisão havida no Agravo em Recurso Especial-ARESP nº 2130619/SP,³⁸⁶ de relatoria do Ministro Francisco Falcão, e publicada em 10/03/2023, em que se discutia o vazamento de dados de natureza comum, de identificação da pessoa natural. Embora, a toda evidência, não tenha sido enfrentada matéria constitucional por não ser de natureza deste tipo recursal, assim foi reconhecido pelo STJ:

“revela-se que os dados objeto da lide são aqueles que se fornece em qualquer cadastro, inclusive nos sites consultados no dia a dia, não sendo, portanto, acobertados por sigilo, e o conhecimento por terceiro em nada violaria o direito de personalidade da recorrida”.

Nesse ponto, convém esclarecer o que são os dados pessoais protegidos pela LGPD. À primeira vista, esta distinção conceitual parece básica e desnecessária, mas se revela imprescindível no decorrer deste estudo. A sua importância ressalta aos olhos ao realizar a leitura da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, visto que, em seu artigo 5º, inciso I, considera "dado pessoal" a "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável".³⁸⁷

³⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário-RE nº 418416/SC**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 10/05/2006, Publicação em 19/12/2006.

³⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 88, 1993, p. 447.

³⁸⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo em Recurso Especial-ARESP nº 2130619/SP**. Relator Ministro Francisco Falcão. Julgamento em 07/03/2023, Publicação em 10/03/2023.

³⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 25 de setembro de 2022

A disciplina de Tecnologia da Informação nos oferece o aparato conceitual adequado para auxiliar na compreensão destes conceitos. Dado é a unidade elementar de um sistema. É um elemento bruto que precisa ser lapidado. Em outras palavras, o dado não possui contexto. Já a informação, por sua vez, consiste em um conjunto de dados contextualizados, lapidados. Um dado não permite fazer inferências. Ao se criar um contexto em torno do dado, é possível entender a sua aplicação. Nesse caso, diz-se que há uma informação.³⁸⁸

Ao se referir a uma pessoa, o dado passa a ter um contexto e se torna informação. Isso é mais evidente ao se observar a redação do artigo 5º, inciso III, da LGPD, que considera dado anonimizado o “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”.³⁸⁹ Ou seja, ao deixar de se referir a um indivíduo, o dado é retirado do seu contexto e deixa de possuir o caráter de informação”.

Conhecimento é a análise da informação, o que inclui a busca da informação e a sua comparação com outros parâmetros. Segundo O’Brien,³⁹⁰ enquanto o dado é facilmente estruturado, quantificado, transferível e facilmente obtido por máquinas, o conhecimento é de difícil estruturação, difícil captura por máquinas, frequentemente tácito e de difícil transferência. Para se transformar em conhecimento, a informação necessita ser analisada por meio de mediação humana, e precisa haver consenso em relação ao significado que lhe é atribuído.

Em outras palavras, o conhecimento é a inferência que é realizada por um ser humano sobre o conjunto de informações e levada a consenso entre seus pares. É por este motivo que a pesquisa científica só pode ser realizada por seres humanos, com auxílio de máquinas que processam informações para agilizar o seu trabalho, com o objetivo de gerar novos conhecimentos.

Em um segundo momento, faz-se necessário transpor esses conceitos para a área jurídica. Isso porque, da leitura das informações acima localizadas, poder-se-ia compreender que o nome, o endereço ou o CPF de uma pessoa é uma informação protegida, por se tratar de um dado contextualizado, o que conduz a uma série de

³⁸⁸ LAUDON, Jane P.; LAUDON, Kenneth C. **Sistemas de informação gerenciais**. Pearson: São Paulo, 2014.

³⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 25 de setembro de 2022.

³⁹⁰ O'BRIEN, James A. **Sistemas de informação e as decisões gerenciais na era da internet**. Saraiva: São Paulo, 2011.

novos questionamentos, mormente para a área jurídica, porque estas informações são essenciais para a qualificação de qualquer parte e para o exercício de direitos.

Assim, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior,³⁹¹ o simples cadastro de elementos identificadores, como nome, filiação, número da carteira de identidade e endereço não são protegidos contra a inviolabilidade, mas apenas aqueles que envolvem relações de convivência privada. Isso porque o risco a integridade moral do sujeito titular do direito à proteção de dados e à privacidade não está no nome, mas na exploração do nome. Não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas (e também as públicas), mas na apropriação dessas relações por terceiros, a quem elas não dizem respeito.

O objetivo da LGPD é justamente, portanto, proteger o indivíduo contra a apropriação indevida e a utilização dos dados por terceiros não autorizados.

Assim, é de se concluir que não é a privacidade *per se* que é merecedora de tutela, mas sim a pessoa humana compreendida em todas as dimensões de sua personalidade e inserida em um contexto social, agente de relações jurídicas. Por isso, os dados pessoais não estão relacionados somente com a privacidade, transitando dentre mais de uma das espécies dos direitos da personalidade, como já visto no Capítulo 2 desta pesquisa.

Ainda, como também expandido no Capítulo 2, a dignidade está intrinsecamente relacionada com a condição humana, e, portanto, está conectada com as imprevisíveis e ilimitadas manifestações da personalidade humana, daí a dificuldade de buscar uma definição de seu conteúdo. Todavia, o Direito tem a função de proteger e promover a dignidade. Assim, é fundamental que o jurista que investiga as diversas dimensões da dignidade também detenha a sua atenção à personalidade humana e todos os seus desdobramentos.

Personalidade, do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos que se mostram próprios ou inerentes à pessoa,

³⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 88, 1993, p. 448 e ss. Esclareça-se, por oportuno, haja vista o questionamento havido na banca de qualificação da presente Tese, que se optou pela doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ainda que tida por “desatualizada” por ter sido publicada no ano de 1993, uma vez que citada expressamente pelo Ministro Sepúlveda Pertence em decisão de sua relatoria ocorrida no âmbito do Recurso Extraordinário-RE nº 418416/SC, publicada em 19/12/2006, e mencionada momentos antes nesta mesma explanação. A recente decisão havida no Agravo em Recurso Especial-ARESP nº 2130619/SP, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, publicada em 10/03/2023, mantém a mesma linha de raciocínio.

formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente, se diferencia de qualquer outro.

Em uma análise semântica, segundo Houaiss,³⁹² personalidade significa as “características ou o conjunto de características que distingue uma pessoa” da outra. Já para o filósofo David Hume,³⁹³ as pessoas “não são senão um feixe ou uma coleção de diferentes percepções, que se sucedem umas às outras com uma rapidez inconcebível, e estão em perpétuo fluxo e movimento”. É possível concluir, portanto, que essas características ou conjunto de características estão em constante mutação, e, por mais que transformem ou deixem de existir, todo o seu conjunto faz parte da personalidade humana e merece proteção. Por esse exato motivo, é possível falar em uma projeção da personalidade por meio dos dados.

Sobreleva-se ressaltar, por oportuno, que a personalidade humana não é constitutiva, e não é um direito. Reconhece-se à pessoa humana a sua identidade e a sua personalidade. Por isso mesmo que ela decorre da dignidade da pessoa humana, atraindo a tutela jurídica.

Sob essa perspectiva exposta acima, um dado atrelado à esfera de uma pessoa pode se inserir dentre os direitos da personalidade. Para tanto, ele deve ser adjetivado como pessoal, caracterizando-se como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular.³⁹⁴

Com efeito, hoje em dia, as pessoas são reconhecidas em diversos relacionamentos somente de forma indireta, pela representação de sua personalidade que é fornecida pelos seus dados pessoais, o que faz ressaltar, ainda mais, a importância da proteção de tais dados para a proteção da identidade e personalidade de cada um de nós.³⁹⁵ Essa projeção da personalidade pode se dar de forma presencial, mas se destaca, na atualidade, no ambiente virtual, motivo pelo qual se permite falar em uma “personalidade virtual”.

³⁹² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.480.

³⁹³ HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 285

³⁹⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99

³⁹⁵ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 269

Na lição de Bruno Bioni,³⁹⁶ este contexto de projeção da personalidade em ambiente virtual se trata, na verdade, de um novo tipo de identidade e, por isso mesmo, tais dossiês digitais devem externar informações corretas para que seja fidedignamente projetada a identidade do titular daquelas informações. Isso acaba por justificar dogmaticamente a inserção dos dados pessoais na categoria dos direitos da personalidade, assegurando à pessoa a tutela de suas informações, de modo que a projeção de sua personalidade seja precisa e condizente com a imagem que o indivíduo tem de si mesmo, e com aquela que ele deseja projetar aos outros e à vida em comunidade.

4.1.2 A pessoa humana como elemento cerne do vínculo empregatício e a vulnerabilidade da personalidade do empregado frente ao poder do empregador

Para Orlando Gomes³⁹⁷ a crise do direito na área trabalhista se descortina justamente na conformação do vínculo empregatício. Para o professor, há uma falta de correspondência entre a substância e a forma, uma vez que a relação trabalhista é tratada como se fosse contrato, mas recepciona uma grande parcela vulnerável. Esta dita inferioridade econômica precisava ser compensada com uma superioridade jurídica. O direito do trabalho exteriorizou-se em sua formação como um grande desarticulador das coordenadas ideológicas da ordem jurídica individualista.

A complexa discussão sobre a autonomia dogmática do Direito do Trabalho foi desenvolvida com maestria por Maria do Rosário Palma Ramalho³⁹⁸. Em sua exaustiva obra de mesmo título, a professora conclui pelo descrédito das concepções comunitário-pessoais da situação jurídica laboral em prol da indiscutível base contratual de natureza obrigacional do contrato de trabalho.

³⁹⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99

³⁹⁷ GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 11-13

³⁹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001.

No mesmo sentido é a lição de Sara Costa Apostolides³⁹⁹, que observa que as concepções comunitário-pessoais tradicionais da situação jurídica laboral que poderiam por em causa a aplicabilidade das regras gerais dos contratos ao contrato de trabalho se encontram atualmente em descrédito.

No entanto, a própria Maria do Rosário Palma Ramalho⁴⁰⁰ esclarece que sua obra não aborda questões de metodologia jurídica e de teoria do direito, pautando-se a pesquisa, sobretudo, pela defesa da autonomia do direito do trabalho em relação ao direito civil, em que pese seu fundamento contratual. Além disso, também aponta a professora que o caráter patrimonial do contrato de trabalho é indesmentível, mas não esgota todo o conteúdo do vínculo jurídico-laboral.

A base metodológica desenvolvida no Capítulo 2 acerca da unidade do direito e da repersonalização do direito como um todo, tendo por foco a pessoa humana, independentemente da divisão de seus ramos, demonstra que o caminho pelo qual se envereda a pesquisa ultrapassa a mera discussão acerca do direito do trabalho como um ramo autônomo do direito.

E a escolha de Otto von Gierke não se deu por acaso. Além de ser o precursor dos direitos de personalidade e de defender a repersonalização do direito com base nas antigas raízes do direito germânico, Gierke ainda antecedeu ao debate da concepção comunitário-pessoal. Suas ideias, no entanto, parecem ter sido ignoradas após sua morte, em 1918, tendo sido a história conduzida a um rumo diferente do que aquele que ele vislumbrou para o futuro do Direito.

Como observa Alain Supiot,⁴⁰¹ foi da própria Alemanha que veio a crítica das concepções individualistas e contratuais herdadas do direito romano. Otto Von Gierke retomou as origens de uma cultura propriamente germânica, combatendo, ao mesmo tempo o individualismo abstrato vindo da França. As ideias de Gierke dominaram na Alemanha os debates doutrinários, defendendo alguns autores a tradição romanista, enquanto uma corrente majoritária desenvolvia conceitos saídos do direito germânico, nomeadamente os de incorporação, *Eingliederung*, e

³⁹⁹ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 168

⁴⁰⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 751 e ss.

⁴⁰¹ SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 20-22

Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, “relação jurídica de pertença pessoal à comunidade de trabalho”, para analisar juridicamente a relação de trabalho.

Ainda que tais desdobramentos tenham sido desenvolvidos pelos próprios alemães, os estudos de Gierke parecem não ter sido levados em consideração, ou não atendiam às necessidades econômicas do período, uma vez que suas ideias originais a respeito do elemento comunitário e da relevância da personalidade do trabalhador na formação do espírito comunitário foram ignoradas.

Isso porque, na esteira de sua ideia do resgate da tradição germânica, o conceito de incorporação prevaleceu em corrente majoritária que, em sua visão mais radical, resulta no repúdio da referência ao contrato na análise jurídica da relação de trabalho, concebida como uma relação comunitária que nasce pelo simples fato da integração do trabalhador na comunidade de trabalho, o que lhe conferia o estatuto de membro da comunidade. O trabalhador assalariado encontrar-se-ia, assim, numa posição estatutária, e não contratual.

Essa versão radical da concepção institucional e comunitária, embora não tenha sido defendida por todos os juristas alemães, dominou o pensamento alemão da época, na medida em que os debates sobre a relação de trabalho se dispuseram em torno dela, suscitando-se a questão de saber como, e até que ponto, reintroduzir o contrato no jogo desta análise da relação de trabalho⁴⁰². A teoria da incorporação foi influenciada, sobretudo, pelos trabalhos de Siebert⁴⁰³ e Nikisch⁴⁰⁴ que, desenvolvendo as ideias de Pothoff, reformularam a fundamentação dogmática do vínculo laboral, afastando o direito do trabalho do direito civil.

Ao contrário da tradição romanista, que tem sua origem no contrato de locação, o contrato de serviços do direito germânico tem suas raízes no direito das pessoas. Seu precursor é o contrato de serviço fiel, que consiste na própria entrega da prestação de um serviço sem sacrifício da personalidade. O contrato de serviço fiel é um contrato do direito das pessoas, e não um contrato de obrigações. Isso se torna evidente pela forma de sua entabulação: de palavra, e dando-se as mãos. A aceitação verbal de ambas as partes coroava uma promessa recíproca de fidelidade

⁴⁰² SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 22

⁴⁰³ Ver SIEBERT, Wolfgang. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses. **Deutsches Arbeitsrecht**, 1937.

⁴⁰⁴ Ver NIKISCH, Arthur. **Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis**, Berlin, 1941, e NIKISCH, Arthur. **Arbeitsrecht: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht**. 1961.

e era reforçada por parte do servidor mediante um juramento ou voto. Todos os direitos particulares recíprocos, assim como todos os deveres, emanam da situação jurídica pessoal criada pelo contrato.⁴⁰⁵ Se, por esse motivo, o contrato de serviço fiel não é um contrato obrigacional, tampouco pode-se dizer que seja um contrato de serviço no sentido atual. Isso porque se caracteriza como uma relação jurídico-pessoal por meio da qual é criada uma relação obrigacional de caráter duradouro que, por uma parte, obriga à prestação de serviços e, por outra, garante a retribuição.

Desta maneira, nasceu o contrato de serviços do direito alemão. Trata-se de um contrato nascido como uma espécie própria do contrato obrigacional que tem, ao mesmo tempo, efeitos jurídicos pessoais. Conclui Gierke⁴⁰⁶ que o contrato de serviços do direito alemão demonstra em sua rica ramificação o caráter fundamental comum de um contrato que, ao mesmo tempo, cria pretensões de direito das obrigações à prestação de um trabalho para uma parte, e de retribuição para outra, originando uma relação pessoal entre "senhor" e "servidor", inexistindo qualquer relação de similitude interna com a locação de coisas e, posteriormente, com a locação de serviços da tradição romanista.

Ocorre que, como demonstrado acima, Gierke jamais expurgou o contrato da concepção comunitária. Muito pelo contrário. Gierke reconhece que não se pode superar um tratamento jurídico matizado pela concepção básica do direito romano, que vê no contrato de serviços unicamente um contrato de direito de obrigações destinado apenas ao intercâmbio de trabalho e de remuneração.

Como se nota, enquanto Gierke propunha o resgate do princípio da livre associação do direito germânico antigo e da relação jurídico-pessoal no contrato de trabalho de sua época, marcado pelas profundas matizes obrigacionais do direito romano e pela crescente corrente liberal e individualista, mas sem subjugar a contribuição obrigacional, seus pares ofuscaram e segregaram o assunto sob as luzes da análise contratual que jamais esteve sob questionamento⁴⁰⁷ e da análise

⁴⁰⁵ GIERKE, Otto Von. **Las raíces del contrato de servicios**. Madrid: Editorial Civitas, 1982, p. 15-17

⁴⁰⁶ GIERKE, Otto Von. **Las raíces del contrato de servicios**. Madrid: Editorial Civitas, 1982, p.29

⁴⁰⁷ Gierke ainda menciona expressamente que “no cabe duda que el obligado al servicio dispone de una acción de Derecho privado y de origen contractual para demandar el cumplimiento de tales obligaciones reclamando, em su caso, la indemnización correspondiente”. **Las raíces del contrato de servicios**. Madrid: Editorial Civitas, 1982, p.48-49

institucional, direcionando o debate para outros afluentes que mais se alinhavam às necessidades políticas da época.

Maria do Rosário de Palma Ramalho rejeita a concepção comunitário-pessoal do vínculo de trabalho tanto na sua fundamentação contratualista como na fundamentação institucionalista, por não encontrar "correspondência com a realidade do vínculo laboral nem com os interesses que nele se jogam, pelo que é dogmaticamente inconsistente"⁴⁰⁸. Ainda, por outro lado, do ponto de vista histórico, para a professora, "esta concepção corresponde a uma fase de emancipação do vínculo laboral relativamente ao seu enquadramento civilista originário, que foi, entretanto, ultrapassada por força da própria consolidação dogmática do Direito do Trabalho como área jurídica",⁴⁰⁹ deixando de ter utilidade.

Ora, considerando que Maria do Rosário de Palma Ramalho analisa a concepção comunitário-pessoal desenvolvida a partir de sua corrente radical, e não pelas ideias originais de Gierke, tende-se a concordar com a professora em suas críticas. No entanto, a exposição dos pontos iniciais desse trabalho, que em apertada síntese resume as ideias de Gierke, demonstram a sólida origem histórica da tradição germânica do elemento comunitário, que nada tem a ver com o enquadramento civilista atribuído pela tradição romanista e que, portanto, justifica, por si só, a sua enorme relevância e utilidade.

O modelo da relação de serviço fiel fez reparar que o trabalho constitui algo que flui inseparavelmente da personalidade, dando ao contrato de serviços um conteúdo jurídico pessoal e, portanto, conferindo a natureza de um contrato específico, de carácter obrigacional, por cima do puro negócio jurídico patrimonial.

4.1.3 A implicação da pessoa do empregado na prestação laboral e a distribuição dos riscos no contrato de trabalho

⁴⁰⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Crítica do Direito do Trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 422

⁴⁰⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Crítica do Direito do Trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 422-423

Superada a questão a respeito da compatibilidade da teoria comunitário-pessoal aplicada ao direito do trabalho com a natureza contratual da relação trabalhista, o que, relembre-se, se dá com base na repersonalização do direito, passa-se à análise da implicação da pessoa do trabalhador na prestação laboral e da distribuição dos riscos na relação trabalhista. Esta análise se mostra importante diante das seguintes perguntas que se elaboram: quais são as informações que o empregado deve fornecer ao empregador? Tem a empregada gestante o dever de informar sua condição em etapa anterior à formação do contrato? Deve o empregado afetado por alguma síndrome ou doença informar esta condição ao seu empregador, mesmo que não afete diretamente sua capacidade para o trabalho a ser desenvolvido?

Estas questões geralmente são avaliadas com base no princípio da boa-fé e de diretrizes morais que envolvem as partes envolvidas. Ora, se determinada pessoa deseja construir uma relação duradoura e de confiança com outra, é de se esperar que ambas sejam transparentes quanto às questões que podem afetar, direta ou indiretamente, esta relação. Entretanto, é necessário compreender melhor o assunto dentro do sistema jurídico geral de proteção da pessoa humana.

Como apontado por Sara Apostolides Costa⁴¹⁰, o princípio da boa-fé possui dogmática civil, devendo a sua concretização seguir os parâmetros fixados no âmbito civil. Não obstante a visão da autora, com base na repersonalização do direito já estudada no Capítulo 2, a aptidão da boa-fé deverá sempre primar pela proteção da pessoa humana na relação sob a qual está sendo analisada.

Alfredo Montoya Melgar,⁴¹¹ por sua vez, considera que a importância dos aspectos pessoais na relação labora justifica uma especial relevância da boa-fé no contrato de trabalho, que atuaria nesse âmbito com uma maior intensidade. Nesse ponto, concorda-se com as premissas de que a particularidade da incidência da relação laboral na pessoa do empregado é relevante para a concretização da boa-fé. Entretanto, não se vislumbra se tratar de uma atuação de boa-fé mais intensa, mas sim de se colocar a proteção da pessoa no centro de análise. Desse modo, a partir da repersonalização do direito, e ao trazer para o âmbito da formação do contrato de

⁴¹⁰ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p.172

⁴¹¹ MELGAR, Alfredo Montoya. **La buena fe em el derecho del trabalho**. Madrid: Tecnos, 2001, p. 24

trabalho, a boa-fé deve atender às particularidades da relação de emprego que, como visto, tem o cerne do seu vínculo na pessoa do empregado.

Assim, os aspectos a serem considerados nessa análise concentram-se em torno de dois pontos, que estão interrelacionados. São eles: a implicação da pessoa do empregado na prestação laboral, e a distribuição do risco na relação de emprego, que conversará diretamente com a questão da responsabilidade jurídica posteriormente e com a análise do legítimo interesse do empregador para a análise dos dados pessoais do empregado no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD.

Quanto ao primeiro aspecto, qual seja, a implicação da pessoa do empregado na relação de emprego, observa-se uma de suas principais características, concretizada no elemento da personalidade: a pessoa do trabalhador está fortemente comprometida na prestação de trabalho subordinado.⁴¹²

Isso porque, na relação de emprego, a prestação da atividade é devida por pessoas que são seres humanos, e, portanto, dotadas de dignidade, e não simplesmente meros sujeitos de direito obrigados a uma prestação de serviços, diferentemente se observa nas relações contratuais clássicas do direito civil, em que o devedor de qualquer obrigação pode ser, por exemplo, uma pessoa jurídica. Assim, é conferida uma especial tutela aos direitos de personalidade do empregado.

Por muito tempo, atribuiu-se à subordinação a primazia da caracterização da relação de emprego. Trata-se, na verdade, de uma fusão dos dois elementos que atribuem singularidade ao contrato de trabalho: a componente organizacional e a componente da personalidade.⁴¹³ A repersonalização do direito faz emergir, portanto, a componente da personalidade como característica primaz.

A manifestação jurídica do caráter pessoal da relação de emprego se revela ainda no caráter essencial das qualidades pessoais e da aptidão física e psíquica do empregado, que se repercute, no plano jurídico, na caracterização do contrato de trabalho como contrato *intuitu personae*.⁴¹⁴ Outros exemplos são a inseparabilidade

⁴¹² Conforme, entre outros, RAMALHO, Maria do Rosario Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 751 e ss.; APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p.177

⁴¹³ Cf. FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**, 2002, p. 178 e RAMALHO, Maria do Rosario Palma. **Direito do Trabalho: dogmática geral**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 424 e ss.

⁴¹⁴ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p.180

da atividade na pessoa do empregado, comprovada pelo grau de indeterminação da prestação, pelo conteúdo amplo dos poderes laborais e pelo dever de obediência, e o caráter dominial do vínculo laboral, comprovado pela sujeição do trabalhador ao poder disciplinar laboral.⁴¹⁵ Desse modo, a componente organizacional explica o elemento da subordinação jurídica, que constitui reverso do poder diretivo e disciplinar do empregador.⁴¹⁶

Assim, o caráter pessoal da relação de emprego permite explicar muitos aspectos do regime jurídico do contrato de trabalho que dificilmente se encontram nos quadros obrigacionais tradicionais. A implicação da pessoa do empregado na prestação de trabalho subordinado permite uma grande exposição dos direitos de personalidade e de outros direitos fundamentais a riscos e vicissitudes que podem surgir ao longo da execução do contrato de trabalho, tornando-os permeáveis a abusos do empregador.⁴¹⁷ Por esse motivo, o caráter pessoal e a implicação da pessoa do empregado se revelam de fundamental importância para esta pesquisa, haja vista o risco de dano grave e irreparável que está sujeito o empregado ante à possibilidade de tratamento de seus dados pessoais pelo empregador. Assim, sobreleva-se a importância da implementação de medidas preventivas de modo a proteger os direitos fundamentais do empregado.

Pois bem, pelo que foi acima exposto, é possível tomar duas conclusões: a primeira, de que o caráter essencial das qualidades pessoais do empregado para a prestação da atividade laboral justifica a afirmação de que o conhecimento dessas qualidades por parte do empregador é bastante relevante e de seu legítimo interesse; e a segunda, de que os direitos fundamentais do trabalhador se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade do que em outras relações jurídicas de natureza civil.

Ainda é possível concluir que essas características pessoais dos empregados estão relacionadas a outros aspectos e qualidades pessoais de sua personalidade, tornando a situação de necessidade de informar (e de realizar o tratamento dessa

⁴¹⁵ RAMALHO, Maria do Rosario Palma. **Direito do Trabalho**: dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005, p. 429-432

⁴¹⁶ RAMALHO, Maria do Rosario Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 753

⁴¹⁷ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p.182

informação) mais suscetível de contribuir para a violação dos direitos fundamentais do empregado, e em especial do direito de reserva da intimidade da vida privada.

Estão postos em conflito dois direitos: o do empregador, de conhecer todos os fatos relevantes que lhe permitam formar um juízo de valor acerca das qualidades pessoais do empregado, tanto para a formação como para a manutenção ou mesmo para a extinção do contrato de trabalho, e o do empregado de se precaver contra a violação dos seus direitos fundamentais. Esse problema nos conduz ao segundo aspecto: a distribuição de riscos na relação de emprego.

Na relação de emprego, o risco da prestação da atividade corre por conta do empregador, nos termos do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT.⁴¹⁸ Assim, dentre os inúmeros riscos assumidos pelo empregador em decorrência da atividade econômica que explica, é possível distinguir algumas situações, denominadas de risco contratual e de risco social.⁴¹⁹

Tratam-se de casos em que o empregador suporta o risco, subsistindo a obrigação de remunerar o empregado sem que exista, da parte deste, qualquer tipo de contraprestação. Conforme a lição de Sara Apostolides Costa,⁴²⁰ nas situações de risco contratual, estas integram-se na execução normal do contrato de trabalho, não constituindo uma exceção ou vicissitude ao contrato. Cita-se o descanso semanal remunerado e o período de férias, por exemplo. Já nas chamadas situações de risco social, a responsabilidade remuneratória acrescida do empregador ocorre em situações excepcionais que impedem a prestação da atividade e que dizem respeito a valores sociais dignos de proteção.⁴²¹ Assim acontece, por exemplo, nos casos de doença, doença ou acidente de trabalho, e em todas as prestações relacionadas à maternidade, em que os empregados obtêm licenças para se ausentar do trabalho sem prejuízo de sua remuneração.

Como ainda destaca Sara Apostolides Costa,⁴²² esse risco alargado do empregador não é assumido, evidentemente, numa base de altruísmo. Ele se justifica justamente pela natureza pessoal *sui generis* do contrato de trabalho no

⁴¹⁸ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁴¹⁹ RAMALHO, Maria do Rosario Palma. **Do fundamento do poder disciplinar laboral**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 434 e ss.

⁴²⁰ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p.190

⁴²¹ Idem.

⁴²² Ibidem.

âmbito da relação de emprego, perfazendo um ponto de equilíbrio que permite a harmonização dos interesses antagônicos das partes.⁴²³ Ao empregador interessa poder dispor da força de trabalho dos empregados, instrumentalizando-a com alguma margem de manobra à prossecução dos seus interesses. Ao empregado interessa transferir para o empregador o risco da sua atividade laboral, assim como os encargos sociais e familiares a ela associados. Ao celebrar o contrato de trabalho, embora as partes assumam uma situação que individualmente é considerada desvantajosa, assim o fazem porque, como contrapartida, a outra parte também assume uma posição debitória mais alargada, que permite satisfazer os seus próprios interesses⁴²⁴. Eis aí o fundamento/objetivo do princípio comunitário do antigo direito germânico trazido aos dias atuais!

A partir dessas considerações, é possível formular a seguinte regra: não existe qualquer dever de informar sobre as circunstâncias que dizem respeito ao risco assumido pelas partes como contrapartida ao alargamento da situação debitória da contraparte.⁴²⁵ O dever de informação tem por objeto não apenas as características e os dados das partes, mas também os fatos relevantes para a correta execução do contrato.⁴²⁶ Logo, o legítimo interesse do empregador só se justifica quando estiverem envolvidos aspectos profissionais e pessoais do empregado que forem pertinentes à execução do trabalho.

Poder-se-ia arguir que o empregador tem todo o interesse em saber se as suas responsabilidades sociais deverão ser acionadas, uma vez que essa informação lhe permite, em última análise, evitar gastos e efetuar uma avaliação financeira acerca da contratação de determinado candidato e da manutenção de determinado empregado. Ocorre que, no contexto da relação de emprego e da específica distribuição do risco, esses interesses do empregador seriam apenas o

⁴²³ RAMALHO, Maria do Rosario Palma. Os limites do poder disciplinar laboral. *In Estudos de Direito do Trabalho*. Vol I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 185.

⁴²⁴ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p.191-192

⁴²⁵ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 192

⁴²⁶ FRAZÃO, Ana de Oliveira. A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções de criação de deveres instrumentais e de limitação ao exercício de direitos e faculdades contratuais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 308

objetivo de fuga às responsabilidades acrescidas em virtude do contrato de trabalho. Obviamente, este interesse não é legítimo e, por isso, não merece tutela legal.⁴²⁷

É verdade que a assunção da posição debitória agravada representa uma situação de desvantagem que as partes teriam interesse em evitar. Porém, essa situação tem contrapartidas próprias, motivo pelo qual a fuga ao risco assumido representaria um desequilíbrio injustificado na própria estrutura do contrato de trabalho. É por isso que, em regra, a candidata a emprego não tem de informar sobre o seu estado de gravidez tal como o empregador não tem de informar sobre as tarefas concretas a desenvolver, bastando apenas a referência à categoria.⁴²⁸

Conclui-se, portanto, que ante a implicação da pessoa do empregado na prestação laboral e a distribuição dos riscos no contrato de trabalho, só existe um dever de informação pelo empregado para satisfação de interesses legítimos do empregador, os quais, como visto, estão relacionados diretamente à capacidade de prestar o serviço para o qual o empregado foi contratado, ao exercício da atividade especificamente desenvolvida pelo empregado, e nada mais além. Além disso, qualquer interesse do empregador a fim de se furtar ao risco assumido pelo contrato de trabalho, reprisa-se, não será considerado legítimo e não merecerá qualquer tutela.

Esta conclusão será retomada no tópico 4.2.1.6, quando for abordada a hipótese do legítimo interesse do empregador para o tratamento de dados do empregado.

4.2 A RESPONSABILIDADE PREVENTIVA DO EMPREGADOR NA PROTEÇÃO DE DADOS DO EMPREGADO

Nas relações de trabalho, a coleta e tratamento de dados são constantes. Inicia-se na fase pré-contratual e estende-se até mesmo para depois do fim do contrato de trabalho. O cotidiano em uma relação de trabalho, com a convivência

⁴²⁷ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho.** Coimbra: Almedina, 2008, p. 193

⁴²⁸ APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho.** Coimbra: Almedina, 2008, p. 193

interpessoal entre o empregado, colegas de trabalho, clientes, terceiros e o empregador, possibilita o desrespeito dos limites da esfera pessoal. É evidente a necessidade de proteger a privacidade e a intimidade do trabalhador, como direitos fundamentais que são, para que o empregador ou outros sujeitos participantes da relação de emprego não ultrapassem a esfera profissional, atingindo a personalidade do trabalhador e, ainda, potencialmente, maculando os seus direitos de proteção à vida privada.⁴²⁹

4.2.1 As hipóteses de tratamento de dados pessoais do empregado pelo empregador na relação de emprego

A Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD estabelece que os agentes de tratamento só podem realizar o tratamento dos dados pessoais em determinadas situações ou hipóteses. Nesse caso, são dez hipóteses permitidas pela Lei, e não há entre elas hierarquia ou maior grau de importância. O objetivo da lei é, como já visto no tópico 4.1.1, proteger a personalidade humana e, ao mesmo tempo, garantir o adequado fluxo de dados e informações necessárias para a realização de atividades legítimas e obrigações pelos agentes de tratamento.

Cada base legal de tratamento de dados pessoais será identificada pelo controlador de acordo com a conveniência e a conformidade entre a finalidade do tratamento e os princípios gerais da Lei presentes em cada uma das hipóteses nela prescritas.

Assim, o artigo 7º da LGPD prevê dez hipóteses de tratamento de dados:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e

⁴²⁹ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. VIEIRA, Max Antônio Silva. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: responsabilidade patronal no tratamento de dados pessoais e sensíveis do trabalhador. In: BELTRAMINI, Franciano et al. (org.) **LGPD: aplicabilidade e questionamentos**. Joinville: Maître Editora, 2022, p. 99

regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
IX - 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; ou
X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Dessas dez hipóteses, oito são bem claras e específicas quanto ao suporte fático de incidência da norma que autoriza o tratamento e o torna regular. Duas, por outro lado, abrem margem para uma interpretação mais ampla, especialmente para a área trabalhista. Trata-se do consentimento (artigo 7º, inciso I, da LGPD) e do legítimo interesse (artigo 7º, inciso IX), que serão melhor analisados na sequência.

Ainda, dentre as oito específicas, não se vislumbra aplicação ao direito do trabalho de quatro hipóteses, ante ao seu alto grau de especificidade. Tratam-se dos incisos III (tratamento pela administração pública, para execução de políticas públicas), IV (para realização de estudos por órgão de pesquisa), VIII (tutela da saúde em procedimentos realizados por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária), e o X (para a proteção do crédito). Por esse motivo, estes não serão abordados no próximo tópico.

Convém relembrar, como apontado no Capítulo 3 desta pesquisa, no tópico 3.2.3, que é dever dos agentes de tratamento mapear as bases legais que ensejam o tratamento a ser realizado, para demonstrar conformidade, para cumprimento dos princípios da transparência, da segurança, da prevenção e da prestação de contas (artigo 6º, incisos VI, VII, VIII e X, da LGPD), e para fins de fiscalização pela ANPD. Esse mapeamento deverá constar no documento denominado *Record of Processing Activities-ROPA*, isto é, o Registro das Atividades de Tratamento.

Logo, ao se aplicar às relações de emprego, o empregador deverá manter esse registro, identificando e enquadrando todas as hipóteses de tratamento

necessárias para a contratualidade, desde a etapa pré-contratual, durante o seu desenvolvimento, e também após a sua extinção.

Desse modo, ante ao que foi exposto acima, passa-se a analisar as seis hipóteses de tratamento de dados restantes pela ótica da relação de emprego a fim de identificar a responsabilidade preventiva do empregador com a proteção de dados de seus empregados.

4.2.1.1 O consentimento na relação de emprego

A primeira hipótese trazida pelo artigo 7º da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD é aquela que autoriza o tratamento de dados mediante o fornecimento de consentimento pelo titular.

O consentimento do titular para o tratamento de seus dados pessoais é um dos pontos mais sensíveis de toda a disciplina de proteção de dados pessoais; por meio dele, o direito civil tem a oportunidade de estruturar, a partir da consideração da autonomia da vontade, da circulação de dados e dos direitos fundamentais, uma disciplina que ajuste os efeitos desse consentimento à natureza dos interesses em questão.⁴³⁰ Isso porque o consentimento compreende um poder conferido à pessoa de modificar sua própria esfera jurídica, com base na expressão de sua vontade.

A base legal do consentimento está melhor definida em seus requisitos no artigo 8º da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, o qual preceitua que este "deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular". Isso porque o artigo 5º, inciso XII, da LGPD preceitua que o consentimento deve ser entendido como a "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada".

Importante destacar que, na lição de Giorgio Resta,⁴³¹ quem consente não exprime propriamente a ausência de interesse na proteção de seus dados pessoais, nem a ela renuncia, porém lança mão de um verdadeiro ato de exercício do direito de autodeterminação na esfera de suas escolhas pessoais. Assim, ao fornecer o seu consentimento, o indivíduo deposita a sua confiança de que aquele tratamento será realizado em conformidade com a legislação e apenas para a finalidade que lhe foi informada.

⁴³⁰ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.287

⁴³¹ RESTA, Giorgio. Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, 2000, p. 307

Ocorre que o consentimento é uma base de tratamento complicada quando se trata de relação de emprego,⁴³² especialmente pelo fato de que o empregado se encontra em uma relação jurídica assimétrica que, como visto no tópico 4.1.2, o coloca em situação de vulnerabilidade frente ao poder exercido pelo empregador. O risco de ser questionado o vício de consentimento na relação de emprego, para Selma Carloto,⁴³³ é sempre muito alto, sendo improvável que o titular dos dados se recuse a dar o consentimento quando solicitado pelo seu empregador. Além disso, para Iuri Pinheiro e Vólia Bomfim,⁴³⁴ não serão raras as alegações de que o empregado não teve legítima escolha ao consentir, tendo lhe sido imputado o consentimento como fator condicionante da manutenção do vínculo empregatício.

No mesmo sentido, Tepedino e Teffé⁴³⁵ argumentam algo que vale muito para a relação de emprego relacionado ao consentimento: vive-se também em um ambiente social marcado por elevada assimetria informacional, no qual o uma das partes possui recursos e melhores informações do que o cidadão comum. Esse cenário, no âmbito laboral, segundo Luciane Cardoso Barzotto,⁴³⁶ enseja diversos questionamentos acerca, por exemplo, da validade do consentimento do titular dos dados nos contratos celebrados, principalmente quando eles são de adesão.

Ora, sobreleva ressaltar que alguns autores⁴³⁷ qualificam o contrato de trabalho como “de adesão”. Mesmo que o empregado quisesse discuti-las, isso não seria possível dada a situação em que ele se encontra, de assimetria estrutural, pela disjunção entre os poderes de fato reconhecidos aos sujeitos do contrato.⁴³⁸ Assim, a

⁴³² BARZOTTO, Luciane Cardoso. Consentimento como base de tratamento de dados nas relações de trabalho: uma visão geral. In: BELTRAMINI, Francisco; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César (org.). **Direito digital: LGPD: aplicabilidade e questionamentos**. Joinville: Maître Editora, 2022, p. 244

⁴³³ CARLOTO, Selma. **Lei Geral de Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2020, p. 92

⁴³⁴ PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia A lei geral de proteção de dados e seus impactos nas relações de trabalho. In MIZIARA, André Pessoa; MOLLICONE, Bianca Medalha (coord). **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 71

⁴³⁵ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S.L.], v. 25, n. 03, p. 83-116, 2020. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. <http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2020.03.005>, p. 89-90

⁴³⁶ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Consentimento como base de tratamento de dados nas relações de trabalho: uma visão geral. In: BELTRAMINI, Francisco; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César (org.). **Direito digital: LGPD: aplicabilidade e questionamentos**. Joinville: Maître Editora, 2022, p. 245

⁴³⁷ GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 130; RAMALHO, Maria do Rosario Palma. **Tratado de Direito do Trabalho: Parte II - Situações laborais individuais**, Almedina, 2016, p. 153

⁴³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, não paginado [ebook].

inserção de cláusulas de consentimento no corpo contratual também levantam dúvidas quanto à efetiva possibilidade de escolha ao consentir.

O direito ao consentimento quanto à utilização dos dados é tão importante que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já possui, desde o ano de 1997, um Código de Boas Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores (*Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data*). Portanto, já existe na OIT um princípio de tratamento adequado dos dados armazenados e uma limitação de uso com base no consentimento, como consta na orientação do Código de Boas Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores.⁴³⁹

Também os dados pessoais sensíveis podem ser tratados com o consentimento de seu titular. O artigo 11, inciso I, prevê a hipótese quanto o seu titular consentir, “de forma específica e destacada, para finalidades específicas”. No entanto, o consentimento não seria a melhor base de tratamento para esse tipo de dado na relação de emprego, haja vista a disparidade e a assimetria informacional e de poder, como antes mencionado, e pelos mesmos motivos já justificados. No caso de dados pessoais sensíveis, outras são as bases legais indicadas, conforme previsto no artigo 11, inciso II, e alíneas da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD,⁴⁴⁰ e que serão trabalhadas conjuntamente nos tópicos que seguem.

Além de tudo quanto foi exposto, é de se considerar que os empregadores não podem desenvolver regularmente a sua atividade com base no consentimento. Isso porque o consentimento pode ser retirado pelos empregados.⁴⁴¹

Por outro lado, Selma Carloto⁴⁴² entende que o consentimento pode ser usado em situações pontuais, quanto o ato de recusar o consentimento não produzir consequências negativas aos empregados. Menciona-se, como exemplo, quando o

⁴³⁹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Consentimento como base de tratamento de dados nas relações de trabalho: uma visão geral. In: BELTRAMINI, Francisco; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César (org.). **Direito digital: LGPD: aplicabilidade e questionamentos**. Joinville: Maître Editora, 2022, p. 245

⁴⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 9 de agosto de 2023.

⁴⁴¹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Consentimento como base de tratamento de dados nas relações de trabalho: uma visão geral. In: BELTRAMINI, Francisco; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César (org.). **Direito digital: LGPD: aplicabilidade e questionamentos**. Joinville: Maître Editora, 2022, p. 246-247

⁴⁴² CARLOTO, Selma. **Lei Geral de Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2020, p. 107

empregador quer fazer uma ação de marketing e deseja utilizar uma foto, áudio, ou gravação dos seus empregados. Ocorre que, mesmo nessas situações, os empregados também poderiam justificar o medo de ter seus contratos extintos caso não consentissem, uma vez que, até o presente momento, ainda não há proteção específica contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal.⁴⁴³

Desse modo, entende-se que a hipótese do consentimento não deveria ser utilizada nas relações de emprego ante ao alto grau de arbitrariedade e vulnerabilidade existente na relação de poder que envolve empregado e empregador.

4.2.1.2 O cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo empregador

A segunda hipótese, trazida pelo artigo 7º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD é aquela para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador. Convém destacar que esta hipótese também é autorizadora do tratamento de dados sensíveis, nos exatos termos do artigo 11, inciso II, alínea a), dispensando-se o consentimento do seu titular.

Na relação de emprego, a necessidade de se enviar dados para o eSocial pelo empregador⁴⁴⁴ autoriza o tratamento sob este enquadramento. O cumprimento desta obrigação legal permite o tratamento tanto dos dados pessoais, como também dos dados sensíveis.⁴⁴⁵

Assim, menciona-se, como exemplo, a necessidade de tratamento de dados biométricos do empregado para o registro eletrônico de ponto, e a necessidade de registro de atestados médicos para justificar e comprovar os afastamentos e licenças perante o INSS.

⁴⁴³ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 9 de agosto de 2023.

⁴⁴⁴ O eSocial se trata do Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas instituído pelo Decreto nº 8.373, de 11 de dezembro de 2014, e disciplina a prestação das informações referentes à escrituração das obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas e tem por finalidade padronizar sua transmissão, validação, armazenamento e distribuição aos órgãos pertinentes.

⁴⁴⁵ CARLOTO, Selma. **Lei Geral de Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2020, p. 111

4.2.1.3 Para a formalização ou execução do contrato, a pedido do empregado

A terceira hipótese ora analisada é aquela trazida pelo artigo 7º, inciso V, da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, isto é, quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados. Destaca-se a parte final, que menciona expressamente “a pedido do titular dos dados”.

A toda evidência, tanto a formalização quanto a execução do contrato de trabalho exigem o tratamento de vários dados do empregado, que vão desde os dados de identificação comuns, tais como nome, endereço, CPF, a dados bancários para depósito de salário, dados referentes atestados médicos admissionais e periódicos, dentre outros. Estes dados são exigidos pelo eSocial, como já explicado no tópico anterior, estando autorizado o tratamento pela base legal do artigo 7º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD.

Esta hipótese prevista pelo artigo 7º, inciso V, da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, refere-se a uma situação muito particular, quando solicitado pelo próprio empregado.

Aqui, vislumbram-se as situações quando, por exemplo, o empregado celebra contratos de empréstimo consignado em folha de pagamento, ou autoriza que outros descontos sejam realizados diretamente em seu salário.

4.2.1.4 Para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo, ou arbitral

A quarta hipótese ora analisada é aquela trazida pelo artigo 7º, inciso VI, da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, que prevê o tratamento para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem). Destaca-se que esta hipótese também é autorizadora do tratamento de dados sensíveis, nos

exatos termos do artigo 11, inciso II, alínea d), da mesma lei, dispensando-se o consentimento do seu titular.

Não raras vezes, os conflitos sobre a relação de emprego acabam sendo judicializados, exigindo que ambas as partes cumpram com seu ônus probatório. Nesse caso, o empregador está autorizado a realizar o tratamento, fornecendo a documentação na qual conste os diversos dados pessoais do empregado que se revelem necessários para a busca da verdade real.

No entanto, deverá o empregador recordar que o processo é público e que, em se tratando de dados sensíveis, deverá ele ter a precaução de protocolar a documentação sob sigilo, especificando nos autos a necessidade de se proteger os dados pessoais sensíveis do empregado naquele caso, a fim de evitar o acesso não autorizado por terceiros.

4.2.1.5 Para a proteção da vida ou da incolumidade física do empregado

A quinta hipótese ora analisada é aquela trazida pelo artigo 7º, inciso VII, da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, que autoriza o tratamento para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro. Destaca-se que esta hipótese também é autorizadora do tratamento de dados sensíveis, nos exatos termos do artigo 11, inciso II, alínea e) do mesmo diploma legal, dispensando-se o consentimento do seu titular.

Neste caso, o empregador fica autorizado a tratar os dados pessoais, e inclusive dados sensíveis do empregado que disponha em decorrência da relação de emprego, caso seja necessário para proteger a vida ou a sua incolumidade física.

Menciona-se, por exemplo, a situação em que o empregado sofra acidente de trabalho e fique inconsciente, ou, de algum modo, fique impossibilitado de se comunicar e de fornecer ele próprio as informações necessárias para salvar a sua própria vida. Assim, o empregador resta autorizado a compartilhar os dados pessoais que disponha com agentes e serviços de saúde, com a finalidade específica de proteger a vida ou a incolumidade física do empregado.

4.2.1.6 Para atender ao legítimo interesse do empregador

A sexta e última hipótese que será analisada neste trabalho é aquela trazida pelo artigo 7º, inciso IX, da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, que autoriza o tratamento 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.

Esta base legal dá suporte ao tratamento executado com legitimidade de interesse do agente de tratamento, do titular ou de terceiros. A prestação de um serviço que dependa do tratamento de dados torna legítimo ao agente de tratamento tratar os dados pessoais. Mas a legitimidade desse interesse só prospera se ele se faz coerente com a legítima expectativa do titular ou de terceiro em relação à finalidade e aos modos de tratamento.

A hipótese de tratamento do legítimo interesse é bastante ampla e maleável,⁴⁴⁶ mas, como bem observado por Selma Carloto,⁴⁴⁷ o legítimo interesse não pode ser uma “porta aberta” para as situações de tratamento que não se enquadrem dentro das outras hipóteses legais. No mesmo sentido, Adriano da Silva Ribeiro e João Vitor Marques Fernandes⁴⁴⁸ advertem para que o legítimo interesse não se torne uma “válvula de escape” para legitimar parte do tratamento de dados que encontrar barreiras na busca por um consentimento válido em meio à grande vulnerabilidade informacional.

O legítimo interesse, nos termos do artigo 10 da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD,⁴⁴⁹ somente poderá fundamentar o tratamento de dados pessoais para “finalidades legítimas e consideradas para situações concretas”. Estas situações concretas incluem, mas não se limitam ao apoio e promoção de atividades do controlador; e à proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos

⁴⁴⁶ DILL, Amanda Lemos. A delimitação dogmática do legítimo interesse para tratamento de dados pessoais: as bases para a futura concreção. In MENKE, Fabiano; DRESCH, Rafael de Freitas Valle (coord.) **Lei Geral de Proteção de Dados: aspectos relevantes**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021, p. 100

⁴⁴⁷ CARLOTO, Selma. **Lei Geral de Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2020, p. 117

⁴⁴⁸ RIBEIRO, Adriano da Silva; FERNANDES, João Vitor Marques. A base legal do legítimo interesse na lei geral de proteção de dados pessoais. **Revista Meritum**, v.17, n.1, jan.-abr. 2022, p. 251

⁴⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 09 de agosto de 2023.

ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais. Assim, na relação de emprego, vislumbra-se a sua aplicação nos casos em que o empregador necessite exercer o seu poder de direção, de controle e fiscalização sobre a atividade desempenhada.

Desse modo, durante o contrato de trabalho, os dados do empregado são utilizados para aferir a sua produtividade, seu estado de saúde e a observância do cumprimento das regras estabelecidas pela empresa.⁴⁵⁰ Cita-se, exemplificadamente, a necessidade de o empregador acessar dados de georreferenciamento do empregado, a fim de verificar se ele efetivamente está no local de trabalho indicado, ou de acessar os dados de acesso e de registro do empregado em plataformas digitais pelas quais deva ele exercer a sua atividade. É de legítima expectativa do empregado que o empregador fiscalize as suas atividades.

De igual forma, muitas das atividades de gerenciamento do empregador são terceirizadas.⁴⁵¹ Menciona-se, a título exemplificativo, o serviço de contabilidade, e empresas de consultoria em geral que prestam serviços de melhorias gerenciais. Nesses casos, essas empresas necessitam de informações e dados pessoais das mais variadas espécies sobre os empregados.

Essas informações são coletadas e utilizadas sob inúmeros fundamentos, nomeadamente, para garantir uma maior segurança para a empresa, preservar a sua imagem, entre outras tantas justificativas advindas da atividade econômica. Porém, como adverte Andréa Dourado Costa e Ana Virginia Moreira Gomes,⁴⁵² a vigilância incessante sobre a intimidade e a vida privada do empregado possibilita ao empregador, sob o argumento de estar respaldado no seu poder diretivo, utilizar as informações pessoais coletadas para práticas discriminatórias e abusivas, que ferem sobremaneira os direitos de personalidade do empregado.

Menciona-se, como exemplo, o interesse do empregador em saber se a candidata ao emprego ou empregada está grávida ou se pretende engravidar, e se o

⁴⁵⁰ CASTRO, Catarina Sarmiento e. A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores. **Questões laborais**, Lisboa, n. 19, 2002, p. 28-29

⁴⁵¹ CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A lei geral de proteção de dados e seus reflexos nas relações jurídicas trabalhistas. In MIZIARA, André Pessoa; MOLLICONE, Bianca Medalha (coord). **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 118-119

⁴⁵² COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação Nas Relações De Trabalho Em Virtude Da Coleta De Dados Sensíveis. **Scientia Iuris**, Londrina, v.21, n.2, jul./2017, p. 230

empregado possui alguma doença prévia, não comprometedora de sua capacidade laboral, mas que poderia ensejar diversos afastamentos para tratamento de saúde.

Ora, nesse ponto, convém lembrar, a regra formulada no tópico 4.1.3 deste capítulo, qual seja, a inexistência do dever de informação sobre as circunstâncias que dizem respeito ao risco assumido pelas partes como contrapartida ao alargamento da situação devedora da contraparte. Esta situação devedora agravada representa uma situação de desvantagem que tanto o empregado como o empregador teriam interesse em evitar. Entretanto, como essa situação tem contrapartidas próprias, a fuga ao risco assumido representa um desequilíbrio injustificado na estrutura do contrato de trabalho.

Por este motivo, os interesses do empregador que tenham o objetivo de fuga às responsabilidades contratuais e sociais por ele assumidas como contrapartida para a formação do vínculo empregatício (que estão relacionadas com a implicação da pessoa do empregado na relação jurídica e o seu dever de subordinação) não se caracterizam como interesses legítimos, não merecem tutela legal e, portanto, não encontram guarida sob o artigo 7º, inciso IX, da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD.

Desse modo, ainda que possua o interesse econômico na análise dos dados pessoais dos empregados para a melhor tomada de decisão de seu negócio, se este interesse estiver atrelado à intenção de escapar às obrigações de cunho social e protetivo que a relação de emprego lhe imputa pode configurar-se como prática discriminatória.

Convém ainda salientar que, na fase pré-contratual da relação de emprego, o empregador, diretamente ou por meio de empresas terceirizadas, procuram perquirir o candidato a fim de conferir as informações prestadas no currículo e também para verificar se o "perfil comportamental" do candidato é adequado ao cargo. Nesta análise de "perfil", o empregador pretende saber se o candidato tem uma "capacidade de personalidade" para o cargo, ou seja, se é um vendedor extrovertido, um técnico concentrado, um gestor que é um bom líder de pessoas.⁴⁵³ Ocorre que estas análises de perfil comportamental e de personalidade exigem a

⁴⁵³ SLOMP NETO, Frederico. GUNTHER, Luiz Eduardo. Limites da entrevista de candidatos a vagas de emprego sob a perspectiva dos princípios da intimidade e da privacidade. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**. Curitiba, Vol. 01, nº 32, 2020, p. 148

coleta de dados sensíveis, na maioria das vezes não relacionadas com serviço a ser desempenhado,⁴⁵⁴ e também podem acabar culminando em prática discriminatória.

Por fim, destaca-se que o legítimo interesse não é hipótese de tratamento de dados sensíveis, não contemplando previsão no artigo 11 da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD. Logo, qualquer tratamento de dados pessoais sensíveis com base única e exclusivamente em suposto interesse do empregador também não será considerado legítimo haja vista a ausência de previsão legal, podendo também configurar-se como prática discriminatória.

Como resultado desta análise, é possível formular dois critérios técnicos e próprios para serem aplicados à relação de emprego para a identificação do legítimo interesse do empregador, quais sejam: a) o empregador somente poderá tratar os dados dos empregados para exercício dos seus poderes de direção, de controle e de fiscalização, quando diretamente relacionado à atividade do empregado, sendo identificada a finalidade legítima e a situação concreta; e b) este interesse não pode se caracterizar como fuga à posição debitória assumida pelo empregador para a conformação da relação de emprego.

4.2.2 A responsabilidade do empregador em identificar corretamente as hipóteses e bases legais de tratamento de dados do empregado para dar efetividade à responsabilidade preventiva

Como analisado no Capítulo 3, no tópico 3.1.4, a "porta de entrada" da responsabilidade preventiva no direito do trabalho ocorre por meio da Constituição Federal, como forma de concretizar o sistema geral de tutela de proteção da pessoa humana. Reprisam-se as previsões constitucionais havidas no artigo 5º, XXXV da Carta Maior, que, ao acolher a função preventiva da responsabilidade, determina

⁴⁵⁴ Cita-se exemplificadamente, trecho de manual de Recursos Humanos: "A partir desse paradigma, certas características deverão ser prospectadas com maior rigor nos processos seletivos estratégicos de RH, como: Maior preocupação, nas entrevistas, com as questões ligadas às raízes dos indivíduos; seus laços de comprometimento e atingimento de resultados nos núcleos sociais em que vive (igreja, clube, família, empresa etc.) [...] Traços específicos, como nível de agressividade voltado para processos produtivos, controle e resistência às pressões, flexibilidade técnica e política, coragem decisória e nível de intuição, são fortes determinantes de bons candidatos no modelo estratégico de RH." (MARRAS, Jean Pierre. **Administração de recursos humanos**: do operacional ao estratégico. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.266-267)

que não se exclua de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito; e o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, o qual preceitua ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Ainda, ante ao que fora desenvolvido nos tópicos 4.1.1 e 4.1.2 deste Capítulo, conclui-se que a personalidade é um dos fundamentos da LGPD, e que a pessoa humana é o elemento primaz do vínculo empregatício. Além disso, a relação de emprego, por sua natureza assimétrica, coloca a personalidade do empregado em situação de vulnerabilidade frente ao poder do empregador no âmbito da relação de emprego, evidenciando ainda mais a necessidade de sua proteção. Desse modo, a responsabilidade preventiva desenhada pela Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD tem aplicabilidade direta e imediata na relação de emprego, ajustando-se as hipóteses de tratamento de dados à sua realidade, como analisado no tópico 4.2.1, imediatamente anterior a este.

Por tudo o que foi analisado, é de se concluir que o tratamento irregular ou em desconformidade à Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD põe em risco a dignidade humana do empregado no geral, e seus direitos de personalidade, privacidade e intimidade no particular. Este é o chamado “risco de dano grave e irreversível”,⁴⁵⁵ existente em face da natureza não patrimonial dos direitos de personalidade da pessoa humana, cujos danos concretizados são impossíveis de reparação monetária. Mesmo que se avenge a possibilidade de compensação financeira, esta também, por vezes, se mostra insuficiente para remendar os estragos causados à existência humana. A responsabilidade preventiva é a providência jurídica que traz ao empregador o dever de implementar medidas e ações para se tentar evitar, ou pelo menos mitigar, a existência deste tipo de risco.

Por esse motivo, deve o empregador instituir essas medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento dos dados pessoais dos seus empregados, implementando ações eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, na estrita linha do que preceitua o artigo 6º, incisos VIII e X, da LGPD.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. **Recueil Dalloz**. Paris, nº 9, 2004, p. 577. O tópico 3.1.3 deste trabalho aborda com profundidade toda essa questão.

⁴⁵⁶ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
(...)

Essas medidas devem ser pensadas a partir da execução de dois documentos em especial, nomeadamente o *Record of Processing Activities*-ROPA, isto é, o Registro das Atividades de Tratamento, e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados-RIPD, já mencionados no tópico 3.2.3, haja vista a sua previsão na própria LGPD.

Como antes visto, o ROPA é citado expressamente no artigo 30 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados-RGPD,⁴⁵⁷ e encontra sua correspondência na LGPD no artigo 37,⁴⁵⁸ que prevê aos agentes de tratamento a obrigação de “manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse”.

Pois bem, foi visto no tópico 4.2.1.6 que o legítimo interesse, na relação de emprego, está diretamente relacionado com os poderes do empregador, quais sejam, o poder diretivo, o poder de regulamentação, o poder de controle e fiscalização, e o poder disciplinar, que terão por base legal o legítimo interesse. Desse modo, a elaboração do ROPA para a relação de emprego é imprescindível para a concretização da responsabilidade preventiva, pois, neste documento, deverão ser mapeadas todas as bases legais que justificarão os tratamentos de dados realizados pelo empregador, seja para cumprimento de obrigação legal, seja quando baseado no exercício de seus poderes.

Já o RIPD está previsto nos artigos 5º, inciso XVII, e 38 da LGPD, que o considera a “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais”. Neste documento, devem ser detalhadas as operações com dados pessoais, bem como devem ser identificadas as “medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco”.

Conforme analisado no tópico 3.2.3, pela exegese da LGPD, o RIPD deverá ser elaborado apenas para os tratamentos de dados que possam expor a risco as

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

(...)

X - responsabilização e prestação de contas: 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.

⁴⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados-RGPD**. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>> Acesso em 11 de julho de 2023.

⁴⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11 de julho de 2023.

liberdades civis e os direitos fundamentais dos seus titulares, não sendo necessária a sua elaboração para todas as hipóteses de tratamento em absoluto, uma vez que nem todas colocarão em risco os direitos fundamentais. Cita-se, por exemplo, as situações que pedem apenas os dados meramente identificadores da pessoa natural, cujo conhecimento por terceiros não viola os direitos de personalidade de seu titular, o que foi abordado de modo mais aprofundado no tópico 4.1.1, com a análise da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ

Ocorre que, como exaustivamente constatado no início neste capítulo e já revisitado no início desta explanação, a relação de emprego é assimétrica e coloca a pessoa do empregado e sua personalidade em situação de vulnerabilidade frente ao empregador. E também como antes analisado no tópico 4.2.1.6, as hipóteses de tratamento que decorrem dos poderes do empregador se molduram sob a base legal do legítimo interesse, o que implica no risco acentuado aos direitos fundamentais dos empregados.

No entanto, como bem observa Claudia Lima Marques e Cíntia Rosa Pereira de Lima:⁴⁵⁹ esta documentação deve ser elaborado de maneira técnica, a fim de se evidenciar uma análise adequada sobre o nível de risco envolvido no tratamento de dados pessoais nas circunstâncias antes apontadas, aplicando-se uma metodologia que requer domínio da arte. Isso porque, caso contrário, ao invés de mitigar os riscos envolvendo o tratamento de dados, estes poderão ser acentuados: se a análise é feita de maneira superficial a ponto de se concluir que o risco é baixo, o empregador não tomará as medidas de segurança técnicas e organizacionais adequadas, favorecendo as condições para os incidentes de segurança com dados pessoais; por outro lado, se for atribuído um risco elevado de maneira leviana, há uma assunção de culpa por parte do empregador, o que criará um risco elevado, acentuando-se as consequências da responsabilidade civil.

Inserido em um sistema de repersonalização do direito, possui o empregador não apenas o dever legal, mas também o dever ético e fraternal, de identificar e mapear as hipóteses de tratamento de seu legítimo interesse, baseadas em situações concretas e para finalidades específicas, de modo técnico e metodológico,

⁴⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima; DE LIMA Cíntia Rosa Pereira. Relatório de impacto à proteção de dados dos trabalhadores: dilemas em torno da análise de risco. **Estudos sobre LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados – lei nº 13.709/2018**: doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral. BARZOTTO, Luciane Cardoso; COSTA, Ricardo Hofmeister de Almeida Martins (Org.)- Porto Alegre: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Diadorim Editora, 2022, p. 64

e de implementar medidas de segurança e técnicas e organizacionais a fim de mitigar o risco que incide sobre essas operações. Ainda, deve o empregador se abster de realizar tratamentos fora dessas hipóteses anteriormente delineadas, sob pena de, além de ser considerado o tratamento irregular e/ou ilícito, acarretar danos ao empregado, fazendo incidir a responsabilidade objetiva especial prevista no artigo 42 da LGPD.

Uma vez que o consentimento não se mostrou como a melhor hipótese de tratamento, quando relacionado diretamente à prestação de serviço do empregado, o legítimo interesse do empregador se revela como a mais controversa, haja vista a falta de critérios específicos para a sua identificação. Nesse ponto, a pesquisa contribui e identifica dois critérios técnicos e próprios para serem aplicados à relação de emprego para identificação do legítimo interesse do empregador, quais sejam: a) o empregador somente poderá tratar os dados dos empregados para exercício dos seus poderes de direção, de controle e de fiscalização, quando diretamente relacionado à atividade do empregado, sendo identificada a finalidade legítima e a situação concreta; e b) este interesse não pode se caracterizar como fuga à posição debitória assumida pelo empregador para a conformação da relação de emprego.

Finalmente, convém destacar que está no âmbito das atribuições da Agência Nacional de Proteção de Dados-ANPD regulamentar esse tema de modo específico para a relação de emprego, nos termos do artigo 55-J, inciso XIII da LGPD o qual dispõe sobre a sua competência para editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei. Uma regulamentação específica por parte da ANPD sobre a aplicação da LGPD à relação de emprego certamente trará maior segurança jurídica a todos os envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea, caracterizada pela rápida evolução tecnológica, pela economia digital e pelo capitalismo informacional, apresenta promessas de desenvolvimento tecnobiológico e ambiental para resolver os problemas da humanidade. No entanto, assim como as promessas de bem estar social da modernidade não foram cumpridas, é com ceticismo que se devem encarar as promessas tecnológicas da sociedade contemporânea. Isso porque, ao contrário do que ocorria na modernidade, os riscos agora são graves e irreversíveis, criados pelos atores sociais que tomam suas decisões mirando no lucro.

A economia contemporânea transformou os dados pessoais em “bens de informação”. A privacidade dos indivíduos passa a ter valor em um capitalismo de vigilância, e a pessoa humana acaba por ser objetificada, transformando-se em mera produtora de dados e informações capazes de escalonar os proveitos e vantagens econômicas destes atores sociais.

Para a área jurídica, a mesma discussão que, na modernidade, ensejou à divisão entre público e o privado, restou superada pelo fenômeno da repersonalização do direito, que alçou a pessoa humana ao centro de proteção do ordenamento jurídico. Neste sistema de repersonalização, o direito deve ser visto, compreendido e interpretado em um todo único, que tem como foco a proteção da pessoa humana, e, conseqüentemente, a sua dignidade, e a sua personalidade em todas as suas dimensões.

Ante ao cenário exposto, foi apresentada a tese sobre a existência, na Lei Geral de Proteção de Dados, de um regime de responsabilidade preventiva autônoma e independente da responsabilidade civil, esta última de caráter reparatório-compensatório, mas que coexiste com um regime de responsabilidade civil objetiva especial para a proteção de dados pessoais.

Dentro do sistema de repersonalização do direito apresentado, a responsabilidade preventiva encontra a sua "porta de entrada" no direito do trabalho por meio da Constituição Federal, por meio das previsões constitucionais havidas no artigo 5º, XXXV da Carta Maior, que, ao acolher a função preventiva da responsabilidade, determina que não se exclua de apreciação do Poder Judiciário

lesão ou ameaça ao direito; e o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, o qual preceitua ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Assim, a proteção da pessoa humana do empregado em relação ao tratamento de seus dados pessoais materializa-se na responsabilidade preventiva que possui o empregador ao realizar essas operações para a formação, execução e dissolução da relação de emprego.

Como resultado, a tese que se apresentou confirma a existência de uma disciplina de responsabilidade jurídica no geral, na qual se encontram a responsabilidade preventiva, voltada à prevenção e mitigação da ocorrência de danos advindos da existência de riscos graves e irreversíveis à pessoa humana, e também a responsabilidade civil, de caráter reparatório e compensatório, que ocorre quando as medidas preventivas não foram utilizadas, foram utilizadas de modo incorreto, ou falham em evitar a concretização do dano. Na Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, a responsabilidade preventiva encontra sua previsão legal no artigo 6º, incisos VIII e X. Já a responsabilidade civil, objetiva e de caráter especial, está contemplada nos artigos 42 a 45 da carta legal.

Essas medidas preventivas são de caráter autorregulatório. Não obstante, existem previsões legais que trazem a obrigação de manter determinados documentos que exigem a sua implementação conforme as hipóteses de tratamento de dados e de dados sensíveis. Destacam-se o *Record of Processing Activities-ROPA*, isto é, o Registro das Atividades de Tratamento, e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados-RIPD.

Na relação de emprego, o empregador tem o dever de identificar, nesta documentação, as hipóteses e bases legais que permitem o tratamento dos dados pessoais e sensíveis de seus empregados, analisar o risco que este tratamento ensejará aos seus direitos fundamentais, e implementar as ações a fim de evitar e/ou mitigar esse risco.

Das bases legais analisadas, duas se manifestaram como hipóteses mais frequentes: para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, e para atender ao legítimo interesse do empregador. Dentre estas duas, a hipótese do legítimo interesse se mostra a mais controversa, e, portanto, a que revela risco mais acentuado aos direitos de personalidade do empregado, pois está diretamente

relacionada aos poderes do empregador, e também aos riscos inerentes do contrato de trabalho.

Concluiu-se que o empregador só possuirá o legítimo interesse em tratar os dados pessoais dos seus empregados quando atendidos dois critérios técnicos: quais sejam: a) o empregador somente poderá tratar os dados dos empregados para exercício dos seus poderes de direção, de controle e de fiscalização, quando diretamente relacionado à atividade do empregado, sendo identificada a finalidade legítima e a situação concreta; e b) este interesse não pode se caracterizar como fuga à posição debitória assumida pelo empregador para a conformação da relação de emprego.

Qualquer tentativa do empregador em tratar dados pessoais dos empregados com o objetivo de escapar às obrigações de cunho social e protetivo que a relação de emprego lhe imputa pode caracterizar-se como prática discriminatória e, portanto, é violadora dos direitos e garantias fundamentais. Além de falhar com a responsabilidade preventiva, este tipo de conduta ainda atrairá, invariavelmente, a responsabilidade civil do empregador.

Desse modo, a correta identificação das situações concretas e específicas de tratamento de dados pessoais e sensíveis dos empregados nas documentações impostas pela Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD na relação de emprego, com a previsão de medidas e ações a fim de assegurar o correto e legítimo tratamento, assegura e confere proteção ao empregado de que seus direitos de personalidade, aqui incluídos os direitos de privacidade e intimidade, não sejam violados, evitando-se os danos graves e irreparáveis à sua existência.

Por fim, destaca-se que está no âmbito das atribuições da Agência Nacional de Proteção de Dados-ANPD regulamentar esse tema de modo específico para a relação de emprego, nos termos do artigo 55-J, inciso XIII da LGPD o qual dispõe sobre a sua competência para editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei.

Uma regulamentação específica por parte da ANPD sobre a aplicação da LGPD à relação de emprego certamente trará maior segurança jurídica a todos os

envolvidos, e espera-se que esta tese possa contribuir com este debate, de modo a dar efetiva e concreta proteção aos direitos fundamentais dos empregados.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Pessoa. In: **Dicionário de filosofia**. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. *In A Reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008.

AQUINI, Marcos. Fraternidade e direitos humanos. In BAGGIO, Antonio Maria (Org.) **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica: a Bem Aventurança, os Atos Humanos, as Paixões da Anima**. V.3 Seção I, Parte II, Questões 1 a 48. São Paulo, Loyola, 2003.

ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da precaução: manual de instruções**. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano XI, n. 22, p. 9-58, fev. 2008.

ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3: da Renascença ao Século das Luzes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. A justiça constitucional francesa e o princípio da fraternidade no caso Cedric Herrou. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, ano 45, nº 201, agosto de 2019.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Consentimento como base de tratamento de dados nas relações de trabalho: uma visão geral. In: BELTRAMINI, Francisco; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César (org.). **Direito digital: LGPD: aplicabilidade e questionamentos**. Joinville: Maître Editora, 2022.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. LGPD e Fraternidade: limites à utilização dos algoritmos discriminatórios nas relações de trabalho. *In* MIZIARA, André Pessoa; MOLLICONE, Bianca Medalha (coord). **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; MARTINS, Renata Duval; CORREIA, Carolina Simões. Fraternidade e Justiça Social: Imigração na Constituição Brasileira de 88 e na Convenção 143 da OIT. In: BARZOTTO ET ALLI. (org.) **Direito e Fraternidade: outras questões**. Porto Alegre: Editora Sapiens, 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção aos direitos humanos dos trabalhadores. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 39, vol. esp., dez. 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; SICILIANI, Bruna Casimiro. Teletrabalho, sustentabilidade e proteção de dados: “novos” direitos fundamentais laborais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel. (Org.). **Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação**. Porto Alegre: Editora Fênix, 2020.

BARZOTTO, Luis Fernando. O Conceito de Fraternidade. In: Cordioli, Leandro, et alii (Org.). **A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. Sociedade Fraterna. In: BARZOTTO ET ALLI. (org.) **Direito e Fraternidade**: outras questões. Porto Alegre: Editora Sapiens, 2018.

BECK, Ulrich. Living in the world risk society. **Economy and Society**. Volume 35, Number 3 August, 2006.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho**: identificação das ofensas extrapatrimoniais morais e existenciais e sua quantificação. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Civis no Direito do Trabalho**: Curso completo de Direito Civil com aplicação subsidiária nas relações de trabalho. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por Danos Morais nas Relações de Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v.73, n. 2, abril/junho 2007, p. 158-185.

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

BITTAR, Eduardo. O direito na pós-modernidade. **Revista Seqüência**, nº 57, p. 131-152, dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Fragmentos de um dicionário político. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BONFANTE, Pietro. **Instituciones de derecho romano**. Madrid, Reus, 1979.

BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: L.G.G.J., 2005.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto; Rosenvald, Nelson; FARIAS, Cristiano chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. **Havard Law Review**, v. 4, n. 5, dec. 15, 1890.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm.

Acesso em 14 de julho de 2023.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em:

25 de outubro de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 25 de setembro de 2022.

BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo; CORRÊA, Rafael. Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil. **Revista Fórum de Direito Civil**. Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set.-dez./2015.

BÜYÜKBİNGÖL, Abdulkadir , Maral, Taylan. A Criticism of Transhumanism from the Society 5.0 Perspective in the Context of Social Values. **Ilahiyat Studies**, vol 14 / 1, July 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CARLOTO, Selma. **Lei Geral de Proteção de Dados**: enfoque nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2020

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Lisboa: Centelha, 1981.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CASTAN, Nicole *et all*. A comunidade, o estado e a família. Trajetórias e tensões. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

CASTAN, Yves. LEBRUN, François. CHARTIER, Roger. Figuras da modernidade. In: DUBY, Georges. ARIÈS, Philippe. CHARTIER, Roger. (Orgs.) **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Vol. 1. Trad. Roneide Venancio Majer e Lauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores. **Questões laborais**, Lisboa, n. 19, 2002.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. São Paulo: Editora Manole, 2014.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos Aures: Astrea, 1995.

civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A lei geral de proteção de dados e seus reflexos nas relações jurídicas trabalhistas. In MIZIARA, André Pessoa; MOLLICONE, Bianca Medalha (coord). **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the law of torts, or the wrongs which arise independent of contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879.

COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação Nas Relações De Trabalho Em Virtude Da Coleta De Dados Sensíveis. **Scientia Iuris**, Londrina, v.21, n.2, jul./2017

COSTA, Emilio. **Derecho romano publico y privado**. Madrid: Editorial Reus, 1930.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

DÄUBLER, Wolfgang. **Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha**. São Paulo, LTR, 1997.

DÄUBLER, Wolfgang. Nuove tecnologie: un nuovo Diritto del Lavoro. **GDLRI**, nº 25, 1986.

DE ALMEIDA, Almiro Eduardo. O valor da dignidade humana e o preço da saúde do trabalhador. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**. Belo Horizonte, ano 36, n. 424, p. 39-58, abr. 2019.

DE CARVALHO, Vinicius Marques; MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Boas práticas e governança da LGPD. In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DE SINGLY, François. **Identité personnelle et identité statutaire dans la sphère privée et la sphère publique**, Archives de Philosophie du Droit, vol. 41, 1997.

DECKER, Micheline. **Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français, allemand et anglais**, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

DI LORENZO, Wambert Gomes; LIMA, Wânia Claudia Di Lorenzo. Fraternidade, solidariedade e justiça. In: BARZOTTO, Luís Fernando et all. (org.) **Direito e Fraternidade: outras questões**. Porto Alegre: Sapiens, 2018.

DILL, Amanda Lemos. A delimitação dogmática do legítimo interesse para tratamento de dados pessoais: as bases para a futura concreção. In MENKE, Fabiano; DRESCH, Rafael de Freitas Valle (coord.) **Lei Geral de Proteção de Dados: aspectos relevantes**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018). In: ROSENVALD, Nelson; WESENDONCK, Tula; DRESCH, Rafael. (Org.). **Responsabilidade civil: novos riscos**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2019.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle; STEIN, Lílian Brandt. Direito fundamental à proteção de dados e responsabilidade civil. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Portugal, ano 3, 2021.

DUBY, Georges. Poder privado, poder público. In: DUBY, Georges. **História da vida privada, 2: da Europa feudal à Renascença**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 88, 1993.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade Civil Preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2014.

FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD**: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018>. Acesso em: 17 ago. 2020.

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. Osborne. The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? **Technological Forecasting and Social Change**, Volume 114, 2017.

GIDDENS, Anthony. Risk and Responsibility. **The Modern Law Review**, V.62, n.1, 1999.

GIDDENS, Anthony. **The Cosequences of Modernity**. Cambridge: Polity Press, 1996

GIDDENS. Anthony. **Sociology**. Cambridge: Polity Press, 2009.

GIERKE, Otto von. **Das deutsche Genossenschaftsrecht**: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, vol. 1. Berlin: Weidmann, 1868.

GIERKE, Otto Von. **Deutsches Privatrech**. Erster Band. Allgemeiner Teil ind Personenrecht. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895.

GIERKE, Otto von. **Las raices del contrato de servicios**. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

GIERKE, Otto von. The social role of private Law. Translated, with an introduction, by Ewan McGaughey. **German Law Journal**, vol. 19 N. 04, 2018.

GLANCY, Dorothy J. The invention of the right to privacy. In: **Arizona Law Review**. v. 21, n. 1, 1979.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. VIEIRA, Max Antônio Silva. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: responsabilidade patronal no tratamento de dados pessoais e sensíveis do trabalhador. In: BELTRAMINI, Franciano et al. (org.) **LGPD: aplicabilidade e questionamentos**. Joinville: Maître Editora, 2022.

GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRANTZ, K.H., MEREDITH, H.R., CUMMINGS, D.A.T. *et al.* The use of mobile phone data to inform analysis of COVID-19 pandemic epidemiology. **Nature Communications** 11, 4961 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41467-020-18190-5>

GROSSI, Paolo. História social e dimensão jurídica. In: **Meritum**. Belo Horizonte, v. 4, n. 2, jul./dez. 2009.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau, "Término do tratamento de dados", In: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**, Editora RT: São Paulo, 2019.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**: introducción histórico-dogmática. Traducción Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

HOBBS, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

HUANG, Sihan; WANG, Baicun; LI, Xingyu; ZHENG, Pai; MOURTZIS, Dimitris; WANG, Lihui. Industry 5.0 and Society 5.0—Comparison, complementation and co-evolution, **Journal of Manufacturing Systems**, Volume 64, 2022.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

JAPÃO. **Relatório sobre o Quinto Plano Básico de Ciência e Tecnologia**, dez.

2015, p. 1. Disponível em

https://www8.cao.go.jp/cstp/kihonkeikaku/5basicplan_en.pdf. Acesso em 30 de julho de 2023.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista forense:** doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 548–559, abr./jun., 1941.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, v.97, 1998.

LAUDON, Jane P.; LAUDON, Kenneth C. **Sistemas de informação gerenciais**. Pearson: São Paulo, 2014.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1998.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. Revista dos Tribunais: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: **A Reconstrução do Direito Privado**. COSTA, Judith Martins (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, 2002

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, março/2001.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Editorial Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992.

M. M. Nair, A. K. Tyagi and N. Sreenath, "The Future with Industry 4.0 at the Core of Society 5.0: Open Issues, Future Opportunities and Challenges," 2021 **International Conference on Computer Communication and Informatics (ICCCI)**, Coimbatore, India, 2021.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; DE LIMA Cíntia Rosa Pereira. Relatório de impacto à proteção de dados dos trabalhadores: dilemas em torno da análise de risco. **Estudos sobre LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados – lei nº 13.709/2018: doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral**. BARZOTTO, Luciane Cardoso; COSTA, Ricardo Hofmeister de Almeida Martins (Org.)- Porto Alegre: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Diadorim Editora, 2022.

MARTINEZ-ALIER, Joan, Conflitos de distribuição ecológica num contexto de incerteza. **Razão Tempo e Tecnologia: Estudos em Homenagem a Hermínio Martins**, Lisboa, ICS, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, não paginado [ebook].

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade**: ensaio de uma qualificação. Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação". **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito**. PPGDir./UFRGS, vol. 2, nº.4, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *In* **A Reconstrução do Direito Privado**. MARTINS-COSTA, Judith (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELGAR, Alfredo Montoya. **La buena fe em el derecho del trabalho**. Madrid: Tecnos, 2001.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, 2018

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *In*: **RJLB**, ano 5, nº 1, 2019.

MERCADER UGUINA, Jesús R. **Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Norma Regulamentadora No. 9 (NR-9)**. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-9-nr-9>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Norma Regulamentadora No. 15 (NR-15)**. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-15-nr-15>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Norma Regulamentadora No. 16 (NR-16)**. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-16-nr-16>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional por danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGDP. In: **Cadernos Adenauer**, volume 3, Ano XX, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. Editorial. **Civilística**. Ano 8. n. 3. 2019

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, dez. 1984, v. 73, n. 590.

MOREIRA, Tereza Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites ao poder de controle eletrônico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010

MORIN, Edgar. **Fraternidade**: para resistir à crueldade do mundo. São Paulo: Palas Athena, 2019.

MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? **Migalhas**. 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

MYTHEN, Gabe. **Ulrich Beck**: A Critical Introduction to Risk Society, London, Pluto Press, 2004.

NARVAEZ ROJAS, C.; ALOMIA PEÑAFIEL, G.A.; LOAIZA BUITRAGO, D.F.; TAVERA ROMERO, C.A. Society 5.0: A Japanese Concept for a Superintelligent Society. **Sustainability**, 13, 6567, 2021.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

NOCERA, Guglielmo. **Ius publicum**: (D. 2, 14, 38). Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle regulae iuris. Roma: Edizioni Italiane, 1946

NOIVILLE, Christine. **Du bon gouvernement des risques**: le droit et la question du "risque acceptable". Paris: Presses Universitaires de France, 2003, p. 217

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 547

O'BRIEN, James A. **Sistemas de informação e as decisões gerenciais na era da internet**. Saraiva: São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; CASTAGNA, Fabiano Pires. O valor-princípio fraternidade e a crise no ensino jurídico: repensando a formação dos atores do Direito. *In* VERONESE, Josiane Rose Petry; BRITO, Rafaela Silva; FONSECA, Reynaldo Soares da (org.). **Educação, Direito e Fraternidade**: temas teórico-conceituais. Caruaru: Editora ASCES, 2021.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MORAES, Perla Duarte. Marketing digital e o valor-princípio fraternidade: enfrentando as ameaças no mundo digital. *In* **Sociedade Digital**: desafios para a Fraternidade. VERONESE, Josiane Rose Petry; FONSECA, Reynaldo Soares da. (coord.) ROSSETO, Geralda Magella de Faria; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (org.) vol 1. Caruaru: Editora ASCES, 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **COVID-19 e o mundo do trabalho**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/covid-19/lang-pt/index.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PAPA FRANCISCO. **Carta encíclica fratelli tutti do santo padre Francisco sobre a fraternidade e a amizade social**. Disponível em <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html>. Acesso em 15 de agosto de 2023.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a resignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: el impacto sócio-jurídico de las N.T. de la información**. Fundesco, Madrid, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. Editoriale. In: **Rassegna di Diritto Civile**, n. 1, 1983.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia A lei geral de proteção de dados e seus impactos nas relações de trabalho. In MIZIARA, André Pessoa; MOLLICONE, Bianca Medalha (coord). **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PROSSER, William L. Privacy. **California Law Review**, v. 48, n. 3, ago. 1960.

PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard. (Orgs.) **História da vida privada, 5: Da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Crítica do Direito do Trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho**: dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Do fundamento do poder disciplinar laboral**. Coimbra: Almedina, 1993.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Os limites do poder disciplinar laboral. In **Estudos de Direito do Trabalho**. Vol I. Coimbra: Almedina, 2003.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte II - Situações laborais Individuais, Almedina, 2016.

RESTA, Giorgio. Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, 2000.

RIBEIRO, Adriano da Silva; FERNANDES, João Vitor Marques. A base legal do legítimo interesse na lei geral de proteção de dados pessoais. **Revista Meritum**, v.17, n.1, jan.-abr. 2022.

RIGAUX, François. Liberté de la vie privée. **Revue Internationale de Droit Comparé**, n. 3, 1991.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. São Paulo: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli**. Roma-Bari: GLF Laterza, 2014.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. In **civilistica.com**, v. 9, n. 1, 9 maio 2020.

ROSEVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROUCHE, Michel. Alta Idade Média Ocidental. In: VEYNE, Paul. **História da vida privada, 1**: do Império Romano ao ano mil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance de Dados. In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o privado e o público na vida social e histórica. In **Ciência & Trópico**, Recife: FUNDAJ, v. 11, jan/jun. 1983.

SALEILLES, Raymond. **Étude sur la Théorie Générale de l'Obligation**. Paris: LGDJ, 1925.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOLIM, Cesar. Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil. **Revista da AJURIS [S. I.]**, v. 41, n. 136, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Conhecimento prudente para uma vida decente**: um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAVATIER, René. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civile aujourd'hui**. In: CARVAL, Suzanne. La construction de la responsabilité civile: controverses doctrinales. Paris: PUF, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SHATURAEV, Jakhongir. "Economies and management as a result of the fourth industrial revolution: An education perspective." **Indonesian Journal of Educational Research and Technology**, vol. 3.1, 2022.

SICILIANI, Bruna Casimiro. **Os desafios para o método do "resgate do jurídico" em Paolo Grossi: a proposta das narrativas simbólicas da história em Duby e da antropologia em Dumézil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes**. Paris: Dalloz, 2010.

SINZHEIMER, Hugo. **Crisis Economica y Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problematica humana y conceptual del derecho del trabalho**. Estudio

preliminar y traducción Felipe Vazquez Mateo. Madrid: Instituto de estudios laborales y de la seguridad social, 1984.

SLOMP NETO, Frederico. GUNTHER, Luiz Eduardo. Limites da entrevista de candidatos a vagas de emprego sob a perspectiva dos princípios da intimidade e da privacidade. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**. Curitiba, Vol. 01, nº 32, 2020.

SOLOVE, Daniel J. **Understanding privacy**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.

SPAEMANN, Robert. **Pessoas**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo em Recurso Especial-ARESP nº 2130619/SP**. Relator Ministro Francisco Falcão. Julgamento em 07/03/2023, Publicação em 10/03/2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário-RE nº 418416/SC**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 10/05/2006, Publicação em 19/12/2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 932 - Possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932>. Acesso em 25 de outubro de 2021.

SZANIAWKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAPINOS, Daphné. **Prevention, precaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.** Paris: L'Harmattan, 2008.

TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos.** Curitiba: Juruá Editora, 2014.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Nuevas Tecnologías, Intimidad y Protección de Datos com estudio sistemático de la Lei Orgánica 15/1999,** Madrid: Edisofer, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S.L.], v. 25, n. 03, p. 83-116, 2020. Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil.
<http://dx.doi.org/10.33242/rbdc.2020.03.005>

THE GUARDIAN. **Mobile phone industry explores worldwide tracking of users.** Disponível em <https://www.hrw.org/news/2020/05/13/mobile-location-data-and-covid-19-qa> Acesso em 27 de outubro de 2021.

THIBIERGE, Catherine. **Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir.** **Recueil Dalloz.** Paris, nº 9, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Comunicação da Comissão relativa ao Princípio da Precaução COM (2000) 1 final.** Bruxelas, 2000. p. 18-19. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:PT:PDF>> Acesso em: 13 mar. 2022.

URRUTIA, Ana; GORSKI, Héctor; MICHEL, Mónica. **Tecnología, Intimidad y Sociedad Democrática.** Barcelona: Icaria editorial, 2003.

VINEY, Geneviève. **Introduction à la responsabilité**. Traité de Droit Civil. Paris, LGDJ, 2007, p. 82-88. E também TOURNEAU, Philippe Le. **Droit de la responsabilité et des contrats**, Dalloz, 2010.

VON GEHLEN, Gilberto Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. *In: A Reconstrução do Direito Privado*. COSTA, Judith Martins (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.1, 2002.

WALSH, Philip. Risk and new realities: social ontology, expertise and individualization in the risk society. In CURRAN, Dean (org.) **Handbook on Risk and Inequality**. United Kingdom: Elgar Publishing, 2022.

WEDY, Gabriel. Os elementos constitutivos do princípio da precaução e a sua diferenciação com o princípio da prevenção. *In Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 68, out. 2015.

WIMMER, Miriam. Os desafios do enforcement na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. . In: Coord. DONEDA, Danilo (et al.) **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020**. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em 27 de outubro de 2021.