

**OS DESAFIOS DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ELEMENTOS DE UMA TEORIA DA
DECIDIBILIDADE ADEQUADA À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO
TRABALHADOR¹**

***THE CHALLENGES OF PROCESS AND JURISDICTION IN THE DEMOCRATIC
STATE OF LAW: ELEMENTS OF A THEORY OF DECIDABILITY APPROPRIATE
TO THE PROTECTION OF WORKERS' PERSONAL DATA***

Andrey Oliveira Lamberty

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Franciscana (UFN), Santa Maria, RS, Brasil. Advogado. E-mail: andrey.lamberty@gmail.com.

Cristiano Becker Isaia

Doutor e pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil. Professor Adjunto lotado no Programa de Pós-Graduação em Direito e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana, Santa Maria, RS, Brasil. E-mail: cbisaia@gmail.com.

Rosane Leal da Silva

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Santa Maria, RS, Brasil, com pesquisa sobre a sociedade informacional. Professora Associada do Curso de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal de

¹ Artigo recebido em 10/12/2019 e aprovado em 11/08/2020.

Santa Maria (UFSM), do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN) e da Antonio Meneghetti Faculdade (AMF). Coordenadora do Núcleo de Direito Informacional da Universidade Federal de Santa Maria (NUDI). Santa Maria, RS, Brasil. E-mail rolealdasilva@gmail.com.

RESUMO: Este estudo visa verificar se as decisões proferidas pela Corte Suprema trabalhista, nas demandas relativas à proteção de dados pessoais do trabalhador, apresentam-se adequadas à teoria da decidibilidade de Ronald Dworkin, respondendo ao questionamento: é possível afirmar que as decisões do TST em casos que envolvam a autodeterminação informativa do obreiro são adequadas à noção do Direito como um sistema íntegro e coerente? A pesquisa utiliza-se de uma abordagem hermenêutica fenomenológica, concluindo que a jurisprudência do TST mostrou-se parcialmente adequadas à teoria de Dworkin, falhando, por vezes, ao não apresentar uma fundamentação consistente diante do conflito entre direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Autodeterminação informativa. Dados Pessoais. Integridade. Ronald Dworkin. Teoria da decidibilidade.

ABSTRACT: This study aims to verify if the decisions given by the Supreme Labor Court, in the demands related to the protection of workers' personal data, are adequate to Ronald Dworkin's theory of decidability, answering the question: is it possible to state that the decisions of the TST in cases involving the informational self-determination of the worker are adequate to the notion of law as a whole and coherent system? The research uses a phenomenological hermeneutic approach, concluding that the jurisprudence of the TST was partially adequate to Dworkin's theory, sometimes failing to provide a consistent foundation in the face of conflicting fundamental rights.

KEY WORDS: Informational self-determination. Personal data. Integrity. Ronald Dworkin. Theory of decidibility.

INTRODUÇÃO

A concepção racionalista do processo como um sistema ordenarizado, pautado em um ideário de segurança, remete ao Estado Liberal e sua obsessão com a proteção patrimonial do burguês. Ainda hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, a jurisdição processual segue impregnada deste racionalismo cartesiano, mesmo que as novas demandas advindas da sociedade em rede passem a exigir do Poder Judiciário uma resposta rápida e (constitucionalmente) adequada.

O paradigma informacional trouxe uma série de transformações nas relações de trabalho, dentre elas a possibilidade de acesso, manipulação, armazenamento e divulgação de dados pessoais do empregado por meios informatizados, o que amplia o potencial lesivo a direitos constitucionalmente assegurados ao obreiro. Por outro lado, a proteção de dados pessoais do trabalhador e o reconhecimento de um direito à autodeterminação informativa pode entrar em conflito com direitos fundamentais de outros particulares, tais como o direito à propriedade do empregador, ou mesmo o direito de acesso à informação, no que se refere às decisões judiciais envolvendo demandas trabalhistas cujos dados do empregado podem gerar tratamento discriminatório, inclusive obstaculizando o acesso à uma vaga de emprego.

Diante de tais casos controversos, ou *hard cases*, à luz da teoria de Ronald Dworkin, parte-se para a compreensão de uma teoria da decidibilidade pautada no Direito como integridade, a fim de responder ao seguinte questionamento: é possível afirmar que as decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho são adequadas à noção do Direito como um sistema íntegro e coerente, especialmente no que se refere à tutela de um direito constitucional à autodeterminação informativa do trabalhador? O objetivo, com isso, é verificar se as decisões proferidas pela Corte Suprema trabalhista, nas demandas que envolvam a proteção de dados pessoais do obreiro e o reconhecimento de um direito à autodeterminação informativa, apresentam-se adequadas à teoria da decidibilidade de Dworkin.

O artigo utiliza-se de uma abordagem hermenêutica fenomenológica, reconhecendo a pré-compreensão como condição de possibilidade para qualquer interpretação. Dessa forma, o texto foi organizado em três capítulos: em um primeiro momento, aborda-se a evolução do Estado e da jurisdição processual, passando de um paradigma racionalista ao

processo compreendido à luz da materialidade da Constituição. Posteriormente, parte-se para o estudo acerca da necessidade de proteção dos dados pessoais e de um direito fundamental à autodeterminação informativa do empregado e de uma teoria da decidibilidade adequada ao tema. Por fim, cotejam-se as decisões coletadas no portal do Tribunal Superior, cujo debate envolve a autodeterminação informativa do empregado e a colisão de direitos fundamentais, com a teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin, verificando a sua (in)adequação.

1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL NA MODERNIDADE: do modelo individualista à constitucionalização do processo

O desenvolvimento da jurisdição processual caminha (ou deveria caminhar) junto com a evolução do Estado moderno. O Estado moderno, em sua primeira versão, fez a passagem de um modelo feudal para a concentração de poder na figura do monarca, poder este ilimitado e de origem divina, uma vez que o rei era tido como o “representante” de Deus na terra². A burguesia, neste primeiro momento, contentava-se com o poder econômico, abdicando do poder político em favor da aristocracia, o que se coadunava aos seus interesses até então. Entretanto, conforme Canotilho³, a segurança jurídica que tanto almejaram os capitalistas não estava garantida no Estado Absoluto, devido às frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos, e à sua discricionariedade quanto à alteração e revogação das leis.

Justificava-se, portanto, a necessidade de uma separação de Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e dos poderes públicos, de forma a salvaguardar as liberdades individuais e garantir limites contra os abusos da monarquia, doutrina desenvolvida por Montesquieu, na obra “O Espírito das Leis”⁴. Assim, na virada do século XVIII, a ascensão da classe burguesa trouxe a necessidade de limitação de poderes ao rei, garantindo as liberdades individuais e consagrando o pensamento racionalista, através da estrutura

² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. p. 45.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. – 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109.

⁴ SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 104.

normativa de uma Constituição, tida como a expressão jurídica deste acordo político que dá origem ao Estado⁵.

As constituições liberais, nas palavras de Canotilho⁶, “costumavam ser consideradas como «códigos individualistas» exaltantes dos direitos individuais do homem”. O constitucionalismo liberal consolidou a ascensão da burguesia liberal, fundamentando-se em constituições escritas que se constituíam em mecanismo de garantia das liberdades burguesas⁷. Os direitos fundamentais de primeira dimensão, próprios dessa fase do constitucionalismo, possuíam um caráter de defesa perante os arbítrios do Estado (representado pelo soberano), exigindo deste uma abstenção.

O Estado Liberal foi concebido como uma organização racional, que se expressava através de leis abstratas (codificações), da divisão dos poderes como um recurso racional visando a garantia da almejada liberdade e de uma organização burocrática da Administração Pública. A própria estrutura do Estado possuía como objetivo a garantia da liberdade, da segurança e da propriedade, da convivência pacífica e da execução dos serviços públicos⁸.

O modelo racionalista/individualista que pautou a jurisdição processual liberal (e que, em certa medida, pauta o processo civil até os dias atuais) sustentou-se na segurança de um processo fase a fase, cujo exaurimento de um procedimento ordinário após o amplo debate probatório daria ao julgador a almejada segurança, própria dos juízos de certeza⁹. Nesse contexto, a figura do juiz seria única e exclusivamente a de porta-voz da lei, não lhe cabendo a tarefa da interpretação. Retirava-se o poder decisório do magistrado, a quem competiria extrair a “vontade da lei”, a qual somente possuiria um único sentido, conforme leciona Ovídio Baptista da Silva¹⁰:

[...] nossos magistrados nem mesmo “decidem”; não possuem “poder decisório”.
O sistema conserva-se preso à idéia (*sic*) de que a função jurisdicional seja uma

⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. *Op. cit.*, p. 51.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 110.

⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 67.

⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 09.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 143.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 147.

atividade meramente declaratória, resumida na proposição com que Chiovenda a compreendia, ao dizer que a missão dos juízes limitava-se a revelar a “vontade da lei”, proclamando, conseqüentemente, sua “univocidade” de sentido. Supondo, como o sistema o supõe, que a missão do juiz seja a revelação dessa vontade, teremos, por uma determinação lógica, de supô-la dotada de sentido unívoco, posto que seria inimaginável pretender que a lei tivesse “duas vontades”

Atribuía-se, portanto, ao legislador, a tarefa de redigir uma lei com a precisão matemática, como se pudesse antever o caso concreto e resolver-lhe como a um problema aritmético. Com isso, confere-se ao juiz uma falsa sensação de irresponsabilidade, ilusão derivada de uma neutralidade estatal advinda da separação dos poderes¹¹.

Sob este viés ordinário, persiste atualmente a ideia de que “julgar sob o signo da provisoriedade é não julgar”¹², eliminando a possibilidade de juízos provisórios fulcrados na verossimilhança, pelo medo da discricionariedade do juiz (falta de segurança). O atual processo civil impregnou-se deste paradigma racionalista, calcado na busca pela satisfação do binômio certeza/segurança, ainda que a evolução da sociedade solicite outro tipo de resposta. Assim, a busca pela segurança, presente desde as filosofias políticas do século XVII, refletiu, e reflete até os dias atuais, no abandono do pensamento clássico, de vertente aristotélica, amparado em juízos de verossimilhança e tendo a dialética como ciência do conhecimento e da retórica, em prol de juízos pretensamente definitivos de certeza¹³.

Entretanto, o desenvolvimento do modelo liberal-burguês evidenciou as próprias contradições do liberalismo econômico, deixando à mostra o caráter excludente do capitalismo¹⁴. O aumento das desigualdades sociais (fruto do agigantamento dos centros urbanos e do surgimento do proletariado urbano), a revolução industrial (e o desenvolvimento industrial descontrolado), a crise de 1929, as Grandes Guerras Mundiais, bem como as condições degradantes do proletariado exposto a jornadas exaustivas e

¹¹ ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012 p. 119.

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. *Op. cit.*, p. 147.

¹³ SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 91-98

¹⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. *Op. cit.*, p. 66.

degradantes de trabalho, fomentaram as transformações que culminaram na mudança do perfil mínimo adotado pelo Estado¹⁵.

Na virada do século XIX, os sindicatos passaram a ter importante papel na luta por melhores condições das classes trabalhadoras, tais como a regulação da jornada laboral e o estabelecimento de um salário mínimo, bem como o reconhecimento do direito de greve e de filiação sindical. Os trabalhadores deixaram de ser massa de manobra da burguesia para começar a perseguir os próprios objetivos¹⁶. Com isso, o modelo de Estado Liberal calcado em ideais individualistas, na defesa da propriedade e em uma atuação negativa (de abstenção), deixou de satisfazer as necessidades materiais do proletariado urbano, que passou a exigir um Estado atuante na promoção do bem-estar social. Surge o Estado Social, pautado por uma atuação intervencionista (prestacional), em busca do atendimento dos anseios de uma massa trabalhadora que clamava pelo reconhecimento de direitos sociais.

O Estado Social representou a tentativa de adaptação do Estado liberal-burguês às condições sociais próprias da civilização industrial, inclusive aos novos e complexos problemas que começam a surgir dessa sociedade¹⁷. Essa foi a dinâmica que culminou no surgimento, nas palavras de Santos¹⁸, “da idéia de um Estado atuante, compromissado e dirigente na realização de um projeto social constitucionalizado de felicidade”. Com inspiração nas ideias socialistas¹⁹ de Marx e Engels, iniciou-se o constitucionalismo social, marcando uma nova fase do constitucionalismo do início do século XX, através da Constituição Mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919. Esses documentos inauguraram uma nova era constitucional, à partir da definição de novos papéis e da atribuição de novas obrigações ao Estado²⁰.

A partir da incorporação dos direitos sociais às constituições, o Estado Social reveste-se de uma postura interventiva na busca da justiça social, assumindo, nas palavras de García-

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 69-70.

¹⁶ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 159.

¹⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 06.

¹⁸ SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁹ Ressalta-se que o Estado Social mantém-se conservador à ordem capitalista, diferenciando-se do modelo socialista proposto por Marx e Engels. Nos termos de García-Pelayo, o Estado Social “é uma forma estatal que corresponde historicamente com a etapa do neocapitalismo ou capitalismo tardio” (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 53).

²⁰ SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. *Op. cit.*, p. 137.

Pelayo²¹, “a responsabilidade da distribuição e redistribuição de bens e serviços econômicos”. Com isso, passa a lançar mão de uma ampla variedade de políticas públicas, tais como a criação de oficinas públicas visando solucionar o problema do desemprego, de leis de amparo aos pobres e legislação trabalhista regulando o trabalho do menor, limitando a jornada de trabalho e estabelecendo regras relativas à segurança no trabalho²².

Vale referir que a implementação e manutenção desses direitos sociais necessitam de uma arrecadação fiscal suficiente por parte do Estado²³. Assim, diante da insuficiência do Estado no cumprimento de todas as promessas sociais, os conflitos chegaram até o Poder Judiciário, que se viu obrigado a também assumir uma mudança de postura como garantidor da justiça distributiva. Com isso, o Judiciário viu-se compelido a dar conta da multiplicização dos direitos sociais, trazendo a necessidade de superação do distanciamento para com a sociedade, o que foi feito através de uma atuação ativista e interventora²⁴. A oralidade processual foi o pano de fundo para o aumento dos poderes do juiz, possibilitando a mudança de inerte espectador a sujeito ativo no processo, assumindo uma postura interventivo-ativista que o levaria a se tornar o *Fuhrer* do processo. Nesse sentido, a jurisdição do bem-estar social foi marcada pelo protagonismo do juiz, através de uma valorização da oralidade e por um processo mais simplificado²⁵.

Abandona-se o modelo de juiz “boca da lei”, cuja atuação limitava-se a aplicar a norma ao caso concreto, em prol da figura do juiz criativo, com o aumento do poder discricionário dos juízes em virtude da tentativa de implementação das políticas sociais prestacionais por parte do Estado²⁶. Mauro Cappelletti²⁷ considera que a atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais possui um caráter criativo acentuado, sendo que, para o autor, toda interpretação é criativa. Assim, a discricionariedade

²¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 22.

²² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. *Op. cit.*, p. 66.

²³ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. *Op. cit.*, p. 202.

²⁴ ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 162-163.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 165.

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 167.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1999. p. 42.

será tanto maior quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, fatores determinantes para o ativismo e a criatividade judiciais característicos do Estado Social.

Entretanto, o autor²⁸ adverte que a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, e o juiz, em que pese seja inevitavelmente criador do direito em determinadas situações, não é completamente livre de vínculos. Nesse ponto, o juiz criativo, conforme crítica de Isaia²⁹, “corre o risco de se tornar decisionista, arbitrário, deixando ao juiz e a sua consciência a tarefa de solucionar os casos que não encontram previsão direta no âmbito jurídico positivado, o que retroalimentaria o próprio positivismo jurídico”.

Observa-se que o juiz criativo típico do Estado Social, ainda que abandone o modelo liberal-racionalista, mantém-se preso ao positivismo, na medida em que busca na própria consciência a solução para os casos que não possuem previsão expressa no ordenamento jurídico, ao invés de valer-se dos princípios constitucionais como forma de integração da decisão a um contexto histórico. Assim, prevaleceria a ênfase às regras jurídicas, cabendo ao juiz conferir plenos poderes aos textos legais, “ciente do desejo (positivista) em prever todas as hipóteses aplicativas em direito, ignorando a tentativa de superação do modelo de regras e dos subjetivismos interpretativos a partir da inserção dos princípios nos textos constitucionais”³⁰.

Entretanto, o advento do Estado Democrático de Direito, calcado na tutela de interesses difusos e coletivos e na satisfação dos direitos fundamentais, passa a exigir uma nova postura do Poder Judiciário, o que ocorrerá por meio da introdução de valores constitucionais que se materializam na figura dos princípios. Nesse sentido, Lênio Streck³¹ leciona que

A (pretensa) plenipotenciariade da regra – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 23-24.

²⁹ ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo. Op. cit.*, p. 171.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 171.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 02.

Implica, assim, introduzir valores, abrindo espaço para a própria positivação de princípios.

O direito no Estado Democrático de Direito converte-se em um instrumento de transformação, o que ocorrerá através da superação do modelo positivista pela introdução de princípios constitucionais que visem a aproximação para com o mundo fático e com a historicidade. É nesse sentido que Streck³² afirma que o direito passa a ser um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque torna-se transformador da realidade. Faz-se necessário que se busque uma jurisdição processual “que possibilite o protagonismo da Constituição como uma forma eficaz a constituir o resgate dos direitos sociais e da democracia, através de um processo que aproxime procedimento e substância”³³. Assim, as novas demandas advindas da sociedade em rede, especialmente aquelas decorrentes do uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) carecem de uma atuação jurisdicional que acompanhe as transformações sociais, por meio de decisões coerentes, íntegras e adequadas ao contexto histórico em que estão inseridas. Faz-se necessário o estabelecimento de uma teoria da decidibilidade adequada ao Estado Democrático (e Social) de Direito, que possa atender a necessidade de tutela de dados pessoais na sociedade em rede, o que será desvelado no capítulo seguinte.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO EMPREGADO E A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECIDIBILIDADE APLICADA AO TEMA: o direito como integridade e coerência

As Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) trouxeram impactos significativos à sociedade moderna, possibilitando a comunicação instantânea entre pessoas dos mais distantes locais do planeta, ampliando possibilidades de negócios, novas formas de trabalho, etc, mas também traduzidas em novos conflitos e demandas que passam a atingir o Poder Judiciário. Na sociedade em rede, definida por Manuel Castells³⁴ como “uma

³² *Idem, ibidem*, p. 07.

³³ ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012 p. 169-170.

³⁴ CASTELLS, Manuel. *O Poder da Comunicação*. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

sociedade cuja estrutura social é construída em torno de redes ativadas por tecnologias de comunicação e de informação processadas digitalmente e baseadas na microeletrônica”, o espaço de fluxos permite a dissociação da noção tradicional de tempo e espaço, o que amplifica o poder da comunicação e também o seu potencial lesivo.

No âmbito das relações de trabalho, as TIC ampliaram as vulnerabilidades do empregado, especialmente em face do acesso/uso/distribuição de seus dados pessoais e da vigilância no ambiente do trabalho por meios eletrônicos, o que pode ser verificado em todas as etapas do contrato de trabalho. Na fase pré-contratual, o armazenamento de dados sensíveis³⁵ coletados na entrevista de emprego, bem como o acesso a informações que integram atas de audiências e decisões judiciais do empregado que ajuizou reclamação trabalhista anteriormente (acessíveis a qualquer pessoa por meio de mecanismos de busca na internet) poderão tornar-se um fator de discriminação, impedindo a sua contratação, o que atinge diretamente o direito fundamental à igualdade do trabalhador, garantia prevista no artigo 5º, caput da Constituição da República Federativa do Brasil³⁶.

Durante a contratualidade, o acesso a e-mails privados, o monitoramento de aplicativos de mensagens simultâneas, tais como o *WhatsApp* e de redes sociais, a instalação de câmeras no local de trabalho e de softwares espões nos computadores da empresa e o rastreamento de *smartphones*, afrontam o direito à privacidade do empregado. Na fase pós-contratual, constitui-se em utilização ofensiva dos dados pessoais do empregado a elaboração de bancos de dados com informações discriminatórias, verdadeiras “listas discriminatórias”, que, conforme Weinschenker³⁷, são repassadas pelas empresas com informações desabonatórias de ex-empregados, na quais constam antecedentes criminais, restrições de crédito, ou reclamações trabalhistas ajuizadas contra ex-empregadores.

No contexto da sociedade em rede, o direito à privacidade passa a ser dotado de um viés mais dinâmico do que em sua concepção originária³⁸, relacionando-se à possibilidade

³⁵ Têmis Limberger define dados sensíveis como aqueles que apresentam conteúdo especial, referindo-se a questões de ordem religiosa, ideológica, sexual, racial, de crença ou de saúde. (LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 61)

³⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 jul. 2018.

³⁷ WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. *A vida laboral e extralaboral do empregado: a privacidade no contexto das novas tecnologias e dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013. p. 58.

³⁸ A primeira formulação do direito à privacidade remete a um “direito de ser deixado em paz”, sendo costumadamente associado pela doutrina ao artigo intitulado “The Right to Privacy”, publicado na edição de

do indivíduo conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações a seu respeito³⁹, o que abrange a proteção de dados pessoais. A União Europeia, através do artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais⁴⁰, reconhece a existência de um direito autônomo de proteção de dados pessoais. Este direito, que a doutrina denomina de “direito à autodeterminação informativa”, traduz-se, nos termos de Catarina Sarmento e Castro⁴¹, “na liberdade de controlar a utilização das informações que lhe respeitem (desde que sejam pessoais), e na proteção perante agressões derivadas do uso dessas informações”.

Ainda que conste como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais no Brasil, elencados pela nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais⁴², que entrará em vigor em agosto de 2020, o direito à autodeterminação informativa não possui previsão constitucional expressa, podendo ser deduzido de outras garantias elencadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, X)⁴³. A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XII, ainda faz referência à inviolabilidade de dados, voltando-se à interceptação de correspondências e comunicações telefônicas⁴⁴. No âmbito das relações laborais, a autodeterminação informativa estabelece-se como limite ao poder diretivo do empregador quanto à coleta, armazenamento e distribuição de dados pessoais do empregado.

Portanto, observa-se que os direitos fundamentais acima elencados, no caso concreto, podem colidir com direitos fundamentais de outros particulares, apresentando-se como casos duvidosos ao julgador. O direito à privacidade do empregado (e por consequente, o direito à

15 de dezembro de 1890, da Revista Harvard Law Review, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis (WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard LR, Harvard, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890. Disponível em: <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2018).

³⁹ RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade de vigilância – a privacidade hoje*. São Paulo: Renovar, 2008. p. 92.

⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 8 jul. 2018.

⁴¹ CASTRO, Catarina Sarmento e. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro*. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5544-5536-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

⁴² BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 28 set 2018.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. *Op. cit.*

⁴⁴ *Idem.*

autodeterminação informativa), pode colidir com o direito à propriedade (previsto no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal⁴⁵) e o poder diretivo do empregador, tendo em vista que o contratante possui a necessidade da informação sobre aspectos que podem ser relevantes para a formação de seu convencimento acerca da contratação, ou em virtude da manutenção do vínculo empregatício e de necessidades próprias da prestação do serviço.

Além disso, quanto à publicação de decisões judiciais em que o empregado figure como parte, a colisão se manifesta sob outro aspecto: o direito à privacidade, o direito à igualdade e o próprio direito de acesso à justiça do trabalhador colidem com o direito fundamental de acesso à informação (garantia do artigo 5º, XXXIII da Constituição de 1988⁴⁶) e o princípio da publicidade na Administração Pública (previsto no artigo 37, *caput* da Carta Magna⁴⁷). Este conflito entre garantias constitucionais torna-se perceptível quando se verifica a discriminação do empregado que demandou judicialmente por seus direitos em virtude da divulgação de informações de cunho pessoal em decisões judiciais acessíveis aos mecanismos de busca na Internet⁴⁸.

Portanto, as colisões de direito apresentadas configuram-se como “casos difíceis” (“*hard cases*”), conforme a terminologia utilizada pelo jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin⁴⁹. Para a solução destes casos, faz-se necessário o estabelecimento de uma teoria da decisão que forneça os parâmetros capazes de impedir os decisionismos judiciais, rompendo definitivamente com o paradigma racional-liberalista que segue impregnando a jurisdição processual ainda no século XXI, a fim de buscar a efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Busca-se, assim, na teoria de Dworkin, os parâmetros que irão guiar este ponto do trabalho, pautando-se na sua concepção do direito como “integridade” e “coerência”.

A teoria de Dworkin parte do reconhecimento de que não apenas as regras, mas também os princípios possuem força jurídica vinculante capazes de guiar uma decisão

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ No Brasil, os Tribunais trabalhistas não disponibilizam, atualmente, a ferramenta de pesquisa por nome do reclamante nos seus *websites*, o que ocorre em virtude da Resolução nº 143, de 30 de novembro de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que alterou a Resolução nº 121, de 05 de outubro de 2010, restringindo as consultas processuais na Justiça do Trabalho ao número do processo, ao nome do advogado ou ao registro do advogado na Ordem dos Advogados do Brasil.

⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127.

judicial, especialmente nos casos duvidosos⁵⁰. Com isso, sua teoria difere substancialmente do postulado apresentado por Herbert Hart, que defende que as regras possuem uma textura aberta, uma característica geral da linguagem humana, dotada de imprecisões que levarão os julgadores, em certos momentos, à incerteza no julgamento, solucionando o caso por intermédio de uma escolha (discricionariedade)⁵¹.

Para solucionar estes casos difíceis, Dworkin⁵² reconhece a força vinculante dos princípios, dotados de “força gravitacional”, espécie de obrigação sentida pelos juízes no respeito, por exemplo, às decisões passadas, o que contradiz o poder discricionário defendido pela doutrina positivista. Uma diferença fundamental entre regras e princípios, para o jus-filósofo⁵³ norte-americano, é que quando duas regras entram em conflito, somente uma delas poderá ser válida (uma exclui a outra). Os princípios, por sua vez, possuem a dimensão do peso ou importância, cada princípio possui uma força relativa que deverá ser avaliada quando houver o intercruzamento entre princípios.

Dworkin reconhece uma relação de complementariedade entre regras e princípios, sendo que ambos devem ser interpretados no contexto de um sistema coerente como um todo⁵⁴. O autor⁵⁵ acredita que os princípios devem tentar justificar as regras estabelecidas, a partir da identificação das preocupações e das tradições morais da comunidade, que, efetivamente, sustentam essas regras. Diferentemente do positivismo de Hart, a teoria de Dworkin não vê lacunas na lei a serem completadas pela discricionariedade judicial, mas compreende o Direito como uma unidade íntegra, na qual fazem parte não só as tradições da comunidade, mas também as decisões judiciais do passado, os princípios constitucionais e o próprio caso concreto.

Assim, o jus-filósofo norte-americano defende que as decisões judiciais devem valer-se de argumentos de princípios, argumentos que se destinam a garantir um direito individual, e não por argumentos de política, cujo objetivo é o de estabelecer um objetivo coletivo. Para ele, o processo legislativo admite o uso de ambas as modalidades de argumento, entretanto

⁵⁰ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 102.

⁵¹ *Idem*. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 101.

⁵² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. XIII.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. *Op. cit.*, p. 42-43.

⁵⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. *Op. cit.*, p. 104-105.

⁵⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 106.

os juízes devem valer-se de decisões que digam respeito aos direitos que as pessoas têm em um determinado sistema constitucional, e não decisões que visem a promoção do bem-estar geral da comunidade⁵⁶.

O Direito é compreendido por Dworkin como uma prática interpretativa, não existindo uma cisão entre os momentos de compreensão, interpretação e aplicação na formação do ato decisório. Mesmo nos casos difíceis, o juiz não identifica o direito para depois interpretá-lo, na medida que ao compreender o fato, a aplicação já está sendo feita⁵⁷. Defende, assim, uma distinção entre três etapas da interpretação: uma etapa pré-interpretativa, condição de possibilidade para a interpretação, “na qual são identificadas as regras e padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental na prática”; uma etapa interpretativa, que consiste na argumentação do intérprete sobre a conveniência ou não de se buscar uma prática com a forma identificada na etapa pré-interpretativa; e uma fase pós-interpretativa, que representa o ajuste da prática identificada na etapa pré-interpretativa com o argumento apresentado na fase interpretativa⁵⁸.

Como metáfora para a solução de casos controversos, demonstrando o caráter interpretativo do Direito e a noção de Direito como integridade, Dworkin⁵⁹ propõe um exercício literário, a “teoria do romance-em-cadeia”. Segundo essa proposta, cada juiz assume o papel de um romancista em obra coletiva, cujo objetivo final seria de escrever um romance único, integrado e coerente. Portanto, cada “romancista” deverá levar em conta o que foi escrito pelos demais romancistas no passado (o romance coletivo escrito até então), sendo coerente com a história e o desenvolvimento dos personagens, e desenvolvendo a história futura conforme as limitações encontradas até então.

Portanto, ao decidir sobre um novo caso, especialmente os casos controversos, “cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”⁶⁰. A analogia demonstra perfeitamente o papel do juiz dentro de uma proposta íntegra de Direito, mantendo a

⁵⁶ *Idem. Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Op. cit.* p. 149-150.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 98-99.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito. Op. cit.*, p. 81-82.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005. p. 235-238.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 238.

coerência com as decisões acertadas dos juízes do passado, com os princípios formulados e aceitos pela sociedade, com a Constituição, com a historicidade e a tradição da comunidade e com as próprias peculiaridades do caso concreto, a fim de chegar (ou ao menos buscar) a uma resposta correta, que será aquela decisão que preencha todos esses requisitos, mantendo uma unidade dentro desse “romance-em-cadeia” que é o Direito, a fim de satisfazer as novas demandas advindas de um Estado Democrático de Direito, especialmente inserido na sociedade em rede.

É nesse sentido que se reconhece o dever do juiz em formular uma resposta íntegra e coerente às demandas que envolvam a proteção do empregado diante do potencial lesivo do acesso/manipulação/distribuição de seus dados pessoais pelo uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC). Nesses casos, especialmente quando ocorre a colisão de direitos fundamentais do empregado com direitos fundamentais de outros particulares, configurando-se o caso controverso, ou nos termos da teoria de Dworkin, os *hard cases*, faz-se necessária a compreensão do Direito como integridade por parte do juiz a fim de buscar uma resposta correta (constitucionalmente adequada).

O direito como integridade, na visão de Dworkin⁶¹, “supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado”. O autor⁶² realiza uma divisão entre as exigências de integridade em dois princípios: o princípio da integridade na legislação, que exige dos legisladores a manutenção de uma coerência com os princípios e o princípio da integridade no julgamento, atribui aos julgadores o dever de manter esta coerência em suas decisões.

A compreensão do Direito como integridade reconhece a força normativa dos princípios constitucionais e o dever de ser coerente com eles. A coerência, nas palavras de Lênio Streck⁶³ existirá “se os mesmos princípios que forem aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição”. Através da concepção do Direito como um sistema coerente e íntegro, Dworkin sustenta a existência desta “única

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 164.

⁶² *Idem, ibidem*, p. 203.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. *Op. cit.*, p. 571.

resposta correta”, como uma resposta à discricionariedade judicial em seu sentido forte, ao positivismo e ao protagonismo judicial, cabendo ao processo (hermenêutica e constitucionalmente compreendido) fornecer as condições de possibilidade para que se chegue a essa decisão adequada⁶⁴. No mesmo sentido, Streck⁶⁵ defende a existência de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, ou uma resposta constitucionalmente adequada.

Sendo assim, caberá aos juízes, visando a obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada, especialmente no que se refere à proteção de dados pessoais do empregado e às colisões de direitos fundamentais anteriormente elencadas, reconhecer o Direito como integridade através da interpretação do caso concreto à luz dos princípios e da tradição da comunidade. Parte-se, agora, para uma investigação quanto à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, visando identificar se a noção de integridade e coerência vem sendo aplicada pela Corte Superior trabalhista no que se refere à tutela de um direito constitucional à autodeterminação informativa.

3 INTEGRIDADE E COERÊNCIA NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA: um panorama acerca da autodeterminação informativa do empregado nas decisões judiciais proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho

As demandas envolvendo a proteção de dados pessoais do empregado que atingem o Poder Judiciário trabalhista carecem de decisões que respeitem uma coerência com os princípios constitucionais, com a historicidade dos tribunais e com a tradição jurídica da comunidade. Parte-se, portanto para uma pesquisa no portal do Tribunal Superior do Trabalho, a fim de verificar se as decisões proferidas pela Corte Superior trabalhista são adequadas à ideia do Direito como um sistema íntegro e coerente, especialmente no que se refere à tutela de um direito constitucional à autodeterminação informativa do trabalhador.

Através de pesquisa pela palavra-chave “autodeterminação informativa”, limitada aos acórdãos, realizada em 09/07/2018, observou-se que o tribunal apresenta somente dois

⁶⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. *Op. cit.* p. 95.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. *Op. cit.*, p. 571.

resultados encontrados. Cabe aqui um primeiro destaque, tendo em vista que se trata de um direito amplamente reconhecido pela doutrina brasileira, inclusive a trabalhista, mas que, por algum motivo, não é tema de grande debate na jurisprudência trabalhista. Neste caso, caberia ao Tribunal compreender o caso concreto à luz de princípios e garantias Constitucionais, podendo lançar mão do Direito comparado, tendo em vista que este é um direito cuja regulamentação é mais desenvolvida no âmbito da União Europeia.

O acórdão mais recente encontrado foi o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-24717-76.2014.5.24.0007⁶⁶, julgado pela 5ª Turma do TST, em 02 de dezembro de 2015, com relatoria do ministro Emmanuel Pereira, em que é agravante P.A.C. LTDA. e agravada A.N.⁶⁷. O fato que originou a demanda foi a submissão de uma vendedora a dinâmicas de grupo constrangedoras, nas quais era obrigada a ficar pulando e cantando, o que eram filmados e repassados a terceiros na rede mundial de computadores, por meio do aplicativo *WhatsApp*. A vendedora ajuizou reclamação trabalhista em face da empresa, pleiteando, dentre outros pedidos, uma indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido.

O julgador de primeiro grau não acolheu o pedido indenizatório, entendendo não ter havido demonstração do assédio, fundamentando que “as mencionadas reuniões equivalem a procedimento regular, almejando estímulo e motivação profissional, nos limites do poder diretivo do empregador”⁶⁸. Observa-se, neste caso, que o Juiz do Trabalho, no conflito entre os direitos de personalidade da reclamante e o poder diretivo do empregador, optou pelo segundo, sem maiores fundamentações. Diante da decisão desfavorável, a reclamante recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

O Tribunal deu provimento ao recurso ordinário interposto pela recorrente, deferindo a indenização pelos danos extrapatrimoniais. No acórdão, a turma identificou a violação direta ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais à intimidade e à imagem da trabalhadora, diante do conflito com o poder de direção empresarial, manifestamente abusivo neste caso. A turma considerou que “a dignidade humana deve ser

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-24717-76.2014.5.24.0007*. P.A.C. LTDA e A.N.. Relator Emmanoel Pereira. Brasília. 2 dez. 2015. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 9 jul. 2018.

⁶⁷ Optou-se pela utilização abreviada dos nomes dos litigantes nas jurisprudências referidas neste trabalho, como forma de minimizar o potencial discriminatório dos dados aqui tratados.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-24717-76.2014.5.24.0007*. *Op. cit.*

entendida como um princípio geral estruturante de todos os demais valores e princípios do ordenamento jurídico”⁶⁹, reconhecendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A decisão, neste ponto, coaduna-se ao postulado de Dworkin, na medida em que reconhece a “força gravitacional” do princípio da dignidade da pessoa humana, guiando o julgamento como um vetor juridicamente vinculativo⁷⁰.

Na sequência, o Tribunal reconheceu expressamente um direito fundamental à autodeterminação informativa do obreiro, entendendo que se trata de um direito fundamental “vinculado à proteção da intimidade, e por isso mesmo, protege não apenas contra colheita, armazenamento e divulgação indevida de dados, mas também, e principalmente, contra a divulgação abusiva ou não autorizada da imagem da pessoa [...]”⁷¹. Além disso, recorreu à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão de 1983 para buscar as origens históricas do direito à autodeterminação informativa, conforme o trecho abaixo colacionado:

Ademais, afetou-se também ao fundamental direito à autodeterminação, à medida que esse direito inicialmente limitado ao controle de dados informativos dos trabalhadores, armazenados pelo empregador, atualmente é visto como a faculdade que toda pessoa tem de preservar sua identidade, controlando a revelação ou divulgação de dados e imagens que lhe digam respeito.

O direito fundamental à autodeterminação informativa (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*) foi declarado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1983, no julgamento de causa (BVerfGE 65, 1) referente a coleta de dados pessoais pelo poder público, autorizada pela Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*), coleta de dados esta que não conferia adequadas garantias de uso das informações às únicas finalidades da lei e de anonimato dos indivíduos participantes. Aplicando em conjunto as normas dos artigos 1.º e 2º da Lei Fundamental, o tribunal declarou a existência desse direito como emanado dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade.⁷²

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. *Op. cit.* p. XIII.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-24717-76.2014.5.24.0007*. *Op. cit.*

⁷² *Idem.*

O Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região deu provimento ao recurso para reconhecer a ocorrência de violação à dignidade da empregada, deferindo a indenização pelos danos extrapatrimoniais. A empresa insurgiu-se da decisão através da interposição de recurso de revista, o qual teve seguimento denegado, tendo em vista ser incabível o reexame de fatos e provas mediante este recurso. Interposto agravo de instrumento em face da decisão denegatória de seguimento ao recurso de revista, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou provimento ao recurso, e no mérito, reproduziu a decisão do TRT da 24ª Região, que passou a fazer parte integrante das motivações da decisão⁷³.

Com relação ao conteúdo da decisão exposta, verifica-se que, diante de um caso difícil, o julgador orientou-se pelos princípios constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, a fim de reconhecer a prevalência dos direitos fundamentais à intimidade e à imagem quando em conflito com o poder diretivo do empregador. Além disso, valeu-se da historicidade e do direito comparado, ao identificar no Tribunal Constitucional alemão de 1983 as raízes do direito à autodeterminação informativa, reconhecendo ser este um direito fundamental, ainda que não possua previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, o acórdão mostra-se adequado ao reconhecimento do Direito como um sistema íntegro e coerente, à luz da teoria de Ronald Dworkin, guiando-se pela dignidade humana a fim de chegar a uma decisão correta à luz dos preceitos constitucionais.

O segundo (e último) resultado encontrado na pesquisa foi o Recurso de Revista nº TST-RR-98903/2005-014-09-00.9⁷⁴, julgado em 21 de maio de 2008, com relatoria do Ministro Barros Levenhagen, em que foi recorrente o Ministério Público do Trabalho da 9ª Região e recorrida a empresa I.C.P. S.A. Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo MPT em face da utilização pela empregadora de banco de dados mantido por empresa rastreadora de antecedentes criminais, bem como da exigência de apresentação de certidões e atestados de antecedentes criminais e creditícios pelos próprios aspirantes a uma vaga de emprego. Condenada pelo juízo *a quo* a abster-se de se utilizar de banco de dados, tomar ou prestar informações criminais relativas aos empregados ou candidatos a emprego, bem de exigir de

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. *Recurso de Revista nº TST-RR-98903/2005-014-09-00.9*. Ministério Público do Trabalho da 9ª Região e I.C.P. S.A. Relator Barros Levenhagen. Brasília. 21 maio 2008. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 9 jul. 2018.

candidatos a emprego certidões, atestados ou quaisquer informações sobre antecedentes criminais e creditícios, a empresa recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

No acórdão proferido pelo Tribunal Regional, o relator manifestou-se reconhecendo que a prática de exigir atestados de antecedentes criminais dos candidatos a emprego viola a intimidade, a vida privada e o princípio da autodeterminação informativa, sendo estes limites ao poder diretivo do empregador. Ao sopesar o direito à propriedade do empregador em face da dignidade humana dos empregados, o relator posicionou-se no sentido de que a proteção da dignidade da pessoa deve ser colocada acima do patrimônio, tendo em vista que “a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano (art. 170, ‘caput’, CF), e não na sua discriminação, devendo a propriedade exercer a sua função social (art. 170, III, CF), e não sua função anti-social”⁷⁵.

O relator manifestou-se favorável ao reconhecimento da “força gravitacional” do princípio da dignidade da pessoa humana, indo ao encontro da teoria de Dworkin⁷⁶. Na sequência, entretanto, curvou-se ao posicionamento da maioria dos integrantes da 4ª Turma do TRT da 9ª Região, prevalecendo o entendimento contrário ao seu. Assim, o Tribunal Regional acabou por dar provimento ao recurso ordinário interposto pela empresa, entendendo que o fato da empresa exigir de empregados e candidatos a emprego certidão de antecedentes criminais não implicaria em violação à dignidade, intimidade ou à vida privada dos empregados, tendo em vista que o acesso a essas informações decorre do direito de petição e do direito de obtenção de certidões, garantidos constitucionalmente pelo artigo 5º, XXXIV da Constituição Federal, podendo ser acessadas por qualquer pessoa que justifique os fins e as razões, conforme o artigo 2º da Lei nº 9.051/95.

A decisão considerou, portanto, a prevalência do direito de acesso à informação, sob pena de afronta ao inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, tendo em vista que existiria interesse da empresa em tentar se precaver da prática de ato ilícito por seu empregado⁷⁷. Inconformado, o Ministério Público do Trabalho interpôs recurso de revista, alegando violação às garantias constitucionais à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, além da dignidade da pessoa humana. No julgamento, a 4ª Turma do

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. *Op. cit.* p. XIII.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. *Recurso de Revista nº TST-RR-98903/2005-014-09-00.9*. *Op. cit.*

Tribunal Superior do Trabalho deu parcial provimento ao recurso, entendendo serem duas situações distintas. No que se refere à exigência de apresentação de certidões e atestados de antecedentes criminais e creditícios pelo próprio candidato a uma vaga de emprego, a turma manteve a decisão do Tribunal Regional do Trabalho, entendendo que não houve violação constitucional por se tratar de exercício regular de direito, amparado pelo artigo 5º, XXXIV, “a” e “b”, da Constituição Federal (acesso à informação, mediante direito de petição e de obtenção de certidões)⁷⁸.

Por outro lado, no tocante à utilização de banco de dados através da contratação de empresa rastreadora de antecedentes criminais, a Turma reformou a decisão do TRT24, por entender que a empresa extrapolou a prerrogativa de acesso à informação, violando as garantias constitucionais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Para isso, a decisão valeu-se da jurisprudência do TST, fundamentando-se em acórdão da 5ª Turma, que reconhece a colisão dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada em face do acesso à informação, resolvendo o conflito através da ponderação, conforme o trecho abaixo colacionado:

1. Havendo colisão entre direitos fundamentais em que de um lado se encontra o acesso à informação e de outro a inviolabilidade à intimidade, à vida privada e à honra, faz-se a ponderação entre eles, tendo em vista a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Assim, prevalece o inc. X em detrimento do inc. XXXVI do art. 5º da Constituição da República, porque todo o sistema jurídico está centrado na dignidade da pessoa humana, afeto à personalidade do indivíduo (art. 1º, inc. III, da Constituição da República)⁷⁹.

Observa-se que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, neste caso, não se pautou integralmente nos requisitos de integridade e coerência propostos por Ronald Dworkin. Em que pese tenha recorrido aos princípios constitucionais e à jurisprudência da Corte, chegando a um resultado apenas parcialmente satisfatório aos empregados, a decisão baseou-se na ponderação e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a resolução do caso difícil. Assim, não houve a apresentação de qualquer critério utilizado, recorrendo, ao final, a uma escolha discricionária entre os princípios conflitantes.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

Através da observação realizada, pode-se constatar que há um reduzido número de julgados em que se reconhece um direito à autodeterminação informativa do trabalhador, ainda que se trate de um direito fundamental para ampla doutrina nacional e no próprio direito comparado e internacional. Outro ponto de destaque é que a Corte Superior trabalhista, nos julgados encontrados, trabalhou a questão à luz dos princípios constitucionais, buscando fundamentação na jurisprudência e no próprio direito comparado, em que pese não tenha havido uma explicitação dos critérios utilizados para a prevalência de um princípio sobre o outro no segundo julgado.

Sendo assim, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho mostrou-se parcialmente adequada à ideia do Direito como um sistema íntegro e coerente, pautando-se nos princípios constitucionais, na jurisprudência e em outras fontes do direito a fim de tutelar o direito constitucional à autodeterminação informativa do trabalhador, mas falhando em alguns momentos ao não apresentar uma fundamentação consistente diante do conflito entre direitos fundamentais. Ao construir um capítulo neste “romance coletivo” que é o Direito, o juiz deve seguir uma história que vem sendo escrita pelos juízes do passado e do presente, e com ela ser coerente, muitas vezes decidindo contra sua própria posição pessoal, sob pena de tomar decisões discricionárias e, portanto, não constitucionalmente adequadas.

CONCLUSÃO

O paradigma racionalista que segue impregnando o atual modelo jurisdicional brasileiro tem suas bases na ascensão burguesa no século XVIII, e com ela o advento de um Estado de modelo Liberal, individualista e positivista, buscando segurança jurídica em um procedimento ordinário cartesiano. A função do juiz seria apenas a de dizer o direito, crente de que o legislador já havia antevisto todas as variáveis possíveis no caso concreto.

O aumento das desigualdades sociais provocado pelo intenso processo de industrialização e pela ausência de controle na atividade econômica por parte do Estado, bem como as condições degradantes do proletariado que era explorado pelo burguês nas fábricas, foram determinantes para que houvesse uma mudança na forma de se pensar o Estado, a fim de atender à intensa reivindicação por direitos sociais. O Estado Social de

caráter prestacional que surgiu no final do século XIX e início do século XX, trouxe consigo a figura de um juiz protagonista, interventivo e, com isso, discricionário.

Entretanto, em pleno Estado Democrático de Direito, a jurisdição do século XXI deve ser repensada de forma garantindo a efetividade dos direitos constitucionais através do rompimento com uma estrutura defasada que se fulcra no individualismo positivista e na defesa da propriedade. O que está em jogo, neste momento, são direitos que transpassam a questão individual, atingindo a coletividade como um todo, e que exigem uma resposta urgente, incompatível com o passo a passo de uma jurisdição exauriente de viés procedimentalista, baseada no ideário de certeza.

Assim, especialmente diante do problema gerado pelo tratamento de dados pessoais no âmbito das relações de trabalho, inclusive a divulgação de informações pessoais de caráter sensível em sentenças e despachos judiciais, faz-se necessário repensar a jurisdição processual no século XXI, rompendo-se com o modelo individualista-racionalista liberal, a fim de concretizar as garantias constitucionais diante dos conflitos surgidos na sociedade em rede. Acompanhando esse novo paradigma, o juiz deve buscar uma resposta constitucionalmente adequada a fim de atender as novas demandas que surgem a todo momento nesta sociedade.

Buscou-se, dessa forma, na obra de Ronald Dworkin, uma teoria da decisão capaz de desvelar a resposta correta aos conflitos envolvendo a proteção de dados pessoais do empregado, através do reconhecimento de um direito à autodeterminação informativa e da solução dos casos difíceis que se apresentam com as colisões de direitos fundamentais nesta seara. Verificou-se que uma decisão judicial adequada deve valer-se da historicidade, através da valorização das decisões obtidas com acerto pelos juízes do passado, da tradição da comunidade, dos princípios constitucionais, do direito comparado e internacional, e do próprio caso concreto, descobrindo o Direito (compreendido como uma estrutura íntegra e coerente) no caso concreto.

O exame dos julgados proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho revelou que a Corte decidiu de forma parcialmente adequada à teoria de Dworkin, acertando ao fundamentar-se nos princípios constitucionais, na jurisprudência do próprio Tribunal e até mesmo no Direito comparado a fim de assegurar ao trabalhador um direito constitucional à autodeterminação informativa, mas errando ao não apresentar uma fundamentação

consistente quando esteve diante do conflito entre direitos fundamentais. Com isso, conclui-se pela necessidade de o Poder Judiciário trabalhista compreender o Direito como integridade, através de decisões fundamentadas que demonstram uma coerência com a história escrita com acerto no passado, mas que, mantidas as limitações anteriores, escrevam novos capítulos neste “romance coletivo”, afastando-se da discricionariedade judicial e reconhecendo no Brasil, à luz das garantias Constitucionais, um direito à autodeterminação informativa do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
Acesso em: 1 jul. 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. *Recurso de Revista nº TST-RR-98903/2005-014-09-00.9*. Ministério Público do Trabalho da 9ª Região e I.C.P. S.A. Relator Barros Levenhagen. Brasília. 21 maio 2008. Disponível em: www.tst.jus.br.
Acesso em: 9 jul. 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-24717-76.2014.5.24.0007*. P.A.C. LTDA e A.N.. Relator Emmanoel Pereira. Brasília. 2 dez. 2015. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 9 jul. 2018.
- BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.
Acesso em: 28 set 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. – 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1999.
- CASTELLS, Manuel. *O Poder da Comunicação*. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- CASTRO, Catarina Sarmento e. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro*. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5544-5536-1-PB.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo*. Curitiba: Juruá, 2017.
- LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- LIMBERGER, Têmis. RUARO, Regina. Administração pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da Resolução 121/2010 do CNJ. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 16, n. 2, p. 121-134, mai./ago. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3276/2059>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010.

- MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade de vigilância – a privacidade hoje*. São Paulo: Renovar, 2008.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.
- UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 8 jul. 2018.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard LR*, Harvard, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890. Disponível em: <http://www.english.illinois.edu/-people/-faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2018.
- WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco. *A vida laboral e extralaboral do empregado: a privacidade no contexto das novas tecnologias e dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013.