

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COVID-19

Implicações na Jurisdição
do Trabalho e da Empresa

COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA

DEZEMBRO 2020



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

A pandemia marca indelevelmente o ano de 2020.

A formação do Centro de Estudos Judiciários procurou de imediato dar resposta ao que estava a suceder focalizando a sua actividade na reflexão sobre as matérias que ex novo surgiam e implicavam novas abordagens.

Foi assim que, logo em Abril, num esforço que nunca por nunca me contarei a elogiar e reconhecer, toda a equipa de Docentes do CEJ se dedicou a contribuir que as magistraturas pudessem ter – no imediato – textos reflectissem com uma visão prática, mas solidamente estruturada, sobre o estado de emergência e a nova realidade que a todos desafiou.

Assim surgiram as duas edições do e-book (1.ª edição a 15 e a 21 de Abril; 2.ª edição a 08 de Junho), mas também, em Julho, uma acção de formação (das primeiras na nova necessária formatação "à distância), em que a matéria se voltou a discutir.

Este e-book é o resultado de todo o trabalho desenvolvido: por um lado, junta os textos e vídeos correspondentes às intervenções da AFC de Julho e, por outro, autonomiza e republica os textos da Jurisdição do Trabalho e da Empresa constantes das publicações feitas sobre o estado de emergência.

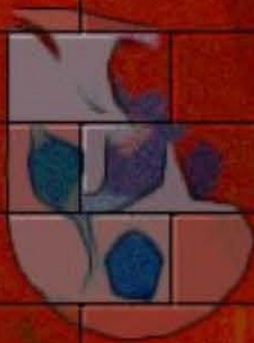
Mais do que nunca, o CEJ procura fazer o seu papel junto das magistraturas (seu objectivo principal), sem perder a noção de serviço público junto de toda a Comunidade Jurídica.

ETL



2. Tratamento de dados de saúde dos trabalhadores

Filipa Calvão



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. TRATAMENTO DE DADOS DE SAÚDE DOS TRABALHADORES

Filipa Calvão*

1. Ponto prévio: a leitura da temperatura corporal como tratamento de dados pessoais sujeito ao RGPD
 2. O tratamento de dados pessoais relativos à saúde dos trabalhadores
 3. A inversão dos papéis do poder público e dos membros da sociedade na definição do interesse público
- Vídeos

A pandemia provocada pelo novo coronavírus gerou, e continua a promover, variados tratamentos de dados pessoais, seja com o objetivo de assegurar a prestação de serviços e realização de outras atividades à distância, seja com o intuito de prevenir ou mitigar o risco de contágio em ambiente presencial. É sobre as soluções encontradas com a finalidade declarada de prevenção dos riscos de propagação da doença no âmbito da prestação de trabalho presencial que o presente texto se vai debruçar¹.

No contexto específico das relações laborais, tem-se assistido à realização de novos tratamentos de dados pessoais, ou à generalização de tratamentos até aí limitados a circunstâncias muito particulares, com a finalidade específica de prevenir o contágio e de controlar a doença da Covid-19. Pertinentes são, para a análise que aqui se apresenta, as operações que incidem sobre dados relativos à saúde dos trabalhadores.

Na realidade, algumas entidades empregadoras solicitam ou exigem aos seus trabalhadores informação relativa às regiões ou países onde estiveram, aos contactos de proximidade com terceiros e especificamente sobre o seu estado de saúde ou o estado de saúde de familiares. Além disso, procedem à leitura da temperatura corporal dos mesmos. Em todos estes casos, há recolha de informações relativas a pessoas singulares identificadas ou identificáveis (cf. alínea 1) do artigo 4.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, doravante RGPD)², as quais são analisadas, sendo eventualmente objeto de conservação. E, nessa medida, em todas estas hipóteses ocorre tratamento de dados pessoais sujeito, nos termos do artigo 4.º/2), do RGPD, ao regime neste previsto.

1. Ponto prévio: a leitura da temperatura corporal como tratamento de dados pessoais sujeito ao RGPD

Não obstante ser esta a premissa de que aqui se parte, importa determo-nos na análise das operações sobre a informação de saúde realizadas no contexto laboral, para demonstrar que as mesmas correspondem a tratamentos de dados pessoais abrangidos pelo âmbito de

* Professora Associada da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Presidente da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

¹ O presente o texto serviu de base à exposição na ação de formação organizada pelo Centro de Estudos Judiciários sobre “O Direito do Trabalho e a crise epidémica COVID-19”, nele se refletindo também importantes contributos recolhidos durante o debate que se seguiu àquela exposição.

² Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

aplicação material ou objetivo do RGPD. Sobretudo no que diz respeito ao dado “leitura da temperatura corporal”.

Isto por haver quem pretenda que a operação de leitura da temperatura corporal traduz um tratamento de informação não automatizado que não envolve a sua estruturação em ficheiro, pelo que, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do RGPD, estaria excluído do respetivo âmbito de aplicação. Aliás, tal perspetiva parece estar, porventura por influência da posição divulgada por algumas autoridades de proteção de dados no espaço europeu³, subjacente ao regime previsto no artigo 13.º-C do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março (diploma que estabeleceu um conjunto de disposições específicas para o período excecional da pandemia), introduzido pelo Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio. Vejamos.

O n.º 1 do artigo 2.º do RGPD, em termos similares ao que estatua o n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 95/46/CE, que aquele regulamento veio revogar, delimita o seu âmbito de aplicação aos *tratamentos dados pessoais por meios, total ou parcialmente, automatizados e aos tratamentos por meios não automatizados de dados contidos num ficheiro ou a ele destinados*. Na verdade, o regime de proteção de dados, pensado sobretudo para o processamento informatizado dos dados pessoais, estende-se aos tratamentos manuais apenas na medida em que a informação se apresente sistematizada ou estruturada segundo um específico critério de ordenação – cf. também o considerando 15 do RGPD. Nesse sentido, a simples recolha não automatizada de uma informação sem sistematização (*v.g.*, sem que se proceda à sua inscrição num registo) não constitui um tratamento sujeito ao RGPD. E isto, não se curando por ora de compreender como se poderia vedar a entrada de um trabalhador com fundamento numa informação relativa ao estado de saúde do mesmo, sem que tal informação ficasse, de alguma forma, registada (no processo individual do trabalhador, ou inserida num outro tipo de registo) para se poder considerar justificada a ausência do trabalhador naquele dia.

Simplesmente, a determinação de se a leitura da temperatura corporal de uma pessoa singular se rege ou não pelo RGPD não depende, em rigor, da sua inscrição em ficheiro. A questão é prévia, por se prender com a natureza automatizada ou não automatizada do meio utilizado para o tratamento deste tipo de informação.

Este conceito foi analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão *Lindqvist*, que subscreveu uma interpretação ampla do conceito de *tratamento por meios automatizados*, destacando-se, no âmbito do processo, os entendimentos da Comissão Europeia de que nele se enquadra o tratamento de dados pessoais, *independentemente dos meios técnicos utilizados, acrescentando, desde que não existam limitações técnicas que restrinjam o tratamento a uma operação exclusivamente manual*, e do Governo sueco de que *aí se inclui todo o tratamento em formato informático, ou seja, em formato binário*⁴.

³ Cf., por exemplo, European Data Protection Supervisor (EDPS), *Orientations from the EDPS: Body temperature checks by EU institutions in the context of the COVID-19 crisis*, de 1.09.2020, p. 5, acessível em https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/orientations-edps-body-temperature-checks-eu_en, onde se sustenta, sem mais fundamento, que o tratamento de dados só é realizado por meios automatizados se houver recurso a tecnologias de computação («all processing done by means of computer technologies»).

⁴ Acórdão de 6 de novembro de 2003 (C-101/01), em especial, §§ 21, 23 e 26, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0101&from=en>.

Ora, os termómetros digitais realizam um processamento automatizado (processamento digital final), através de sensores que leem elementos físicos (v.g., um conjunto de parâmetros da pele, a distância do sensor em relação à pele) e, por impulso elétrico e (ou) através de um microprocessador eletrónico⁵, transforma os dados físicos num específico resultado (*out-put*) de acordo ou em função de uma prévia programação, resultado esse que corresponde a um número inteligível para o ser humano (v.g., 38º de temperatura corporal)⁶. Claramente, um tratamento que não é exclusivamente manual, exigindo um microprocessamento informático da informação pessoal.

De resto, muitos dos termómetros digitais utilizados no contexto de controlo de acesso dos trabalhadores dispõem de memória das leituras realizadas (v.g., até 10 leituras) e, portanto, armazenam inclusive a informação em ficheiro. Mas mesmo os que não têm essa funcionalidade procedem em qualquer caso ao armazenamento do dado em memória volátil. Não podem, por isso, restar dúvidas que a informação é tratada por um meio automatizado.

E, portanto, estando preenchido o pressuposto do âmbito de aplicação material do RGPD enunciado em primeiro lugar na norma – um tratamento de dados por meios automatizados –, não há que avançar para a indagação sobre o preenchimento das condições que compõem o pressuposto alternativo.

Outra é a questão de saber se a leitura da temperatura corporal no acesso a um estabelecimento ou edifício implica sempre o tratamento de *dados relativos a pessoas singulares identificadas ou identificáveis*, requisito indispensável para se ter por aplicável o RGPD (cf. n.º 1 do artigo 2.º e alíneas 1) e 2) do artigo 4.º do RGPD). A resposta dependerá do contexto dessa operação.

No âmbito de relações laborais, no acesso às instalações da entidade empregadora, tal como, de resto, no acesso a outros tipos de estabelecimentos onde o titular dos dados seja conhecido ou esteja identificado⁷, não podem sobrar dúvidas quanto à identificação direta, ou pelo menos à identificabilidade, das pessoas singulares. Aliás, o mero ato de, após a realização da leitura da temperatura corporal, se impedir a entrada de um trabalhador nas instalações da entidade empregadora à frente dos demais trabalhadores que aguardam a sua vez (e, eventualmente, à frente de outros terceiros), traduz a divulgação de informação relativa ao estado de saúde do trabalhador identificado ou identificável.

Tal é tanto mais evidente quando o acesso às instalações da entidade empregadora depende de um sistema de controlo com leitura de dados biométricos ou quando a zona de acesso onde

⁵ Cf. a explicação do processo em http://www.silverwing.com.hk/men/news_view_2043_153.html (consultado em 19.09.2020).

⁶ Para mais desenvolvimentos, v. HSUAN-YU CHEN/ ANDREW CHEN / CHIACHUNG CHEN, *Investigation of the Impact of Infrared Sensors on Core Body Temperature Monitoring by Comparing Measurement Sites*, in <https://www.mdpi.com/1424-8220/20/10/2885/htm> (consultado em 19.09.2020).

⁷ Como sucede no acesso de alunos às escolas, dos clientes aos ginásios onde estão inscritos ou de que são sócios, ou ainda no acesso a restaurantes onde o cliente tenha de comunicar o seu nome para efeito de identificação da reserva de mesa.

é feita a leitura da temperatura é monitorizada através de um sistema de videovigilância com gravação das imagens⁸.

Em suma, a leitura da temperatura corporal dos trabalhadores no controlo de acesso às instalações da entidade empregadora realizada através de termómetro digital constitui um tratamento de dados pessoais por meio automatizado e, portanto, sujeito ao regime do RGPD.

2. O tratamento de dados pessoais relativos à saúde dos trabalhadores

Retomando o ponto central da presente exposição, importa agora analisar o enquadramento legal dos tratamentos de dados de saúde dos trabalhadores no atual contexto pandémico.

Recorda-se que em causa estão dados relativos à saúde dos trabalhadores, dados esses que são recolhidos e analisados pelo empregador ou por seus representantes (*v.g.*, outros trabalhadores, empresa de segurança), para o efeito de tomada de decisões que afetam a vida e a prestação de trabalho por parte dos titulares dos dados. Com efeito, aquelas informações, que se reportam a dimensões da vida privada dos trabalhadores (qual a sua temperatura corporal ou se tem tosse ou dificuldades respiratórias; em que países ou regiões esteve ou estiveram familiares diretos seus; se esteve em contacto ou próximo de pessoas contaminadas, etc.), têm direta ou indireta conexão com a sua saúde, ao funcionarem como indícios ou sintomas da doença COVID-19, permitindo inferir juízos sobre o seu estado de saúde, nessa medida sendo qualificados como dados pessoais relativos à saúde (cf. alínea 15) do artigo 4.º do RGPD e considerando 35 do mesmo diploma, onde se elencam, entre outras, *quaisquer informações sobre [...] um risco de doença*)⁹.

Tais dados integram a categoria dos dados especialmente protegidos (dados especiais), nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do RGPD. Assim, parte-se de uma proibição genérica do seu tratamento, para apenas ser admissível se, além de uma das condições de licitude previstas no n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, se verificar alguma das situações elencadas no n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

2.1. Consequentemente, logo se percebe não ser bastante o interesse legítimo da entidade empregadora em prevenir ou garantir o contágio da doença nas suas instalações, ou o interesse legítimo dos demais trabalhadores em não serem contagiados, interesses aqui invocáveis nos termos da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. De facto, a compressão da vida privada do titular dos dados, decorrente deste tipo de tratamentos, que poderia legitimamente ocorrer no quadro daquela disposição, se se verificasse a prevalência daqueles interesses sobre os direitos dos titulares dos dados, assume uma dimensão mais intensa

⁸ Neste sentido, considerando haver nesses casos tratamento de dados pessoais sujeitos ao regime jurídico de proteção de dados pessoais e considerando que tais meios não devem ser utilizados neste contexto em cumprimento do princípio da proteção de dados por defeito, *v. EDPS, ob. cit.*, pp. 7-8.

⁹ Cf. ainda os exemplos de dados relativos à saúde apresentados pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) em *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak*, §8, acessíveis in https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_en.pdf: informações retiradas de um inquérito de “self check” em que os titulares dos dados respondem a questões relacionadas com sintomas de doenças, bem como informações relativas a viagens recentes em regiões afetadas por COVID-19.

quando em causa está informação pessoal relativa à saúde, razão por que é imprescindível uma disposição legal que preveja o tratamento no quadro dos requisitos fixados no n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

Do mesmo modo, é insuficiente a simples imposição legal à entidade empregadora (enquadrável na alínea c) do n.º 1 do mesmo artigo) de um dever de proporcionar boas condições de trabalho, protegendo a segurança e saúde do trabalhador, quando tal disposição legal não se enquadre, ou não cumpra os requisitos estabelecidos numa das alíneas do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

Com efeito, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, o tratamento de dados especiais, como o são os dados pessoais relativos à saúde, tem de ser acompanhado de medidas adequadas a garantir os direitos dos titulares dos dados. Isso mesmo se retira dos diferentes fundamentos previstos naquele artigo (e que se afiguram equacionáveis no contexto que consideramos), os quais exigem expressamente a previsão ou adoção de medidas adequadas e específicas de salvaguarda de tais direitos, nomeadamente o sigilo da informação – cf. alíneas b), i), e h) do n.º 2 e o n.º 3 do artigo 9.º do RGPD.

Tal exigência encontra-se explicitada no n.º 3 do artigo 9.º do RGPD, para os tratamentos para efeitos de *medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde* (cf. alínea h) do n.º 2 do mesmo artigo). Mas também o tratamento dos dados relativos à saúde *necessário ao exercício de direitos do empregador ou do trabalhador*, e o tratamento assente em *motivos de interesse público do domínio da saúde pública* ou ainda com fundamento no *interesse público importante*, depende da existência de uma norma legal que preveja não apenas o tratamento dos dados para uma dessas finalidades, como também *medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos fundamentais e os interesses do titular dos dados*^{10 11}.

Em suma, não sendo suficiente para tratar dados pessoais de saúde dos trabalhadores o interesse legítimo da entidade empregadora de gestão da sua organização e de manutenção da sua atividade, nem o interesse legítimo (ou o direito à saúde) dos demais trabalhadores, tão-pouco o sendo o dever assegurar boas condições de trabalho, e especificamente de assegurar a segurança e saúde do trabalhador, então esse tratamento só poderá ser feito em situações legitimadas pelo n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, verificados que estejam os respetivos requisitos aí previstos.

¹⁰ Cf. alíneas b), g) e i) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD. Como se explicará melhor, são estes os únicos fundamentos pertinentes, neste contexto, porquanto o interesse legítimo do responsável pelo tratamento (entidade empregadora) na gestão da sua organização e da sua atividade, ou dos terceiros (demais trabalhadores), não é suficiente quando em causa está o tratamento de dados relativos à saúde.

¹¹ Veja-se a este propósito, o considerando 54 do RGPD: «O tratamento de categorias especiais de dados pessoais pode ser necessário por razões de interesse público nos domínios da saúde pública, sem o consentimento do titular dos dados. Esse tratamento deverá ser objeto de medidas adequadas e específicas, a fim de defender os direitos e liberdades das pessoas singulares. Neste contexto, a noção de «saúde pública» deverá ser interpretada segundo a definição constante do Regulamento (CE) n.º 1338/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho [...]. Tais atividades de tratamento de dados sobre a saúde autorizadas por motivos de interesse público *não deverão ter por resultado que os dados sejam tratados para outros fins por terceiros, como os empregadores ou as companhias de seguros e entidades bancárias.*» (itálico nosso).

A este propósito, é oportuno recordar que o ordenamento jurídico português, desde logo no plano constitucional, mas especificamente no plano juslaboral, parte, igualmente, de uma proibição de tratamento de dados relativos à vida privada e, especificamente, à saúde dos trabalhadores – cf. n.º 3 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Na verdade, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º do Código do Trabalho, apenas se admite o tratamento de informações relativas à vida privada do trabalhador quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação, e quanto aos dados relativos à saúde, *quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação*. Mais se especifica no n.º 2 do mesmo artigo que as informações relativas à saúde *são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade*. Paralelamente, também a realização de exames médicos imposta pela entidade empregadora não pode implicar mais do que a comunicação final a esta pelo médico da conclusão quanto à sua aptidão ou não para o trabalho (cf. artigo 19.º do Código do Trabalho). No mesmo sentido, dispõe a legislação nacional sobre segurança e saúde no trabalho¹².

A solução da legislação laboral, que tem subjacente a prevenção da discriminação e estigmatização do trabalhador numa relação tipicamente assimétrica, reflete uma ponderação e harmonização dos diferentes direitos fundamentais e interesses em presença – direitos consagrados nos artigos 13.º, 26.º, 35.º (máxime, no n.º 3) e 59.º, e também no artigo 61.º, todos da CRP (e ainda nos artigos 7.º, 8.º e 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) – em conformidade com o disposto no artigo 18.º do mesmo texto fundamental (e no artigo 52.º da Carta): a restrição de direitos fundamentais tem de ser adequada, necessária e não excessiva, o que supõe a definição de medidas suscetíveis de tutelar a dimensão jusfundamental das pessoas afetadas.

Nesse quadro e perante a situação provocada pela pandemia, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) emitiu as *Orientações sobre recolha de dados de saúde dos trabalhadores*, de 23 de abril de 2020¹³, precisamente recordando a solução então imposta no ordenamento jurídico português: o tratamento de dados relativos à saúde dos trabalhadores só pode ser feito, no quadro da relação de trabalho, com intermediação do profissional de saúde.

Não obstante, procurando legitimar os tratamentos de dados que algumas entidades empregadoras persistiam em fazer sem intermediação de profissional de saúde (na realidade, realizado por trabalhador da própria entidade empregadora ou de uma empresa de segurança privada) foi introduzido no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, pelo Decreto-Lei n.º

¹² Cf. Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, alterada por último pela Lei n.º 79/2019, de 2 de setembro, e a Portaria n.º 71/2015, de 10 de março, que a regulamenta. Sobre o tema, v. MARTA AZEVEDO/ JOÃO MOREIRA DIAS, «Segurança e Saúde no Trabalho – algumas notas práticas sobre o impacto do RGPD na organização de serviços de segurança e saúde no trabalho», in MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO/ TERESA COELHO MOREIRA (coord.), *O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho*, Edição APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, pp. 167-196.

¹³ Cf. https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Orientacoes_recolha_dados_saude_trabalhadores.pdf,

20/2020, de 1 de maio, o artigo 13.º-C¹⁴. Nele se prevê a possibilidade de os empregadores procederem à leitura da temperatura corporal dos seus trabalhadores para efeitos de acesso e permanência no local de trabalho e de impedirem a entrada destes nas suas instalações sempre que haja medição de temperatura superior à *normal temperatura corporal*.

Mas, como foi sublinhado pela CNPD, a referida norma não cumpre «o grau de precisão e previsibilidade que, num Estado de Direito, se exige a qualquer norma restritiva de direitos, liberdades e garantias»¹⁵. Não só porque não define os pressupostos legais do poder de impedir a entrada do trabalhador nas suas instalações (já que a mera referência a *medições de temperatura superiores à normal temperatura corporal* não permite compreender qual seja a temperatura-padrão), como também por não especificar as consequências do exercício desse poder na esfera jurídica do trabalhador após o tratamento deste seu dado de saúde¹⁶. Com efeito, não define a situação jurídica do trabalhador na sequência do tratamento dos dados de saúde, omitindo qualquer *garantia adequada* dos seus direitos ou interesses no plano jus-laboral, bem como nos planos da sua saúde e da saúde pública. Mais, o próprio tratamento de dados de saúde é despojado de garantias mínimas de proteção dos dados, num contexto tão apto à estigmatização comunitária, não prevendo sequer a garantia de sigilo quanto à informação pessoal recolhida e analisada¹⁷.

Por esse motivo, o artigo 13.º-C do citado diploma legal, e consequentemente a leitura da temperatura corporal dos trabalhadores, não se pode suportar diretamente na alínea *h*), tão pouco na alínea *b*), do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

Mesmo um esforço interpretativo que procurasse dar um sentido àquela norma legal compatível com o RGPD e o Código do Trabalho – no sentido de que aquela norma não afasta a legislação nacional que exige a intermediação de um profissional de saúde¹⁸ e que limita o tratamento à simples comunicação à entidade empregadora do estado de aptidão ou não aptidão para a prestação do trabalho – parece empeçar na *ratio legis*, tendo em conta o contexto em que a norma foi aprovada; por outras palavras, tendo em conta o elemento histórico e o elemento teleológico, que este revela, dificilmente se pode por interpretação da norma salvá-la de um juízo de desconformidade com o Direito da União Europeia¹⁹.

¹⁴ Com isso, implicitamente, veio o legislador nacional reconhecer que, sem uma específica norma legal a prever a recolha do dado de saúde “temperatura corporal”, este tratamento de dados de saúde pela entidade empregadora não está legitimado.

¹⁵ Cf. *Resposta da CNPD ao Requerimento 19/XIV (1.º) EI*, p. 10, in <https://www.cnpd.pt/home/covid19/rp19-xiv-1ei-a.pdf>, (consultado em 22.08.2020).

¹⁶ Sobre os diferentes aspetos omissos, v. TERESA COELHO MOREIRA, «O controlo da temperatura dos trabalhadores no âmbito do COVID-19», in Observatório Alameda, <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/05/05/o-controlo-da-temperatura-dos-trabalhadores-no-ambito-do-covid-19/> (consultado em 14.06.2020).

¹⁷ Insiste-se: essa exigência de previsão de medidas adequadas a garantir os direitos dos titulares dos dados é reiterada não apenas nos diferentes fundamentos elencados no n.º 2 e 3 do artigo 9.º do RGPD, como nos considerando 52 a 54 do mesmo diploma.

¹⁸ Neste sentido parece inclinar-se TERESA COELHO MOREIRA, *ob. cit.*

¹⁹ Demais, fica por demonstrar a adequação, necessidade e proporcionalidade de uma norma a admitir um tratamento de dados pessoais desta natureza. Com efeito, não está demonstrada a insuficiência de outros meios para garantir a interrupção da cadeia de transmissão da doença, sejam medidas organizativas de garantia de distanciamento e proteção individual, seja a sensibilização quanto à necessidade de automonitorização de sintomas da Covid-19, nos termos exatamente recomendados pela Direção-Geral de Saúde.

Mas importa ainda equacionar o consentimento do trabalhador como fundamento destes tratamentos de dados pessoais relativos à saúde, ao abrigo da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD. Recorda-se, ainda a propósito do citado artigo 13.º-C do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, a surpreendente ressalva aí contida de autorização do trabalhador para legitimar o registo da sua temperatura corporal.

Numa relação tipicamente assimétrica, como o é a relação laboral, no seio da qual está concretamente em causa o exercício de um poder de vedar o acesso ao local de prestação do trabalho, com a agravante de não se identificarem os efeitos jurídicos do tratamento destes dados nem se acautelarem os direitos e interesses do titular dos dados, é por demais evidente que o consentimento do titular dos dados não pode ter qualquer relevância jurídica, em respeito pelo estatuído na alínea 11) do artigo 4.º do RGPD onde se estabelece que só se considera consentimento do titular dos dados *uma manifestação de vontade livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita [...] que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.*

Precisamente porque a relação laboral revela *um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, o consentimento não deve ser tido como fundamento válido de licitude deste*²⁰, onde não há garantias de que a manifestação de vontade não esteja condicionada ou prejudicada pelas eventuais repercussões (ou pela ameaça de repercussões) que a recusa da sua emissão possa ter na relação jurídica laboral e nas condições de prestação do trabalho. Essa é a razão por que as autoridades de proteção de dados pessoais dos Estados-Membros da União Europeia sempre interpretaram o regime jurídico de proteção de dados como apenas admitindo a relevância do consentimento dos trabalhadores «em circunstâncias excecionais, quando o ato de dar ou recusar o consentimento não produza quaisquer consequências negativas»^{21 22}.

Disposições legais como a constante do artigo 13.º-C do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que impõem a restrição de direitos, liberdades e garantias, sem cumprir os requisitos mínimos do RGPD (que visam salvaguardar as dimensões essenciais desses direitos, num processo harmonizador dos diferentes direitos e interesses em presença), nem as exigências mínimas do Estado de Direito – de previsibilidade e, novamente, de proporcionalidade da

²⁰ Cf. ainda no considerando 43 do RGPD. Inexplicável é ainda, neste contexto, a determinação naquela norma legal de que a possibilidade de leitura da temperatura corporal *não prejudica o direito à proteção individual de dados*. Como comenta a CNPD, esta expressão «só pode ter o sentido de exprimir que o Estado deixa aqui de cumprir o dever geral de proteção dos dados pessoais destes titulares, entregando-os à sua sorte» (cf. Resposta da CNPD ao Requerimento 19/XIV (1.º) EI, cit., p. 11).

Diferentemente, com uma interpretação, em conformidade com o Código do Trabalho e o RGPD, de que o sentido da norma, só pode ser a de que «apenas os profissionais de saúde ou sob a responsabilidade deste, e sujeitos ao sigilo profissional, poderão realizar esta medição», v. TERESA COELHO MOREIRA, *ob. cit.*

²¹ Cf. *Diretrizes sobre o consentimento no RGPD*, revistas e aprovadas em 10 de abril de 2018 pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29, e assumidas pelo CEPD em 25 de maio de 2018, disponíveis em http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051

²² Eventual pretensão de fundamentar tal tratamento na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, *para proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular* fica prejudicada pela exigência, que o RGPD faz quando em causa estejam dados especiais (ao contrário da hipótese abrangida na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 6.º a que se reporta o considerando 46, ambos do RGPD), de o titular dos dados estar *física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento*. Esta norma, tipicamente reservada para as situações de tratamento de dados de saúde em situações de inconsciência ou falta de capacidade de discernimento dos titulares de dados, não tem obviamente aplicação neste contexto.

restrição –, estão em manifesta contradição com a CRP, a Carta e o RGPD. E em períodos de exceção ou emergência, seja constitucional seja administrativa, o cumprimento destes requisitos e limites é especialmente crucial, em face da diluição das fronteiras constitucionais entre as competências normativas e da ausência de debate público e de participação democrática, decorrentes da imperiosa simplificação no processo de produção normativa.

2.3. Na ausência de disposições legais específicas a enquadrar este tipo de tratamentos de dados relativos à saúde dos trabalhadores, com vista à prevenção ou mitigação dos riscos de contágio pela doença COVID-19, que cumpram os indispensáveis requisitos garantísticos dos direitos fundamentais dos titulares dos dados, apenas nos termos definidos no Código do Trabalho, *i.e.*, através da intervenção de profissional de medicina do trabalho (ou sob sua direta responsabilidade) e com garantias de sigilo profissional se poderão ter por lícitos tais tratamentos.

De todo o modo, sublinha-se a importância que pode, nesta sede, assumir a regulamentação destes tratamentos por via de convenção coletiva, ao abrigo da alínea *b)* do n.º 2 do artigo 9.º, na medida em que se consiga reconduzir aquelas operações à manifestação ou ao exercício dos direitos específicos do responsável pelo tratamento ou dos trabalhadores, e desde que aí sejam previstas *garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses dos titulares dos dados*. Mas, como refere JOANA VASCONCELOS, o espaço para a normação destes tratamentos por convenção coletiva, no âmbito do artigo 88.º do RGPD, há de ser somente num sentido mais favorável ao trabalhador, «residindo a especificidade da sua disciplina no reforço da garantia dos respetivos direitos e liberdades dos trabalhadores»²³.

3. A inversão dos papéis do poder público e dos membros da sociedade na definição do interesse público

A terminar a presente exposição, importa chamar a atenção para duas tendências, entre si relacionadas, que o atual estado pandémico veio revelar e que se manifestam de forma particularmente intensa nos tratamentos de dados pessoais que, neste período, se têm vindo a generalizar. Por um lado, a convicção de que o interesse coletivo prevalece sempre sobre os interesses individuais, aparentemente a qualquer custo; por outro lado, a pretensão de cada um dos cidadãos ou das empresas de definir o que é o interesse público de saúde e qual é o melhor meio para prosseguir tal interesse. E ambas as perspetivas se apresentam em clara contradição com o quadro constitucional português e os princípios de Direito que regem desde há muito a sociedade europeia.

É certo que os interesses individuais, em especial em situações de exceção que exigem uma intervenção mais robusta do poder público no sentido de coordenar a reação da comunidade perante uma ameaça à sua própria sobrevivência, estarão ou devem estar subordinados ao interesse coletivo. Mas, essa subordinação não pode ser feita fora do quadro constitucional pré-determinado, o qual, aliás, salvaguarda precisamente situações excecionais, admitindo a

²³ «RGPD e contratação coletiva», in MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO/TERESA COELHO MOREIRA (coord.), *O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho*, Edição APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, pp. 39-47 (em especial, p. 42).

criação de regras específicas para tais períodos; e no quadro constitucional as restrições aos direitos, liberdades e garantias não dispensam a avaliação e demonstração da *adequação e necessidade* do sacrifício dos interesses individuais em prol do interesse público. Com o limite, destacado por PAULO OTERO a propósito de outras situações de emergência, de que o «interesse público da segurança nacional ou subjacente a uma situação de emergência económica ou financeira não pode prevalecer sobre o núcleo indisponível da dignidade humana»²⁴.

Tendo isso presente, no específico contexto das relações laborais, bem se vê que não podem ser impostas aos trabalhadores medidas restritivas dos seus direitos fundamentais, como seja a de recolha de dados relativos à saúde para prevenção de contágio da COVID-19, sem que tal imposição e a seleção das medidas específicas sejam precedidas de uma avaliação (e demonstração) cuidada da aptidão das mesmas para a prossecução daquele objetivo e sem que se ponderem outras soluções menos lesivas dos seus direitos. Essa avaliação, que corresponde a uma concretização do princípio da proporcionalidade, tem obviamente que ser feita no plano normativo (cf. n.º 2 do artigo 18.º e n.º 2 do artigo 266.º da CRP), mas não pode, em concreto, deixar de ser feita por cada responsável pelo tratamento dos dados pessoais de saúde antes de avançar para a sua execução, como decorre da alínea c) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 5.º do RGPD – obviamente, estando em causa dados relativos à saúde, a delimitação do tratamento dependerá de critérios clínicos, os quais só podem ser definidos por um profissional de saúde.

Numa lógica de “tirania dos fins”, mencionada por PEDRO GONÇALVES, «o imperativo de adotar as medidas “necessárias” (que as necessidades impuseram) afasta a ponderação adequada e equilibrada entre interesses opostos exigida pelo princípio da proporcionalidade: secundariza o respeito pela exigência da adequação, desconsidera o cânone da justeza das medidas e envolve uma aplicação não ponderada do próprio princípio da necessidade»²⁵.

Neste contexto de “tirania da necessidade” que caracteriza os estados de emergência, assiste-se à afirmação imediata e simplificada da necessidade de tratamentos de dados pessoais, e da correspondente restrição ou compressão do direito fundamental ao respeito pela vida privada, sem que se demonstre que outros meios disponíveis, menos lesivos, são objetivamente insuficientes para a salvaguarda do bem comum. Mas, mais do que isso, sem que se passe pelo crivo prévio de avaliar a real adequação do tratamento dos dados para a realização desse interesse público. No campo dos tratamentos de dados pessoais, esta estratégia de “atirar o barro à parede” para ver se algum cumpre a finalidade visada não pode admitir-se quando cada um desses tratamentos implica uma restrição da dimensão fundamental do cidadão, máxime, a exposição de uma parte da sua vida privada e, sobretudo, a sua estigmatização e discriminação imediata ou futura.

Considerando agora a outra tendência ou perspectiva assinalada, nunca é demais sublinhar que qualquer comunidade politicamente organizada define e cria uma estrutura orgânica e

²⁴ *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra 2013, p. 313.

²⁵ *Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade*, Observatório Almedina, 21 de maio de 2020, in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/> (consultado em 14.06.2020).

procede a uma distribuição de tarefas que assegurem ou promovam a gestão eficiente dos recursos para a satisfação das necessidades comuns. Especificamente, quando em causa estão necessidades relativas à saúde pública, cabe à Lei confiar a um organismo ou a um conjunto de organismos públicos a função de identificar e prosseguir esse interesse da comunidade estadual, selecionando, precisamente, o organismo ou os organismos dotados de específicos conhecimentos científicos e técnicos adequados para o efeito²⁶. Não pode, por isso, deixar de se encarar com perplexidade o entusiasmo de particulares (e até de outras entidades públicas) na invocação direta do interesse público de saúde pública (ou de um interesse público importante) para justificar a adoção de medidas restritivas dos direitos de terceiros, medidas essas em momento algum impostas ou recomendadas por quem, no quadro constitucional e legal em que nos movemos, tem a competência e a missão para as selecionar. É este o ponto que aqui importa realçar: a definição do que é adequado e necessário para a realização do interesse público não está nas mãos dos particulares (nem de outros organismos públicos) mas apenas daqueles organismos públicos a quem a lei confere essas competências²⁷. Havendo uma autoridade nacional de saúde, e demais autoridades de saúde, a quem cabe orientar os cidadãos e as empresas quanto ao caminho a seguir na resolução da presente situação pandémica, não podem os particulares arrogar-se dessa função.

A inversão dos papéis entre o (poder) público e o privado constitui uma subversão do Estado de Direito Democrático, tanto mais preocupante quanto promove uma *sociedade de (múltiplas) vigilâncias e de (múltiplos) domínios sobre a informação relativa aos outros*, que ameaça seriamente o desenvolvimento em dignidade da nossa personalidade e o gozo legítimo das nossas liberdades fundamentais.

Vídeos da apresentação



²⁶ Sobre a relevância da decisão administrativa técnico-científica em diferentes domínios da Administração, onde se integra também a Administração de saúde, e sublinhando a sua prevalência sobre a vontade política, v. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pp. 450-460.

²⁷ Sublinhando que o interesse público, no sentido jurídico-normativo, definido no plano político-legislativo, mas cuja definição pode ser complementada no plano concreto pela Administração Pública (referindo, a este propósito o papel primário da Administração na concretização do interesse público), não é suscetível de realização espontânea por particulares, v. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 53-55.