

2.º CICLO DE ESTUDOS
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

**Proteção de dados sensíveis do
trabalhador:
uma abordagem sobre o *status* da
vacinação no ambiente laboral**
Stephanie Goldstein Costa Carvalho

M

2022



STEPHANIE GOLDSTEIN COSTA CARVALHO

**Proteção de dados sensíveis do trabalhador:
uma abordagem sobre o *status* da vacinação no ambiente laboral**

Dissertação elaborada sob orientação da Professora Doutora Maria Regina Redinha conducente à obtenção do grau de Mestre em Direito na área de especialização das Ciências Jurídico-Políticas.

Porto, 2022

Resumo

O avanço da vacinação contra a Covid-19 causou grande polêmica no contexto laboral em torno da prova de imunização dos empregados ou do simples questionamento acerca da condição ou não de vacinado dos candidatos a emprego ou dos trabalhadores da empresa.

O *status* de vacinação, por ser um dado relativo à saúde, é um dado sensível, pertencente à categoria especial, e, como tal, o seu tratamento está associado a maiores riscos aos direitos e liberdades fundamentais, podendo resultar comportamentos discriminatórios.

Em virtude da particular sensibilidade que o tratamento desses dados envolve, a investigação sobre a condição de imunização de um empregado deverá ser justa e estritamente necessária para um propósito específico e legítimo.

Palavras-chave: RGPD; dados sensíveis; direitos no trabalho; *status* de vacinação; COVID-19.

Abstract

The roll-out of vaccination programmes against Covid-19 caused great controversy in the work context around the immunisation test of employees or the simple question concerning the vaccination status of job applicants or company workers.

Vaccination status is data related to health and as such is classified as sensitive data. Because it belongs in a special category its treatment is associated with potentially greater risks to fundamental rights and freedoms, which may therefore result in discriminatory behavior.

Due to the particular sensitivity that the processing of this data involves, the investigation into the vaccination and or immunisation status of an employee must be fair and be strictly necessary for a specific and legitimate purpose.

Keywords: GDPR; sensitive data; labour rights; vaccination status; COVID-19.

* Agradecimentos: Meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a concretização desta Dissertação. Minha imensa gratidão especialmente à Professora Doutora Maria Regina Redinha, pela orientação e pelas críticas construtivas, fundamentais para o aprimoramento deste trabalho, e à minha Família, a quem dedico este trabalho, pelo apoio incondicional e suporte emocional em todos os aspectos da minha vida.

Índice

1	Introdução.....	4
2	As mudanças provocadas no mundo do trabalho pela revolução digital e tecnológica ...	5
3	A importância da tutela dos direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores face ao aumento do uso das tecnologias da informação.....	11
4	Relação entre o direito à privacidade e o direito à proteção de dados	14
4.1	O direito à proteção de dados como direito autônomo.....	16
5	Breve evolução histórica da proteção de dados	18
6	Arcabouço normativo do direito à proteção de dados.....	20
7	Conceptuologia do regime jurídico da proteção de dados	23
8	Princípios relativos ao tratamento dos dados pessoais.....	25
9	Os dados pessoais sensíveis	28
9.1	O elenco dos dados pessoais sensíveis.....	31
9.2	A tutela dos dados especialmente sensíveis dos trabalhadores	35
10	Os limites da indisponibilidade no contexto laboral	39
10.1	Delimitação temática do consentimento	41
10.1.1	Manifestação de vontade livre.....	42
10.1.2	Manifestação de vontade dirigida	44
10.1.3	Manifestação de vontade informada	45
10.1.4	Manifestação de vontade inequívoca	46
10.2	O consentimento como base legal para o tratamento dos dados dos trabalhadores.....	47
10.2.1	A Deliberação 2019/494 da CNPD	50
11	Os dados relacionados à saúde do empregado	51
12	A discussão em torno da recusa vacinal e da obrigatoriedade da vacinação	56
13	A perspectiva jurídico-constitucional da vacinação obrigatória	59
13.1	A objeção de consciência face à imposição da vacinação	64
14	É possível exigir “passaporte vacinal” no ambiente de trabalho?.....	67
14.1	Da impossibilidade de exigência da vacinação sem suporte legislativo	68
14.2	Da obrigatoriedade da vacinação como corolário do poder diretivo do empregador	69
14.3	Da possibilidade da exigência da vacinação quando preenchido o requisito da necessidade	72
15	Proibição de discriminação no trabalho em razão do <i>status</i> da vacinação.....	76
16	Proteção de dados e status da vacinação	80
16.1	A coleta e o processamento de dados sobre a situação vacinal à luz do RGPD	82
17	Conclusão	94
	Bibliografia.....	96

1 Introdução

O presente trabalho abordará o tema dos dados sensíveis do trabalhador, mais especificamente a recolha, pelos empregadores, de dados relativos à saúde, com a exigência de apresentação do certificado de vacinação contra COVID-19¹.

Como é cediço, a temática da proteção de dados assumiu particular relevância no contexto da pandemia, sendo o direito à privacidade e a investigação sobre o *status* da vacinação dos trabalhadores matérias bastante delicadas e que têm provocado um acirrado debate não só nos meios acadêmico e jurídico, mas também na sociedade em geral, cada lado com fortes argumentos pró e contra a possibilidade desse tipo de investigação. É deste debate que o interesse pelo tema se origina.

O objetivo central da pesquisa, inserida nas atividades do projeto do CIJE “It’s a wonderful (digital) world: o direito numa sociedade digital e tecnológica”, será abordar a temática a partir de uma perspectiva jurídico-constitucional, por meio da qual serão ponderados os direitos e interesses em conflito, bem como fazer uma reflexão de que forma é possível assegurar uma efetiva proteção aos dados pessoais e sensíveis como um direito fundamental do trabalhador.

Esta dissertação será dividida em três partes, seguidas de uma conclusão.

Na primeira delas, faremos uma abordagem geral e conceitual sobre a temática. Inicialmente, trataremos sobre as mudanças provocadas no mundo do trabalho pela revolução digital e tecnológica e o impacto que esta revolução provocou nos direitos fundamentais dos trabalhadores. Em seguida, faremos uma breve exposição acerca da evolução do direito à proteção de dados - e sua íntima relação com o direito à privacidade -, apreciaremos o

¹ “No dia 31 de dezembro de 2019 a Comissão Municipal de Saúde de Wuhan reportou a verificação de 27 casos de pneumonia de etiologia desconhecida, identificando como principal foco de contágio o mercado municipal de Wuhan, tendo reportado a identificação de um novo coronavírus (SARS-COV-2), responsável pela doença respiratória aguda designada COVID-19, vírus introduzido em humanos por transferência de espécie. Os primeiros casos identificados na União Europeia foram comunicados no dia 24 (França) e 28 (Alemanha) de janeiro de 2020, sendo que a 30 de janeiro a Organização Mundial de Saúde declarou a epidemia do novo coronavírus uma emergência de saúde pública internacional (*Public Health Emergency of International Concern – PHEIC*), a que se seguiu a declaração do estado pandémico global no dia 11 de março de 2020. O enquadramento cronológico do surto de COVID-19 pode ser consultado em *European Center for Disease Prevention and Control* Cfr. European Center for Disease Prevention and Control, ‘Event Background COVID-19’ (<https://www.ecdc.europa.eu/en/novel-coronavirus/event-background-2019>)”. *Apud* DIAS, Patrícia Cardoso – Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública. *Julgar On-line*. Jan. 2021 (tradução da autora). [Consult. 22 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>>.

arcabouço normativo que ampara o direito e exporemos os conceitos e princípios relevantes para a aplicação do regime jurídico da proteção de dados. Todos esses tópicos preliminares destinam-se a munir o leitor da base teórica e jurídica necessária para a melhor compreensão da problemática, que será desenvolvida de maneira mais aprofundada nas linhas seguintes.

Na segunda, a nossa atenção voltar-se-á especificamente aos dados pessoais sensíveis, os quais gozam de uma especial regulação no regime jurídico da proteção de dados pelos riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais que o seu tratamento poderá implicar, inclusive no seio da relação laboral, cuja assimetria das posições jurídicas do empregado e empregador realça ainda mais o risco de tratamento desta categoria de dados.

Na terceira parte, nos debruçaremos mais especificamente sobre a categoria especial dos dados relacionados à saúde. Faremos um pequeno recorte na pesquisa para analisar os desafios existentes em torno da exigência da vacinação na relação de emprego, inclusive sob uma perspectiva jurídico-constitucional, com a finalidade de evidenciar a inquietude que gravita em torno do assunto. Finalmente, encerrado o debate acerca da possibilidade da requisição desse tipo de informação, elucidaremos de que maneira deve ser feita a coleta e o processamento de informações sobre a situação vacinal dos empregados à luz do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), como forma de minorar os impactos desse tratamento para a pessoa-trabalhadora.

Feito este introito, passamos a analisar, de forma crítica e detalhada, as questões acima mencionadas.

2 As mudanças provocadas no mundo do trabalho pela revolução digital e tecnológica

Os meios de produção utilizados pela sociedade ao longo da história foram determinantes para a proteção jurídico-econômica atribuída a certos bens. O cultivo da terra foi a principal fonte de riqueza da sociedade agrícola; as máquinas a vapor e a eletricidade estiveram no centro do desenvolvimento da sociedade industrial; e os serviços ocuparam posição de destaque no período pós-guerra².

No atual estágio evolutivo da sociedade, atrelado ao rápido avanço tecnológico e à globalização, a informação desponta como o bem jurídico mais valioso, sendo responsável por grandes transformações no processo produtivo e nas relações de trabalho. Há uma nova

² BIONI, Bruno Ricardo – *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019. p. 3-5.

compreensão entre a relação tempo-espaço³, sendo as informações transmitidas a uma velocidade nunca antes imaginável. É possível efetuar transferências bancárias por meio de aplicativos digitais, realizar conferências em escala mundial sem sair de casa e até mesmo controlar a produtividade ou o desempenho dos trabalhadores em tempo real e à distância. A tecnologia e o processamento massivo de dados têm assumido, inclusive, importância transcendental na luta contra a crise provocada pelo COVID-19, ao permitir que organizações sanitárias compartilhem dados relativos à saúde com celeridade⁴.

Embora sejam inegáveis os benefícios proporcionados pelas tecnologias da informação e comunicação (TIC), elas suscitam diversos desafios no mundo contemporâneo. Questões como segurança da informação são a todo momento postas em causa. Também são cada vez mais frequentes debates envolvendo temas como a “uberização” ou o trabalho em plataformas digitais, a robotização, a utilização de algoritmos, a inteligência artificial, o teletrabalho e os meios de vigilância à distância, que impactam profundamente as formas de organização do trabalho⁵.

A ubiquidade da Internet tem ensejado o chamado fenômeno da “datificação”, que significa, de maneira sintética, o ato de “datificar” – pôr em dados – praticamente toda a vida de uma pessoa⁶. O termo “datificação”, em inglês *datafication*, foi cunhado por VIKTOR SCHÖNBERGER-MAYER e KENNETH CUKIER, sendo considerado um fenômeno da explosão informacional que consiste em transformar informações aparentemente irrelevantes em dados que podem ser quantificados e revelar um grande valor agregado pela informação subjacente⁷.

³ “Espaço sem distâncias e um tempo sem demoras”. RAY, Jean-Emmanuel – “Qualité de vie et travail de demain”. *Droit Social*. Dialnet. Lisboa. ISSN 0012-6438. N° 2 (2015), p. 147-154.

⁴ ÁLVAREZ, José Luis Domínguez. “La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al COVID-19”. *Revista de Comunicación y Salud*. Vol. 10, n° 2 (2020), p. 607-624. [Consult. 25 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://www.revistadecomunicacionysalud.es/index.php/rcys/article/view/240/197>>.

⁵ “A evolução começou com o trabalho 1.0., do século XIX e da revolução industrial associado ao surgimento da sociedade industrial, o que originou mudanças no modo de produção e na própria organização do trabalho. Depois temos o trabalho 2.0., do século XX, com o surgimento da produção em massa e advento do Estado Social. Há, depois, o trabalho 3.0, a partir da década de 70 do século passado, com a globalização e o surgimento do trabalho no computador e a informática; por último tem-se o trabalho 4.0, relacionado com a digitalização, o trabalho em plataformas, a economia colaborativa, o trabalho integrado, que origina uma mudança de valores e de novos compromissos sociais. Este tipo de trabalho será mais digital, flexível e interconectado”. MOREIRA, Teresa Coelho – Algumas questões sobre trabalho 4.0. *4ª Revolução Industrial*. Ano IX, n° 86, Mar. 2020. [Consult. 6 Jul. 2021]. Disponível em WWW: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/170751/2020_moreira_teresa_questoes_trabalho.pdf?sequence=1>.

⁶ BIONI, Bruno Ricardo – *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019. p. 87.

⁷ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth – *Big Data: A Revolution that Will Transform how We Live, Work, and Think*. Boston, New York, 2013. p. 73-97.

Cada informação é “datificada”, com o objetivo de monitorar, armazenar e identificar padrões de uso, sendo tal informação utilizada para outras finalidades além daquela para a qual fora originariamente coletada.

A captação de informações pessoais dos indivíduos pode resultar na criação de verdadeiros estereótipos ou perfis que influenciam decisivamente a tomada de decisão desses mesmos indivíduos e a sua interação com outras pessoas. Cria-se o risco de doutrinar-se uma pessoa com base em interesses inferidos a partir do processamento dos seus dados, dificultando-lhe o contato com informações diferentes, ocasionais e fortuitas que escapariam dessa catalogação⁸.

Revitaliza-se, em última análise, a própria ideia de vigilância, que deixa de estar associada aos rastros que o indivíduo deixa no ambiente virtual ou *on-line* para estar presente em praticamente todas as atividades realizadas no seu cotidiano^{9,10}, resultando numa intrusão em atividades que, supostamente, até então, tinham cunho privado. Assim é que o

⁸ BIONI, Bruno Ricardo – *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 91.

⁹ *Ibid.*, p. 88.

¹⁰ Com vistas a elucidar a forte presença da tecnologia nas interações sociais, cito o seguinte exemplo adaptado: “Taylor Rodriguez prepara-se para uma rápida viagem de negócios. Ela já arrumou a mala na noite anterior da sua partida e a deixou do lado de fora da casa, em frente à porta, para que alguém a apanhasse. Não há preocupação de que ela seja roubada, pois, além das cameras das ruas estarem vigiando-a, cada item da sua mala possui etiquetas de radiofrequência. Eventual ladrão seria rastreado, juntamente com as roupas, e imediatamente detido. Quem vem apanhar a mala é a própria agência de viagens, mas que não necessitou das instruções com relação à data e hora, pois tais informações já haviam sido sincronizadas entre o calendário do smartphone de Taylor e o cadastro dela na agência. Na verdade, todo o itinerário da viagem está na nuvem - cloud computing -, de modo que a bagagem estará esperando por ela em seu hotel, no destino final da sua viagem. No dia seguinte, pela manhã, o chuveiro já está ligado e as torradas estão quase prontas, esperando pela Sra. Rodriguez. Todos os aparelhos da casa estão cronometrados com o itinerário da viagem. Inclusive, a sua geladeira, que já encomendou bacon e ovos ao supermercado, para quando Taylor retornar de viagem. Pouco mais de 30 (trinta) minutos, o táxi já está buzinando em frente à sua porta. O motorista já tem a rota do aeroporto e toca a playlist de músicas favoritas dela; mais uma vez todos os dados estão sendo compartilhados. É só descer do carro, o pagamento já foi realizado via cartão de crédito. Ela se dirige, então, diretamente ao portão de embarque, porque o aeroporto tem reconhecimento facial que faz o controle automatizado do acesso ao saguão. Enquanto Taylor espera para embarcar na aeronave, ela acessa a sua rede social e compartilha com/seus amigos o local para onde está viajando. Ela avança na suatimelmc e curte uma série de posts sobre os protestos que ocorreram na cidade ontem. Ela aproveita o tempo ocioso para convidar seu colega, que está esperando por ela para a reunião de trabalho, para um jantar. A cidade é reconhecida internacionalmente por seus restaurantes de fast food; eles já acordaram que vão sair da dieta. Nesse meio-tempo, já se passaram 30 (trinta) minutos e o seu relógio começa a apitar, ela tem que se movimentar e seguir a sua rotina de alongamentos. Ela não consegue, pois tem que entrar no avião e seguir viagem. O avião pousa. A Sra. Rodriguez chega finalmente ao seu destino e desativa o modo avião ao seu smartphone. Ela começa a receber anúncios de restaurantes de fast food, cuja localização é coincidentemente a cidade onde ela se encontra, bem como de livros sobre ativismo. Ela não tem que se preocupar com a reserva do restaurante, pois seu colega já o fizera, exceto pelo fato de que ela recebeu ofertas com preço superior ao que foi oferecido a ele. O seu relógio, que apitava momentos antes do embarque, já acrescentou mais 01 (um) quilômetro ao seu treino de corrida para amanhã de manhã, por conta da sua indisciplina registrada minutos antes do embarque. Na mesma hora, ela recebe um e-mail da sua seguradora com as novas condições contratuais para renovar seu plano de saúde. O prêmio sofreu um aumento fora dos patamares dos anos anteriores, pois, segundo a explicação da corretora, a propensão de ela adquirir algum problema de saúde aumentou”. *Ibid.*, p. 25-26.

compartilhamento de dados em larga escala e a busca por padrões sobre esses dados pode terminar por afetar, de maneira substancial, o exercício de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, como o respeito à vida privada, que será analisado mais adiante, e o livre desenvolvimento da personalidade, que engloba a autonomia individual e a autodeterminação, assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida¹¹.

A onipresença do ambiente digital incrementou-se ainda mais nos últimos anos com a necessidade de cumprir regras de confinamento e de distanciamento em prol do combate à pandemia¹², colocando-se ainda mais em evidência as discussões em torno da privacidade e da proteção de dados, nomeadamente no que diz respeito aos aplicativos de rastreamento de dispositivos móveis COVID-19, associado ao processamento de dados sensíveis de saúde¹³.

Ao mesmo tempo em que se efetua o processamento de dados em larga escala e se acentuam o controle e a vigilância dos empregadores sobre seus empregados, especialmente nos momentos de crise como o que ora se vivencia, cresce a ameaça aos direitos de personalidade dos cidadãos em geral e dos trabalhadores em específico, que detêm cada vez menos o controlo sobre os próprios dados¹⁴.

O permanente monitoramento por parte das empresas¹⁵, a partir da utilização das mais avançadas tecnologias, tem afetado intensamente as relações laborais e, conseqüentemente, repercutido sobre o exercício dos direitos fundamentais trabalhistas, tornando-se cada vez mais difícil a separação entre a vida privada e a vida profissional¹⁶.

¹¹ ACÓRDÃO Nº 288/1998 do Tribunal Constitucional.

¹² BARBOSA, Mafalda Miranda – *Direito (Civil) em tempos de pandemia*. 1ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2021. p. 83.

¹³ GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina – “A Portuguese approach to privacy in Covid-19 times: through the keyhole”. In HONDIUS, Ewoud [et al.]. *Coronavirus and the law in Europe*. Intersentia, 2021. p. 1012.

¹⁴ No modelo de negócio “tradicional, consumidores trocam uma quantia pecuniária por um bem de consumo. (...). Ao passo que, sob um novo modelo de negócio, consumidores não pagam em dinheiro pelos bens de consumo, eles cedem seus dados pessoais em troca de publicidade direcionada. (...). A formatação desse modelo de negócio confirma, portanto, a monetização dos dados pessoais, tornando coerente a *equação econômica* da grande gama de produtos e serviços que são ‘gratuitamente’ disponibilizados na Internet”. BIONI, Bruno Ricardo – *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 25-27.

¹⁵ “Para além da utilização de câmaras, e de instrumentos de controlo à distância como a instalação em veículos de empresa de tecnologia GPS a simples avaliação das consultas informáticas do trabalhador permite um ganho de conhecimento que se consubstancia em “poder” na relação laboral - com uma amplitude de vulto.” PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 728.

¹⁶ “New technologies have compounded the problems. Distance from the employer no longer provides any modicum of autonomy for the employee. Car and cellular telephones, as well as various kinds of beepers, allow managers to reach subordinates at home, during the night, or wherever they may be during the weekend. These practices, which are no longer limited to a few jobs in the security business, constitute a real threat to

Além desse esvaimento da noção de privacidade¹⁷, convive-se com a precarização da força de trabalho¹⁸ e com o aumento das taxas de adoecimento físico e mental dos trabalhadores^{19 20}.

Como era de se esperar, o aumento do uso da tecnologia digital durante a pandemia de COVID-19 trouxe à tona a necessidade de ampliar o escopo da privacidade e comprimir os direitos do empregador, especialmente quando o teletrabalho é realizado a partir de casa²¹. A crise tem sido utilizada como mais uma oportunidade para subordinar os trabalhadores individuais, os governos e até sociedades inteiras para responder às demandas mercadológicas do capitalismo global. Os custos de medidas de austeridade, orientadas pela contenção das despesas do Estado, privatização do setor público, aumento dos impostos, diminuição dos salários e liberalização do direito do trabalho, recaem sobre os indivíduos e podem promover, em última instância, a erosão dos direitos sociais e laborais²².

A redução da complexidade do social à neoliberalização laboral - acompanhada por práticas sociais de muitos empregadores orientadas pela seletividade, dissimulação, simulação e fraude à lei - subverte o carácter protetor do direito do trabalho à

the private life of the employee.” RAY, Jean-Emmanuel; ROJOT, Jacques – Worker Privacy in France. *Comparative Labor Law Journal*. Vol. 17, nº 1 (1995), p. 61-74.

¹⁷ “A informática entronizou-se como um verdadeiro símbolo da nossa cultura a tal ponto de se denominar a sociedade moderna como sociedade informática ou sociedade da informação e como era da Big Data, que coloca novos desafios à privacidade das pessoas em geral, e dos trabalhadores em especial, parecendo-se dar relevância ao valor económico relacionado com os dados pessoais e não ao seu valor jurídico”. A autora prossegue afirmando que “o computador transformou a economia, a sociedade, a cultura e, inclusive, o ser humano”. MOREIRA, Teresa Coelho – Dados pessoais: breve análise do art. 28º da Lei nº 58/2019, de 8 de agosto. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Ano XXVI, nº 55 (jul./dez. 2019), p. 41-62.

¹⁸ “La irrupción de la digitalización en el mundo del trabajo, tanto desde la perspectiva individual como de la colectiva, está provocando un profundo impacto transversal sobre el conjunto de las instituciones reguladoras de las relaciones laborales”. VILLALÓN, Jesús Cruz – “El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales”. In ROYO, Miguel Rodríguez-Piñero; SIGNES, Adrián Todolí (coords.) – *Vigilância y Control en el Derecho del Trabajo Digital*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2020. p. 35.

¹⁹ VIAPIANA, Vitória Nassar; GOMES, Rogério Miranda; Albuquerque, Guilherme Souza Cavalcanti de – Adoecimento psíquico na sociedade contemporânea: notas conceituais a teoria da determinação social do processo saúde-doença. *Saúde e Debate*. Rio de Janeiro. Vol. 42, Nº Especial (Dez. 2018), p. 175-186. [Consult. 10 Fev. 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/Y36fDqvZL5Js4nnWpXrYpBb/?lang=pt#>>.

²⁰ “Hoje se refere por vezes, a expressão *trabalhador-transparente* ou *trabalhador de vidro* que se apresenta numa espécie de *nudez tecnológica*, na medida em que existe uma automatização de dados sobre o trabalhador que, muitas vezes, incide sobre aspectos que fazem parte da sua privacidade e que, por isso, estão protegidos.” MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas implicações laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Nº 51 (2017), p. 13.

²¹ GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina – “A Portuguese approach to privacy in Covid-19 times: through the keyhole”. In HONDIUS, Ewoud [et al.]. *Coronavirus and the law in Europe*. Intersentia, 2021. p. 1024.

²² FERREIRA, António Casimiro – Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção. Coimbra: Vida Económica, 2012. p. 12-14.

parte mais débil no quadro das sociedades capitalistas e provoca um desequilíbrio entre liberdade e igualdade nas relações laborais²³.

A Declaração de Filadélfia adotada, em 10 de maio de 1944, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) assenta o princípio de que “o trabalho não é uma mercadoria” e estabelece a importância do valor do trabalho como mecanismo de redistribuição e promoção da justiça social. Este mesmo princípio é reforçado décadas mais tarde pela OIT na Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho, oportunidade em que se defendeu que “A gestão de algoritmos, a vigilância e o controlo através de sensores e de outras formas de monitorização, precisa de ser regulado para proteger a dignidade dos trabalhadores. O trabalho não é uma mercadoria; nem é um robô²⁴.

CASIMIRO FERREIRA alerta para a inversão desse espírito de Filadélfia a que se tem assistido nos dias atuais, ao observar que o direito tornou-se mais uma mercadoria a competir no mercado global onde os sistemas jurídicos mais adequados aos objetivos da rentabilidade financeira competem com os restantes fatores de produção²⁵. A precarização dos padrões laborais e a redução da qualidade de vida dos trabalhadores são valorados positivamente como um fator competitivo, provocando, com isso, a degradação do trabalho à escala global²⁶.

O direito do trabalho protagoniza várias tensões no seio da relação capital x trabalho. CASIMIRO FERREIRA ressalta a importância de uma organização justa do trabalho, alicerçada na presença dos valores éticos do respeito, da dignidade e da autoestima, elementos de uma ética cívica construída sobre a não dissociação entre a organização das sociedades e as suas dimensões normativas.”²⁷.

É, nessa perspectiva, com vistas a evitar que o trabalhador seja reduzido a um puro agente produtivo, submetendo a sua vida inteira, directa ou indirectamente, ao poder diretivo do empregador²⁸, que assenta a premissa de regulação e efetivação dos direitos

²³ FERREIRA, António Casimiro – Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção. Coimbra: Vida Económica, 2012. p. 87 e 94.

²⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL SOBRE O FUTURO DO TRABALHO – Trabalhar para um Futuro Melhor: Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho. Lisboa: OIT, 2019.

²⁵ FERREIRA, António Casimiro – *op. cit.*, p. 113.

²⁶ *Ibid.*, p. 129.

²⁷ *Ibid.*, p. 127.

²⁸ MOREIRA, Tereza Coelho – Da Esfera Privada do Trabalhador e Controlo do Empregador. *Studia Iuridica* 78. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 392.

sociais, nomeadamente o direito à proteção de dados, como expressão direta da própria personalidade da pessoa-trabalhadora²⁹.

A rápida evolução tecnológica criou novos desafios a propósito do direito da proteção dos dados pessoais, exigindo um quadro normativo sólido e que seja capaz de gerar a confiança necessária ao desenvolvimento da economia digital do mercado interno³⁰. É neste cenário que ganha relevância o estudo do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, que tem por objetivo contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares³¹.

3 A importância da tutela dos direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores face ao aumento do uso das tecnologias da informação

Embora a questão da proteção de dados não seja nova, ganhou especial relevância nos últimos anos com a entrada em vigor do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (UE) 2016/679 (RGPD), que, revogando a Diretiva 95/46/CE, tem previsão de aplicação direta nas ordens jurídicas nacionais dos Estados-Membros³².

A relevância do tema é corroborada pela Declaração do Centenário da OIT, aprovada na 108^a Conferência Internacional do Trabalho, a qual busca assegurar políticas e

²⁹ REIS, Beatriz de Felipe – *O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação*. Criciúma, 2019. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

³⁰ Considerando 7 do RGPD.

³¹ Considerando 2 do RGPD.

³² “Ocupam-se da protecção de dados pessoais no nosso ordenamento o art. 35.º da Constituição da República e, entre outras, as Leis n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da protecção de dados pessoais face à informática); n.º 41/2004, de 18 de Agosto, (Tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas); n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, (Informação genética pessoal e informação de saúde); Lei n.º 34/ 2013, de 16 de Maio – (Utilização de sistemas de videovigilância pelos serviços de segurança privada e de autoprotecção). No direito comunitário, esta matéria encontra-se ancorada em várias Directivas, cuja transposição é, de resto, a matriz da legislação ordinária portuguesa: Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, (Protecção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados); Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, (Comércio electrónico); Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, (Tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas); e a Directiva 2006/24/CE, de 15 de Março de 2006 (Conservação de dados das comunicações electrónicas e alteração da Directiva 2002/58/CE)”. REDINHA, Maria Regina Gomes – *Da Protecção da Personalidade no Código do Trabalho. Para Jorge Leite: escritos jurídico-laborais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 826-827.

medidas que garantam a privacidade adequada e a proteção de dados pessoais e respondam a desafios e oportunidades no mundo do trabalho decorrentes da transformação digital do trabalho, incluindo o trabalho em plataformas³³.

Como exposto no tópico anterior, uma das consequências que se observa a partir da globalização e do avanço digital e tecnológico é a ameaça a direitos e liberdades fundamentais, dentre os quais podemos citar a reserva da intimidade da vida privada e o livre desenvolvimento da personalidade. A partir de então, novos e complexos desafios surgem em torno da tutela dos direitos fundamentais.

O Direito do Trabalho foi um dos ramos jurídicos mais afetados pelos influxos tecnológicos, especialmente porque o tratamento de dados é uma consequência quase que natural das relações de trabalho, dado que é essencial a recolha de numerosas informações pelo empregador, tanto para o cumprimento de suas obrigações laborais como para o reconhecimento de direitos aos trabalhadores³⁴. Se por um lado é certo que o direito à vida íntima e privada não é um direito absoluto e o trabalhador precisa concordar que haja um certo grau de intrusão e conseqüentemente necessite compartilhar alguns dados pessoais com o seu empregador, por outro lado o empregador deve observar determinados limites no tratamento desses mesmos dados, sendo óbvio que o nível de intrusão tolerado dependerá muito da natureza do emprego, bem como das circunstâncias específicas que envolvam a relação de emprego³⁵.

O aumento do uso das tecnologias da informação³⁶ impulsionou o crescimento de questões relacionadas com a privacidade no ambiente de trabalho³⁷, intensificando-se, com isso, o enfoque sobre os direitos de personalidade do trabalhador no âmbito da relação laboral ou na chamada “cidadania na empresa”³⁸, que está associada à ideia de que o trabalhador não

³³ DECLARAÇÃO DO CENTENÁRIO DA OIT PARA O FUTURO DO TRABALHO: adotada pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 108ª sessão. União Geral de Trabalhadores (coord.). Lisboa. UGT, 2019. [Consult. 6 Jul. 2021]. Disponível em WWW: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_749807.pdf>.

³⁴ HERNÁIZ, Elisa Sierra – *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 120.

³⁵ Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do Art. 29. Parecer nº 8/2001, sobre o tratamento de dados pessoais no contexto laboral, adotado em 13 de setembro de 2001, WP 48, p. 19. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2001/wp48_en.pdf>.

³⁶ MOREIRA, Teresa Coelho – As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo eletrónico do empregador. *In Estudos do Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 11-34.

³⁷ Por vezes, esse nosso “Admirável” Mundo Novo do Trabalho mais parece um “Abominável” Mundo Novo do Trabalho. MOREIRA, Tereza Coelho – “Novas Tecnologias: Um Admirável Mundo Novo do Trabalho?”. *In Estudos do Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 15-52.

³⁸ ABRANTES, José João – Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 59 e ss. *Apud* LOPES, Sónia Kietzmann – Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à

perde o direito à individualidade, ou seja, de que não deixa de ser pessoa, só por estar integrado na empresa³⁹.

A tutela da reserva da intimidade da vida privada aplica-se, nos termos do art. 18, n. 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), às relações entre particulares⁴⁰, especialmente àquelas em que exista uma posição de supremacia no funcionamento da economia, a começar pelos empregadores no âmbito da relação laboral⁴¹. Com efeito, os atributos de personalidade do trabalhador são mantidos e reforçados em vista do potencial conflito dentro do contexto de emprego⁴².

Além disso, é preciso ter em mente que o respeito pelas liberdades e direitos fundamentais não têm início apenas quando do aperfeiçoamento da relação de trabalho. É, sobretudo, nas fases pré-contratuais, durante o processo de seleção ao emprego, quando o indivíduo está desempregado e, portanto, mais vulnerável, que carece de uma maior proteção.

Em suma, com o avanço das tecnologias da informação e o consequente aumento da circulação dos dados pessoais, inclusive no âmbito das relações laborais, urge a necessidade de reequacionamento dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o

luz do Código do Trabalho. In *Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador* (3ª ed.). *Centro de Estudos Judiciários*. Jun. 2019, p. 25-36. [Consult. 8 Jul. 2022]. Disponível em WWW:<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=guest>.

³⁹ “A inclusão dos artigos sobre direitos de personalidade no Código do Trabalho é expressão de uma certa constitucionalização da relação laboral e da noção de que não existe, por um lado, o trabalhador e, por outro, o cidadão, mas antes a pessoa que é simultaneamente cidadão e trabalhador subordinado, referindo-se à “presunção de liberdade”, que implica que qualquer restrição aos direitos fundamentais tem que ser justificada, adequada e proporcional face a outro valor que no caso concreto deva ser considerado mais importante”. COELHO, Diogo; VITORINO, José Miguel – Dos Direitos Fundamentais da vida privada do trabalhador e da sua tendencial limitação nas organizações de tendência. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Nº 49 (2017), p. 63-64.

⁴⁰ “Invoca-se, designadamente, a superação de uma perspectiva estritamente liberal – em que os direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos visavam defender o indivíduo perante o Estado, só ganhando sentido nas relações com este – e a constatação de que os direitos fundamentais têm como missão proteger a pessoa também contra os poderes existentes no âmbito da sociedade (sendo deste âmbito) que provêm também relevantes ameaças.” Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais: PINTO, Paulo Mota – In *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos. 2ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2018. p. 104-105.

⁴¹ “En esa clave, resulta de especial relevância el carácter irrenunciable otorgado a los derechos fundamentales, que presenta especial significación en el ámbito de las relaciones laborales, donde bien es conocido el débil juego de la autonomía individual de la voluntad. Ello comporta que la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales deba adquirir matices de intensidad superiores a los que con carácter general presenta la irrenunciabilidad de los derechos laborales contemplados en la legislación ordinaria”. VILLALÓN, Jesús Cruz – El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. In ROYO, Miguel Rodríguez-Piñero; SIGNES, Adrián Todolí (coords.) – *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2020. p. 40.

⁴² GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina – “A Portuguese approach to privacy in Covid-19 times: through the keyhole”. In HONDIUS, Ewoud [et al.]. *Coronavirus and the law in Europe*. Intersentia, 2021. p. 1018-1019.

direito à vida íntima e privada⁴³, que, por ter sido um dos direitos mais afetados, merecerá uma análise em apartado no tópico seguinte.

4 Relação entre o direito à privacidade e o direito à proteção de dados

O direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no art. 26 da CRP, tem sido caracterizado pelo Tribunal Constitucional, à falta de uma definição legal, como "o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular"⁴⁴. Compreende o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem⁴⁵.

Apesar de não ser fácil demarcar a linha divisória entre a vida privada e familiar e o âmbito mais ou menos aberto à publicidade - nomeadamente porque existem inúmeras variantes a serem consideradas, dentre as quais podemos destacar a exposição pública, a atividade profissional e os próprios limites que as pessoas traçam para sua privacidade⁴⁶ - a teoria das três esferas⁴⁷, caracterizada por distinguir entre as esferas íntima, privada e social, ajuda a compreender os limites deste direito. A esfera íntima corresponde ao "núcleo duro", "irredutível" do direito à reserva da intimidade da vida privada, reconhecido no artigo 26 da Lei Fundamental", insusceptível de ser contrapesado ou limitado "mesmo perante a invocação de um "interesse prevalente da comunidade" ou "interesse público de excepcional relevo"⁴⁸; a esfera privada admite ponderações de proporcionalidade; e a esfera

⁴³ A tutela da vida privada é, inclusive, reconhecida pelo considerando 4 do RGPD, que dispõe que "O presente regulamento respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais (...)".

⁴⁴ Ver acórdãos n.º 355/97, 128/92 e 319/95 do Tribunal Constitucional.

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 467.

⁴⁶ GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina – A Portuguese approach to privacy in Covid-19 times: through the keyhole. In HONDIUS, Ewoud [et al.]. *Coronavirus and the law in Europe*. Intersentia, 2021. p. 1012.

⁴⁷ A chamada "teoria dos círculos de proteção" ou "teoria das esferas" foi difundida por Heinrich Hubman, com o seu "Das Persönlichkeitrecht", de 1953, segundo o qual a preservação jurídica da personalidade contra a "massificação" e a "curiosidade" implica o reconhecimento na pessoa de três "círculos de proteção": "esfera individual", "esfera privada" e "esfera secreta". A primeira respeita ao ser individual integrado no mundo e ao seu valor singular na área pública, ao passo que as esferas "privada" e "secreta" se manifestam através da "proteção contra a área pública". Prossegue o autor afirmando que, apesar das críticas à teoria das esferas, o seu contributo é inegável, na medida em que os seus elementos se mostram ainda hoje como "paradigmas de apreciação da personalidade". PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 447-453.

⁴⁸ Acórdão 368/02 do Tribunal Constitucional.

social estaria já no campo do direito à imagem e à palavra e não do direito à intimidade da vida privada⁴⁹.

A proteção da intimidade da vida privada assume dimensão relevantíssima no contexto das relações jurídico-laborais, sendo objeto de desenvolvimento no quadro normativo estabelecido pelo Código do Trabalho (CT), que impede, em última medida, intromissões infundadas e excessivas da entidade empregadora sobre a vida privada e familiar dos trabalhadores (art. 16)⁵⁰.

Para além do “direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias”⁵¹ (vertente negativa), tende hoje a reconhecer-se, igualmente, uma outra dimensão de cariz positivo ou dinâmico, associada ao controle dos indivíduos das informações que lhe digam respeito, sejam essas informações de carácter íntimo ou não. É a propósito dessa nova dimensão que se depreende o direito à autodeterminação informacional, que nada mais é do que o direito de cada indivíduo dispor de maneira livre dos respectivos dados pessoais e, assim, determinar os termos de acesso e utilização desses mesmos dados⁵². O titular da informação começa a assumir um controle ativo sobre os seus dados, passa a ter o direito de ser informado com exatidão sobre as informações que são coletadas, quem as opera, para quem são transferidas e qual a finalidade do recolhimento.

É diante desse panorama que se impôs a necessidade de redefinição do conceito tradicional de privacidade, para que fosse capaz de assegurar uma proteção mais ampla e eficaz relativamente à circulação das informações pessoais⁵³, notadamente porque

⁴⁹ MEDEIROS, Rui – Anotação ao artigo 64º. In MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I, 2ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 620.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 623.

⁵¹ Acórdão nº 128/92 do Tribunal Constitucional.

⁵² MEDEIROS, Rui – *Op. cit.*, p. 620.

⁵³ COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação nas relações de trabalho em virtude da coleta de dados sensíveis. *Scientia Iuris*. Londrina. Vol. 21, nº 2 (Jul. 2017), p. 214-236. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2017v21n2p214>. Além disso, como adverte Pinheiro, “O uso precoce do ambiente digital conduz à ‘displacência própria da intimidade’. Não se pensa nas consequências da informação deixada no espaço global; o mais habitual consiste, até, em não adquirir consciência do facto de o nome, o endereço de correio electrónico e até a morada serem, na linguagem europeia, ‘dados pessoais’. Apenas quando sofre consequências – o caso típico situa-se no campo laboral – da colocação online de fotografias ou atitudes mais deslocadas do comum, o digital native enceta um processo de reflexão que pode conduzir a uma maior prudência futura (o que não apaga os conteúdos extraídos da rede e já armazenados por outros)”. PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 239.

tais informações representam a própria identidade dos indivíduos, são o prolongamento de sua personalidade⁵⁴.

4.1 O direito à proteção de dados como direito autônomo

Em que pese a relação existente entre o direito à privacidade e o direito à proteção de dados, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO ressalta que “a privacidade e os direitos à protecção e reserva da vida privada não ocupam o espaço próprio do direito à proteção de dados pessoais”. Segundo o autor, “a protecção de dados – *Datenschutz*, na terminologia original alemã – está associada a informação existente e conservada – informaticamente ou em ficheiros manuais – sobre o indivíduo e não ao seu desenvolvimento existencial, aos seus comportamentos adoptados enquanto tais ou socialmente projectados”⁵⁵.

Com efeito, não há coincidência absoluta entre os dados pessoais e a intimidade ou a vida privada das pessoas. É dizer, nem todos os dados pessoais são dados íntimos ou privados, tampouco a privacidade se restringe aos dados pessoais. Do mesmo modo que há dados que são públicos, há aspectos da vida privada que não constituem e nem se podem traduzir em dados pessoais, como é o caso do recinto doméstico. Para além disso, há dados pessoais que para determinados efeitos são considerados como dados privados e para outros são considerados como dados públicos⁵⁶.

Por conseguinte, o direito à reserva sobre a intimidade da privada e o direito à proteção de dados pessoais distinguem-se na sua formulação e alcance, projetando-se a tutela deste último a todas as operações e categorias de dados pessoais tratados independentemente da relação que se estabelece com a privacidade.

O direito à proteção dos dados pessoais não deve ser concebido como uma “mera “evolução do direito à privacidade”⁵⁷, ele possui uma “relação umbilical e directa” com

⁵⁴ “Privacy is not a fossilised concept but a dynamic notion that has been developing over decades in a non-linear way, adjusting to contemporary requirements of a complex global digital world.” GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina – “A Portuguese approach to privacy in Covid-19 times: through the keyhole”. In HONDIUS, Ewoud [et al.]. *Coronavirus and the law in Europe*. Intersentia, 2021. p. 1010.

⁵⁵ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 771.

⁵⁶ MURCIA, Joaquín García; CARDO, Iván Antonio Rodríguez – “Implicaciones laborales del Reglamento 2016/679 de la Unión Europea sobre Protección de datos personales”. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Ano 24, nº 51 (jul./dez. 2017), p. 36.

⁵⁷ BIONI, Bruno Ricardo – *Protecção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 92.

“integridade informacional”⁵⁸, na medida em que estabelece que o tratamento dos dados pessoais não deve afetar o desenvolvimento da personalidade humana⁵⁹, porém vai além da visão dicotômica público e privado⁶⁰. Outrossim, embora a tutela dos dados ligados a aspectos da vida íntima do indivíduo deva ser mais intensa, o direito à proteção dos dados pessoais não está circunscrito à zona restrita da intimidade, está, antes, identificado com o direito mais amplo da privacidade, na medida em que está relacionado aos traços identificadores de um sujeito e ao seu comportamento nas relações sociais, está preocupado no desenvolvimento da personalidade do indivíduo sem se expor ao público além do que se entende como conveniente.

Segundo ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, enquanto a autodeterminação informacional exprime-se como uma liberdade, a proteção de dados é pensada como uma garantia, o seu fundamento⁶¹. O direito à proteção de dados reveste a natureza de um direito complexo que integra diferentes posições jurídicas, sendo o direito de acesso e retificação dos dados ou até mesmo da oposição a decisões automatizadas diante de práticas discriminatórias bons exemplos de desdobramentos da sua concepção autónoma no âmbito dos direitos de personalidade⁶², que dada a sua importância para a sociedade atual, é concebido, nos dias atuais, como um verdadeiro “petróleo da internet”^{63,64}.

⁵⁸ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 771.

⁵⁹ “A pessoa humana é, pois, objeto de proteção jurídica como centro autónomo de decisão ou, também na expressiva formulação de Orlando de Carvalho, ‘raiz de um poder de autodeterminação’, conferindo-lhe o direito ao livre desenvolvimento a ‘abertura de um espaço livre para ‘auto-realização’ consciente e conformadora’.” PINTO, Paulo Mota – *In Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*. 2ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2018. p. 27.

⁶⁰ “Nada é privado nem público em si mesmo mas sim de forma contextualizada [...]. O espaço privado não é simplesmente o que resta quando o espaço público já não está presente, assim como o espaço público não é simplesmente o que resta quando o espaço privado já não está presente. Mesmo no espaço público a vida privada pode estar presente, como por exemplo um casamento, cujo cortejo a caminho da igreja é um ato público.” CORREIA, Victor – *Sobre a privacidade*. Óbidos: Sinapis, 2016. p. 44-55.

⁶¹ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Op. cit.*, p. 805.

⁶² “A dinâmica de proteção dos dados pessoais foge à dicotomia do público e do privado, diferenciando-se substancialmente do direito à privacidade. Propugnar que o direito à proteção os dados pessoais seria uma mera evolução do direito à privacidade é uma construção dogmática falha que dificulta a sua compreensão. (...) Além disso, observa-se que cada vez mais a atividade de tratamento de dados impacta a vida das pessoas, em particular quando elas são submetidas a processos de decisão automatizadas que irão definir seu próprio futuro. Nesse contexto, o direito à proteção de dados pessoais tutela a própria dimensão relacional da pessoa humana, em especial para que tais decisões não ocasionem práticas discriminatórias, o que extrapola e muito o âmbito da tutela do direito à privacidade”. BIONI, Bruno Ricardo – *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 98-99.

⁶³ Essa frase, originalmente em inglês, “Data is the new oil”, foi uma inspiração do matemático londrino, especialista em ciência de dados, Clive Humby. Ela agitou o mundo dos negócios e tornou-se um *buzzword*, adotado por consultores, executivos e profissionais ligados à transformação digital. Disponível em WWW: <<https://www.industria40.ind.br/artigo/20949-sim-dados-sao-novo->

O dado pessoal envolve tanto uma informação relativa à vida privada como à vida profissional e social⁶⁵. Ainda de acordo com ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO a distinção entre direito à proteção de dados, privacidade e vida privada manifesta-se a partir do próprio conceito de dado pessoal (“informação que identifica ou torna identificável uma pessoa”), pois, como se pode perceber, a reserva não se restringe apenas àquelas informações sensíveis – cujo âmbito de proteção está ligado à esfera mais pessoal e/ou íntima do titular de dados -, mas se estende a todos os dados individualizáveis⁶⁶, isto é, a toda informação que identifica ou torna identificável uma pessoa.

É bem certo que os dados pessoais sensíveis que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa, centro da temática do presente trabalho, são considerados uma categoria especial justamente por terem uma ligação intrínseca com a esfera mais íntima e privada do titular, mas, como dito, os dados pessoais não estão reduzidos a esta categoria.

De todo modo, apesar de o direito à proteção de dados se aproximar do direito à privacidade, porém com ele não se confundir, não há como negar que, em se tratando de dados sensíveis, em vista do tipo de informações que integram esta categoria, se avança, em simultâneo, ao domínio do direito à reserva da vida privada.

5 Breve evolução histórica da proteção de dados

O Direito da proteção de dados remonta à década de 60 do século passado, a partir do momento em que os avanços tecnológicos passaram a permitir o tratamento automatizado de dados em grande escala, em substituição ao tratamento manual⁶⁷.

Nos Estados Unidos da América, a discussão tem início a partir da Constituição, em 1965, do *Special Subcommittee on Invasion of Privacy*, que realizou uma série

petroleo#:~:text=Essa%20frase%2C%20originalmente%20em%20ingl%C3%AAs,profissionais%20ligados%20%C3%A0%20transforma%C3%A7%C3%A3o%20digital>. [Consult. 14 Mar. 2022].

⁶⁴ “Estes dados tornaram-se uma nova forma de economia e com um alto valor económico e social”. MOREIRA, Teresa Coelho – Dados pessoais: breve análise do art. 28º da Lei nº 58/2019, de 8 de agosto. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Ano XXVI, nº 55 (jul./dez. 2019), p. 43.

⁶⁵ CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 108.

⁶⁶ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 772.

⁶⁷ CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Op. cit.*, p. 53.

de audiências abordando o assunto e contribuiu de forma substantiva para o caminho legislativo percorrido pelo país a partir da década de 70 do século passado. Porém, até hoje, inexistente, no Direito da proteção de dados estado-unidense, um diploma geral análogo ao RGPD europeu, tendo-se privilegiado uma regulação sectorial⁶⁸.

Por sua vez, na Europa, a primeira legislação referente à proteção de dados foi aprovada no ano de 1970, pelo Parlamento do Estado de Hesse, qual seja, o *Hessisches Datenschutzgesetz* (HDSG), que, no entanto, estava circunscrito ao âmbito dos dados recolhidos e tratados por entidades públicas. Apenas em janeiro de 1977 é que foi aprovado o *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG), a Lei Federal de Proteção de Dados do Estado Alemão que, ao contrário dos diplomas estaduais que lhe precederam, seria aplicável a todos os tratamentos de dados, independentemente da natureza pública ou privada dos responsáveis pelo tratamento. Essa prática de enquadramento geral, que contrasta com o modelo tradicional estado-unidense, também foi experimentada pela Suécia, com a aprovação, em 1973, do *Datalog*⁶⁹.

Na década seguinte, as *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, da OCDE, de 23 de setembro de 1980, e a Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, contribuíram de forma decisiva para o processo evolutivo do Direito da proteção de dados, sendo esta última, inclusive, o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados⁷⁰, nos termos que mais adiante referiremos a propósito do arcabouço normativo do direito à proteção de dados.

Mas foi só em 1990 que a Comissão apresentou o primeiro projeto legislativo, que culminou, após longas negociações, na Diretriz n.º 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, que, mais tarde, seria revogada pelo então vigente RGPD.

⁶⁸ CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra, Almedina, 2020. p. 60-61.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 64-66.

⁷⁰ Disponível em WWW: <https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf>. [Consult. 18 Fev. 2022].

6 Arcabouço normativo do direito à proteção de dados

A discussão em torno da temática da proteção das liberdades fundamentais, nomeadamente da vida privada, frente aos perigos do avanço tecnológico, remonta ao final da década de 60 do século passado no âmbito do Conselho da Europa⁷¹.

Diante da conexão existente entre o direito à proteção de dados e o direito à privacidade, o TEDH tem invocado reiteradamente o ar. 8, n. 1, da CEDH, o qual estabelece que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. No entanto, apesar de a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo sobre o art. 8 da CEDH extrair a proteção de dados do direito à vida privada e familiar, ela distingue ambos os direitos, na perspectiva que virá a ser reconhecida nos arts. 7 e 8 da CDFUE⁷².

Importa destacar que a CEDH foi consagrada antes da utilização generalizada dos computadores, internet e dos assinaláveis progressos tecnológicos, que, como é sabido, aumentaram exponencialmente os riscos relativos ao direito à privacidade e justificaram a autonomização do direito à proteção de dados pessoais, cujo bem jurídico tutelado é a privacidade na sua dimensão de direito à autodeterminação informacional⁷³.

A Convenção 108 do Conselho da Europa, que, como já mencionado, foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados, teve por escopo garantir o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, especialmente o direito à vida privada, em face do tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal, conciliando-o com a liberdade de circulação da informação pessoal nos Estados signatários⁷⁴.

No âmbito da União Europeia, as bases do Direito da proteção de dados e dos direitos dos titulares de dados estão expressamente positivadas no art. 8 da Carta e no art. 16, n. 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), dispositivos estes que asseguram que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes

⁷¹ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 528.

⁷² *Ibid.*, p. 550.

⁷³ Disponível em WWW: <[http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/](http://julgar.pt/pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/)>. [Consult. 22 Mar. 2022].

⁷⁴ “Tal como posteriormente na Diretiva nº 95/46/CE (embora em termos distintos), o instrumento convencional mostra a necessidade de harmonizar direitos fundamentais com as vantagens económicas próprias de mercados abertos, onde a livre circulação de dados pessoais constitui um importante factor de gestão”. PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Op. cit.*, p. 538.

digam respeito”. Um dos destaques da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi justamente a elevação do conteúdo de proteção de dados ao âmbito do direito primário da União Europeia (art. 8), emancipando-o do direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 7), na perspectiva acima adiantada⁷⁵, tendo adquirido expressão de desenvolvimento no artigo 16 do TFUE.

O artigo 16 do TFUE é a base jurídica para o pacote de medidas sobre proteção de dados, adotado em maio de 2016, designadamente do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, que entrou em vigor, simultaneamente, em todos os Estados Membros da União Europeia no dia 25 de maio de 2016⁷⁶, sem necessidade de transposição para o direito interno, em atendimento ao desejo de 90% dos europeus de terem o mesmo nível de proteção dos dados pessoais em toda a UE, independentemente do lugar onde os dados são tratados⁷⁷.

O art. 1 do RGPD reflete a evolução dogmática em prol da autonomia do direito à proteção de dados, na medida em que, ao contrário do que se verificava na Diretiva 95/46/CE revogada, não faz qualquer alusão ao direito à vida privada⁷⁸.

Para além da infinidade de diplomas relativos ao Direito da proteção de dados no Direito da União⁷⁹, o Direito Português também conta com uma multiplicidade de normas que tratam da matéria, seja a nível geral, seja a nível especial.

⁷⁵ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 662.

⁷⁶ Disponível em WWW: <<http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>>. [Consult. 22 Mar. 2022].

⁷⁷ Disponível em WWW: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_pt>. [Consult. 22 Mar. 2022].

⁷⁸ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Protecção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 62.

⁷⁹ Entre os diplomas mais relevante no âmbito do Direito da União Europeia, o autor cita os seguintes: Regulamento (UE) 2018/1807, de 14 de novembro, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia; Regulamento (UE) 2018/1725, de 23 de outubro, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados; Regulamento (UE) n.º 611/2013, de 24 de junho, relativo às medidas aplicáveis à notificação da violação de dados pessoais em conformidade com a Diretriz 2002/58/CE relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas; Diretriz (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho; Diretriz n.º 2000/31/CE, de 8 de junho, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Diretriz do Comércio Eletrónico); Diretriz n.º 2002/58/CE, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretriz das Comunicações Eletrónicas). *Ibid.*, p. 71-72.

7 Conceptuologia do regime jurídico da proteção de dados

Além de trazer novidades no que concerne ao âmbito de aplicação e à exigência de um Encarregado de Proteção de Dados às empresas e instituições que procedam ao tratamento de dados em grande escala e em qualquer caso quando estejam perante o tratamento de dados sensíveis, a revisão e substituição da Diretiva n. 95/46/CE pelo então Regulamento surgiu da necessidade de harmonização dos diversos Direitos nacionais.

O então RGPD oferece definições acerca de conceitos básicos, no seu art. 4, para a melhor compreensão da matéria. O titular dos dados é a pessoa singular a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento, enquanto que o responsável pelo tratamento é, nos termos do n. 7 do art. 4 do RGPD, a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais.

Por sua vez, compreende-se por tratamento de dados, a teor do n. 2 do art. 4 do RGPD, uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição. Estamos diante de uma noção ampla de tratamento que engloba todo tipo de operações⁸⁴.

Objeto destas operações são os dados pessoais que compreendem, na aceção do art. 4, n. 1, RGPD, qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»), considerando-se identificável a pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular. Em síntese, os dados pessoais são informações vinculadas, direta ou indiretamente a determinado indivíduo, que revelam algo sobre ele⁸⁵.

⁸⁴ HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en La relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 27.

⁸⁵ MODESTO, Jessica Andrade; ERHADT JÚNIOR, Marcos – Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate à covid-19. In FARIAS, Rodrigo Nóbrega;

O Regulamento não dissemina de maneira metódica o conteúdo do direito à proteção de dados pessoais, mas nos socorrendo das suas diretrizes e das orientações jurisprudenciais, temos que esse direito contém dois grandes elementos: o direito a decidir e consentir sobre a obtenção e uso dos dados, e o direito a obter informação verdadeira e pontual acerca do seu tratamento e trajetória⁸⁶.

Para além disso, o direito à autodeterminação informativa pode apresentar diferentes facetas. O titular dos dados conta com os direitos de acesso, de retificação, de supressão, de limitação do tratamento, de portabilidade e de oposição (arts. 15 a 21, RGPD), além do direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis (art. 22, RGPD).

O Grupo de Trabalho do art. 29⁸⁷, ao analisar a definição de dados pessoais, esclarece que ela assenta em quatro pilares que estão intimamente relacionados e apoiam-se uns nos outros. Em primeiro lugar, “qualquer informação”; em segundo lugar, “relativa a”; em terceiro lugar, “identificada ou identificável”; e em quarto lugar, “pessoa singular”⁸⁸. Por prestígio ao poder de síntese do presente trabalho, não nos prolongaremos na análise de cada um desses pilares de forma isolada. Será feita uma análise sucinta e que aborde os aspectos mais relevantes para o estudo que ora se propõe.

O legislador comunitário optou por adotar uma noção ampla do conceito de dado pessoal, que não está circunscrita à esfera dos dados íntimos. Em verdade, abrange todos os aspectos relativos à pessoa, sejam familiares ou sociais, privados ou públicos, físicos ou mentais⁸⁹. A abrangência do conceito pode ser percebida inclusive a partir da diversidade de dados pessoais citados ao longo do RGPD: dados genéticos, dados biométricos, dados relativos à saúde, dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa, bem como relacionados com condenações penais e

MASCARENHAS, Igor de Lucena (orgs.) – *COVID-19: saúde, judicialização e pandemia*. Curitiba: Juruá Editora, 2020, p. 149.

⁸⁶ MURCIA, Joaquín García; CARDO, Iván Antonio Rodríguez – “Implicaciones laborales del Reglamento 2016/679 de la Unión Europea sobre Protección de datos personales”. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Ano 24, nº 51 (jul./dez. 2017), p. 49.

⁸⁷ Trata-se de um grupo criado pelo artigo 29.º da D 95/46 para aconselhar a Comissão e para contribuir para a aplicação uniforme das normas nacionais que procederam à transposição da D 95/46. O Comité é o sucessor do GT 29, devendo todas as referências normativas consignadas à D 95/46 e ao GT 29 ser entendidas, respectivamente, como remissões para o RGPD e para o Comité. CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 487.

⁸⁸ Disponível em WWW: <https://www.gpd.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf>. [Consult. 18 Jul. 2022].

⁸⁹ CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 108.

infrações. No contexto laboral, pode-se dizer que qualquer dado relativo ao trabalhador, seja pessoal ou profissional, está compreendido dentro da noção de dado pessoal.

Para que um dado seja considerado como dado pessoal, é preciso que a identificação seja alcançada sem esforços desproporcionados, considerando-se o conjunto de meios que podem ser razoavelmente utilizados pelo responsável do tratamento ou por qualquer pessoa para identificar o titular dos dados⁹⁰. Amparado no considerando 26 do RGPD, que faz referência aos meios suscetíveis de serem razoavelmente utilizados quer pelo responsável pelo tratamento quer por qualquer outra pessoa, o TJUE esclarece que não importa se todas as informações que permitem identificar a pessoa em causa estejam na posse de uma única pessoa⁹¹. Ademais, não é preciso que a informação veiculada de uma pessoa seja verídica, basta que os dados pessoais proporcionem informação⁹².

Sobre o conteúdo dessas informações, adquirem particular relevância os dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa, dados que são, pela sua natureza e segundo os termos do considerando 51, RGPD, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais.

Essa categoria de dados será objeto de aprofundamento mais adiante, mas já adiantamos que esses eles fazem parte de uma categoria especial devido a sua proximidade com a esfera mais íntima e privada do titular dos dados e dos riscos de discriminação e violação de liberdades e direitos fundamentais, cujo tratamento está sujeito a um regime jurídico qualificado ou superior relativamente ao tratamento dos demais dados.

8 Princípios relativos ao tratamento dos dados pessoais

Consoante o disposto no art. 5, n. 1, do RGPD, todo e qualquer tratamento de dados pessoais deve atentar aos princípios da licitude, lealdade e transparência, da limitação

⁹⁰ HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021. p. 26.

⁹¹ TJUE 19-out.-2016, proc. C-582/14 (Breyer).

⁹² HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Op. cit.* p. 22.

das finalidades, da minimização dos dados, da exatidão, da limitação da conservação e da integridade e confidencialidade.

O princípio da finalidade constitui princípio norteador da proteção de dados, na medida em que os demais princípios gravitam em torno dele. É dizer, os dados devem ser adequados, pertinentes e limitados em relação à finalidade perseguida; devem ser exatos e atualizados em função da finalidade; só devem ser conservados durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; e a finalidade pretendida tem de ser legítima, ou seja, deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico e respeitar os valores fundamentais⁹³.

De acordo com o princípio da limitação das finalidades, os dados pessoais apenas poderão ser recolhidos quando houver motivos determinados, explícitos e legítimos, não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades. Compreende-se que as finalidades prosseguidas devem ser determinadas antes de iniciado o tratamento, não bastando para o preenchimento deste requisito a utilização de expressões vagas como “melhorar a experiência dos utilizadores”, “fins publicitários” ou “segurança cibernética”; explícitas, devendo as finalidades eleitas ser informadas aos interessados; e legítimas, exigindo-se um respeito por todas as disposições legais em concreto aplicáveis⁹⁴.

O tratamento de dados será lícito se tiver como fundamento uma das alíneas do art. 6, n. 1, ou umas das alíneas do art. 9 ou no art. 10, RGPD - que dizem respeito, respectivamente, ao tratamento de dados sensíveis e a dados relacionados com condenações penais e infrações. Será leal na medida em que o tratamento deve atender ao mesmo tempo aos interesses dos responsáveis pelo tratamento e às expectativas legítimas dos titulares de dados. E será transparente quando todo o conteúdo das informações, durante todo o processo de tratamento, for transmitido aos titulares ou a terceiros⁹⁵, ou seja, o titular dos mesmos deve saber como, quando, onde e de que forma o tratamento é feito⁹⁶. Segundo DIOGO PEREIRA DUARTE, a informação prestada sobre o tratamento de dados pode, aliás, reconduzir a um maior equilíbrio entre os interesses legítimos do empregador e os direitos fundamentais dos trabalhadores (titulares de dados), consoante estabelecido pelo próprio art. 88, n. 2, RGPD⁹⁷.

⁹³ MOREIRA, Teresa Coelho – Dados pessoais: breve análise do art. 28º da Lei nº 58/2019, de 8 de agosto. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Ano XXVI, nº 55 (jul./dez. 2019), p. 54-55.

⁹⁴ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 104.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 103-104.

⁹⁶ MOREIRA, Teresa Coelho – *Op. cit.*, p. 54-55.

⁹⁷ DUARTE, Diogo Pereira – In CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 526.

O princípio da minimização dos dados assumiu contornos mais exigentes no Direito vigente se comparado aos termos da Diretiva 95/46/CE, pois agora utiliza-se a expressão “limitados ao que é necessário” em substituição à locução “não excessivos”. Diz-se que este princípio é composto por três elementos: *i)* adequação – impõe que a recolha e os demais tratamentos estejam enquadrados nas finalidades prosseguidas; *ii)* pertinência – exige que as atividades dos responsáveis contribuam para a prossecução das finalidades; e *iii)* limitação – o tratamento apenas será considerado juridicamente aceitável se não houver uma alternativa menos invasiva dos direitos dos titulares⁹⁸.

Já o princípio da exatidão apresenta as seguintes dimensões: *i)* proibição de recolha ou o armazenamento de dados incorretos; *ii)* atualização dos dados recolhidos sempre que necessário; e *iii)* dever de apagamento ou retificação dos dados incorretos, à luz das finalidades prosseguidas⁹⁹.

Segundo o princípio da limitação da conservação os dados devem ser mantidos durante o tempo estritamente necessário para o cumprimento da finalidade perseguida com o tratamento dos mesmos¹⁰⁰.

Os princípios da integridade e da confidencialidade são uma novidade do Direito vigente e mostram uma preocupação com a segurança dos dados ao estipular a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas¹⁰¹.

Em suma, as informações pessoais merecem ser tratadas com respeito ao princípio da boa fé, devem ser recolhidas para finalidade determinadas, não podendo ser posteriormente tratadas de forma incompatível com essas finalidades e devem ser adequadas, pertinentes e não excessivas relativamente às finalidades para que são recolhidas e posteriormente tratadas¹⁰².

Finalmente, consigna o art. 5, n. 2, RGPD, que o responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento dos princípios acima elencados e tem de poder prová-lo. Esta

⁹⁸ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 105.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 106.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 106.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 106.

¹⁰² LOPES, Sónia Kietzmann – Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho. In *Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador* (3ª ed.). *Centro de Estudos Judiciários*. Jun. 2019, p. 34. [Consult. 8 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=gues>.

previsão também é uma novidade trazida pelo legislador europeu e reforça as ideias de *compliance* e *accountability* que permeiam todo o RGPD¹⁰³.

O respeito a esse conjunto de princípios – que deve ocorrer para todo e qualquer processamento de dados, seja qual for a base legal de tratamento - está em consonância com a ideia da qualidade de tratamento dos dados pessoais e funciona como importante limite ao poder diretivo do empregador, especialmente quando está-se perante o tratamento de dados sensíveis, pois, como tem-se enfatizado, essa categoria de dados pode implicar riscos significativos de discriminação e de violação para os direitos e liberdades fundamentais, por estarem ligados mais diretamente à esfera mais íntima e privada do titular.

9 Os dados pessoais sensíveis

Como tem-se apontado, o direito à proteção de dados é concebido como o direito a manter o controlo sobre as próprias informações e determinar as modalidades de construção da própria identidade e da vida privada, tendo como objetivo não apenas a privacidade, mas também o livre desenvolvimento da personalidade humana, que somente é alcançado se o indivíduo decide por si mesmo a finalidade e a duração do tratamento de seus dados pessoais¹⁰⁴.

A Convenção n. 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, que remonta a 28 de janeiro de 1981, já disciplinava, no seu art. 6, sobre “categorias especiais de dados”, porém houve uma evolução, no sentido do seu alargamento, ao longo dos anos¹⁰⁵.

O art. 9 do RGPD estabelece que são dados sensíveis aqueles que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

¹⁰³ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 106-107.

¹⁰⁴ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. – “La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la relación laboral como derecho fundamental inespecífico: [Art. 18.4 CE y normas concordantes]”. In MONEREO PÉREZ, J.L.; VILA TIerno, F.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dir.). *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*. Comares: Granada, 2020. p. 328. *Apud* HERNÁIZ, Elisa Sierra – *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 318.

¹⁰⁵ Os dados genéticos, biométricos e orientação sexual não eram considerados dados sensíveis no artigo 8.º/1 da Diretiva de proteção de dados em comparação com o RGPD.

São merecedores de proteção reforçada, através da previsão de um regime jurídico restritivo aplicável ao seu processamento assim como do empoderamento do titular de dados, por pertencerem à esfera mais pessoal e privada do indivíduo, vinculada a sua dignidade, e cujo tratamento pode dar lugar a discriminações múltiplas¹⁰⁶. Por conseguinte, ante os impactos negativos que podem ser gerados na esfera jurídica pessoal do titular, a especial sensibilidade desta categoria de dados pessoais requer uma tutela qualificada.

As particularidades do regime de tratamento dos dados sensíveis encontram-se sobretudo nos fundamentos de licitude previstos no art. 9, n. 2, RGPD, donde se percebe, em confronto com o regime comum do art. 6, RGPD, um agravamento dos requisitos legais para o tratamento dos dados pessoais, justamente em virtude da sua natureza – a maioria dos dados sensíveis corresponde a direitos fundamentais – e aos riscos associados ao seu tratamento, em especial o de discriminação¹⁰⁷.

Na esteira do equilíbrio com outros direitos e liberdades fundamentais (considerando 4, RGPD), em que pese o direito à proteção de dados sensíveis ser um direito autónomo e independente, ele mantém estreita relação com os direitos à proteção da vida privada e familiar e da não discriminação¹⁰⁸. A interconexão entre esses direitos¹⁰⁹ opera contra possíveis intromissões empresariais que extrapolem o âmbito do exercício legítimo do poder de organização e direção empresarial ou exigências que excedam o normal exercício da prestação laboral¹¹⁰.

Enquanto os demais dados pessoais dizem respeito a qualquer informação que permita identificar uma pessoa, a categoria dos dados sensíveis estão ligados a situações de riscos de condutas discriminatórias e ataques à dignidade da pessoa humana¹¹¹. Segundo

¹⁰⁶ HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 57.

¹⁰⁷ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 136.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 136.

¹⁰⁹ “El empresario está obligado a adoptar las medidas necesarias para que la recogida, tratamiento y guarda de sus trabajadores se realice de una manera segura y con ello garantizar su inviolabilidad y privacidad para evitar que sean utilizados para sancionar o discriminar de forma encubierta a los trabajadores”. ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. – “La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la relación laboral como derecho fundamental inespecífico: [Art. 18.4 CE y normas concordantes]”. In MONEREO PÉREZ, J.L.; VILA TIerno, F.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dir.). *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*. Comares: Granada, 2020. p. 328. *Apud* HERNÁIZ, Elisa Sierra – *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021.

¹¹⁰ HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Op. cit.*, p. 66.

¹¹¹ “O conceito de dignidade da pessoa humana é, assim, elevado a valor fundamental que confere sentido e unidade às disposições constitucionais e, em particular às relativas aos direitos fundamentais. A Constituição Portuguesa, como outras constituições democráticas, incorpora, pois, como valor fundamental a referência à

MARIA DEL MAR CRESPI FERRIOL, enquanto os dados pessoais manifestam aspectos da nossa vida privada, os dados sensíveis revelam os aspectos mais íntimos da pessoa, aqueles absolutamente pessoais e intrínsecos de cada indivíduo, cuja divulgação indevida poderá afetar a sua esfera mais íntima, com todas as consequências que isso comporta¹¹².

Conquanto a proibição de não discriminação assuma especial relevância neste âmbito, a catalogação dos dados sensíveis também está centrada na natureza de direito fundamental daqueles dados, a situação de vulnerabilidade em que o titular dos dados se encontra (v.g. dados relativos à saúde) ou as potenciais consequências prejudiciais que resultem do seu tratamento¹¹³. O critério subjacente à classificação como sensível do dado pessoal será melhor analisada a propósito do tópico seguinte.

Por seu turno, uma vez autorizado o tratamento dessa categoria de dados, nas situações excepcionais contempladas pelo RGPD ou pela legislação específica dos Estados, é preciso atentar-se, ainda, às medidas adequadas para a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que o tratamento desses dados supõe um risco acrescido aos seus titulares. A especial sensibilidade em decorrência do perigo de vulnerar direitos fundamentais e liberdades dos indivíduos enseja a aplicação dos princípios gerais dos dados ordinários e normais reconhecidos no RGPD, porém reforçados mediante o estabelecimento de garantias adequadas¹¹⁴. A título exemplificativo, podemos mencionar a obrigatoriedade da realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados no caso de operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados (art. 30, n. 5, RGPD).

Feitas tais considerações, partamos para a análise do critério subjacente à delimitação dos dados pessoais como sensíveis, cuja proteção, como visto, se distingue pela sua superioridade em relação àquela que é conferida aos demais dados pessoais.

dignidade humana, elemento de unidade valorativa do sistema constitucional.” PINTO, Paulo Mota – *In Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*. 2ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2018. p. 9.

¹¹² CRESPI FERRIOL, Maria del Mar – “El tratamiento de los datos personales relativos a la salud de los trabajadores”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Nº 52 (2019), p. 257-298. [Consult. 18 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6876300>>. ISSN-e 1696-9626.

¹¹³ CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 133.

¹¹⁴ CRESPI FERRIOL, Maria del Mar – *Op. cit.*, p. 257-298.

9.1 O elenco dos dados pessoais sensíveis

O art. 9, n. 1, RGPD, estabelece uma proibição geral no tratamento dos dados¹¹⁵ que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

A partir deste dispositivo legal, vislumbram-se dois grupos. O primeiro diz respeito aos dados pessoais considerados sensíveis porque *são reveladores* da origem racial ou étnica, das opiniões políticas, das convicções religiosas ou filosóficas, ou da filiação sindical do titular de dados. O contexto assume papel relevante para a recondução à categoria deste primeiro grupo¹¹⁶. Já o segundo concerne aos dados genéticos, dados biométricos na medida em que identifiquem uma pessoa de forma inequívoca e dados *relativos* à saúde ou *relativos* à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa. Segundo ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “o primeiro grupo respeita a resultados decorrentes do tratamento e o segundo grupo a categorias de dados”¹¹⁷.

Devido à tutela reforçada que se concede à categoria especial de dados, faz-se necessário entender o critério que subjaz a qualificação de um dado como dado sensível. Apesar de o art. 9, n. 1, RGPD, elencar os dados que integram a categoria especial, não traz uma definição do que venham a ser esses dados, tampouco uma justificação para o seu tratamento específico¹¹⁸. Limitou-se, apenas, a enumerá-los e estabelecer restrições ao seu tratamento. Caberá, portanto, ao intérprete densificar tal delimitação, a fim de proporcionar uma tutela adequada a essa categoria de dados, de antemão robustecida pelo princípio da proibição geral de processamento de dados sensíveis.

¹¹⁵ A proibição geral de tratamento das categorias especiais de dados deve ser entendida como uma salvaguarda de direitos fundamentais em face do tratamento de dados pessoais, que se traduz na necessidade de preencher um dos fundamentos jurídicos (ou finalidades admissíveis) previstos no n.º 2, que nada mais constituem do que ponderações do legislador comunitário em relação a restrições a direitos fundamentais. PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 237.

¹¹⁶ “[...] o estado civil permite identificar a orientação sexual, o mesmo se verificando, por exemplo, com a frequência de um determinado estabelecimento ou com a participação numa manifestação ou num evento de cariz político; o nome e a morada podem igualmente revelar a origem racial ou étnica do seu titular.” CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 133-134. No mesmo sentido, vide Dissertação Inês Lopes.

¹¹⁷ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 133.

¹¹⁸ HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 53.

A primeira dificuldade reside na infinidade de informações que revelam a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical do titular de dados. Se entendermos que qualquer informação reveladora desses dados seja considerada sensível, poderíamos chegar ao excesso de tratar algumas informações, mesmo as mais triviais, tais como o nome, a língua e a nacionalidade, como sensíveis e sujeitas à proibição geral de tratamento¹¹⁹. Porém, cremos que essa não foi a intenção do legislador europeu. A nosso ver, a extensão da categoria dos dados sensíveis a esse ponto pode ser fonte de grave insegurança jurídica, pois, com o avanço da tecnologia e da possibilidade de cruzamento de informações, passariam a ser considerados como dados sensíveis desde os dados mais anódinos, o que minaria, em última instância, o próprio espírito do RGPD, que é também proporcionar a livre circulação dos dados.

A imprecisão da redação do art. 9, n. 1, RGPD, pode ser percebida a partir da referência do Grupo de Trabalho do Art. 29º à criação de dados de categorias especiais por inferência, ou seja, a partir de dados que não sejam dados de categorias especiais *per se*, mas que passem a sê-lo quando combinados com outros dados. Como exemplo cita a inferência do estado de saúde de uma pessoa a partir de registos das suas compras de produtos alimentares, associados com dados relativos à qualidade e ao valor energético dos alimentos¹²⁰.

ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO também alerta para o fato de que um conjunto de dados não sensíveis devidamente organizado e tratado pode implicar resultados mais intrusivos do que propriamente o tratamento de dados classificados como sensíveis. Segundo o autor, a classificação dos dados como sensíveis pode ser ilusória¹²¹, na medida em que a possibilidade de cruzar ou de proceder a interconexões, na era do *big data*, pode tornar uma informação de caráter aparentemente “bagatelar” num elemento potencialmente sensível¹²².

Considerações como as que foram expostas acima podem resultar, como dissemos, num alargamento excessivo na qualificação dos dados sensíveis, ao incluir nessa categoria especial desde as informações mais correntes e que apenas com grande esforço e dependendo das tecnologias empregadas possam revelar informações sensíveis. Entendemos

¹¹⁹ LOPES, Inês Maria Oliveira Gomes Camarinha – *O RGPD e a proteção dos dados sensíveis dos menores*. Porto: 17 Dez. 2020. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto. p. 8.

¹²⁰ “Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679” do Grupo de Trabalho do Artigo 29º de 6 de fevereiro de 2018, p. 16-17.

¹²¹ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 648.

¹²² GONÇALVES, Maria Eduarda. A Protecção de dados Pessoais em Direito Internacional e em Direito Interno. RMP. Ano 10, nº 40 (1989), p. 19 *Apud* PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 642.

que não basta um indício ou um reduzido grau de probabilidade, deduzido a partir de informação que revele a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, para que um dado seja qualificado como sensível. É preciso analisar, no caso em concreto, a eficácia real do tratamento destes dados na identificação de um dado sensível¹²³. A consideração em abstrato de que informações triviais ou do quotidiano possam revelar a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical do titular de dados pode resvalar em conclusões inverídicas sobre o titular e gerar dados pessoais inexatos¹²⁴.

O considerando 51, RGPD, pode funcionar como baliza interpretativa para a imprecisão contida na redação da norma do art. 9, n. 1, RGPD, no que concerne aos dados pessoais considerados sensíveis que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical do titular de dados, ao estabelecer que “merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais”.

Ora, diversamente do que sucede a partir da leitura isolada do art. 9, n. 1, RGPD, que, como visto, permite uma interpretação muito ampla e imprecisa dos dados pessoais considerados sensíveis que revelem aquelas características, o considerando 51, RGPD, se mostra mais restrito quanto ao critério que subjaz aquela qualificação, ao exigir que se tratem de dados “que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais”. Daí também se compreende que nem todas as informações que contendem com direitos e liberdades fundamentais devem ser consideradas sensíveis, mas apenas aquelas que sejam, pela sua natureza ou na sua essência, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, estando excluídas, portanto, aquelas informações triviais ou quotidianas que apenas em resultado de deduções sobre as mesmas e com bastante esforço possam revelar algum dado mais sensível do titular. Assim sendo, no nosso entendimento, os registos de compras de produtos alimentares não devem ser considerados dados sensíveis, mesmo que, associados a outras informações, sejam capazes de revelar o estado de saúde do indivíduo. Do mesmo modo, apesar de o género ou a

¹²³ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 134.

¹²⁴ LOPES, Inês Maria Oliveira Gomes Camarinha – *O RGPD e a proteção dos dados sensíveis dos menores*. Porto: 17 Dez. 2020. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto. p. 8.

idade do titular de dados consistirem em dados pessoais que comportam um risco para o direito fundamental à não discriminação (art. 26 da CRP e art. 21 da CDFUE), tais dados também não devem ser considerados informações particularmente sensíveis, antes pelo contrário, mostram-se triviais¹²⁵.

Outrossim, apesar de muitas vezes haver confusão entre a qualificação de um dado como sensível e o risco de discriminação que ele comporta, há de ter em mente que o suposto risco de discriminação do titular de dados não deve ser fator decisivo para a qualificação de um dado como sensível, sob pena de incorrer-se no mesmo excesso que se tem alertado a partir da leitura isolada do art. 9, n. 1, RGPD, para o qual bastaria que os dados pessoais “revelem” a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical¹²⁶. Da mesma forma que uma informação que contende com um direito ou liberdade fundamental não será necessariamente sensível, também não poderá ser enquadrada como tal pelo simples fato de possuir potencial discriminatório. Desse modo, mesmo que se possa inferir, por exemplo, a origem racial do titular dos dados, a partir do conhecimento do seu nome, da sua residência e da sua condição social, e que tal possa resultar em prática discriminatória, o processamento daqueles dados permanecerá acobertado pelo regime dos dados não sensíveis.

Ainda no que concerne aos dados reveladores da origem racial ou étnica, das opiniões políticas, das convicções religiosas ou filosóficas, ou da filiação sindical do titular de dados, importa, também, ter em conta o contexto no qual os dados são tratados. Se indiretamente o responsável pelo tratamento obtém informações que, no contexto da finalidade em que são tratadas, são particularmente associadas às descritas categorias de dados pessoais sensíveis, então será aplicável o regime da proibição geral do art. 9, n. 1, RGPD.¹²⁷ Segundo esta linha de raciocínio, se o conhecimento da origem racial ou étnica, das opiniões políticas, das convicções religiosas ou filosóficas, ou da filiação sindical do titular de dados ocorrer num contexto associado às descritas categorias de dados pessoais sensíveis, então o dado será considerado sensível; em diferentes contextos (v.g. conhecimento da cor da pele do consumidor para a venda de produtos de maquiagem), o dado não será qualificado como tal, pois, neste caso, o que está subjacente é a venda de um bem.

¹²⁵ LOPES, Inês Maria Oliveira Gomes Camarinha – *O RGPD e a proteção dos dados sensíveis dos menores*. Porto: 17 Dez. 2020. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto. p. 12.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 15.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 13.

De outra parte, se por um lado pode-se dizer que o art. 9, n. 1, RGPD, peca pelo excesso, também pode-se afirmar que o dispositivo peca por defeito, pois deixa de fora de sua previsão informações que apresentam um grande risco para os direitos e liberdades fundamentais (v.g. geolocalização, informações que revelam o histórico criminal de uma pessoa¹²⁸ ou o vínculo de filiação de uma criança)¹²⁹.

Deve-se avaliar se o dado tratado é sensível do ponto de vista material, ou seja, se o dado, pela sua natureza, é especialmente sensível do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dentro do contexto em que foi coletado. Outrossim, é precipitado dizer que um dado não deve ser considerado sensível só porque não está inserido no elenco formal do dispositivo do art. 9, RGPD, sob pena de deixar desamparadas claras situações de discriminação¹³⁰.

No tocante ao segundo grupo de dados pessoais sensíveis, a saber, aquelas informações que são relativas à saúde, à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa, o critério subjacente é mais direto, não sendo necessário recorrer-se ao considerando 51, RGPD. Neste caso, para que sejam consideradas sensíveis, bastará, de modo objetivo, que as informações sejam relativas à saúde, orientação sexual ou vida sexual do titular de dados¹³¹.

9.2 A tutela dos dados especialmente sensíveis dos trabalhadores

O direito à proteção de dados é um direito autónomo que visa controlar o fluxo de informações que digam respeito a uma determinada pessoa, relacionadas ou não ao âmbito mais estrito de sua intimidade, para assim preservar o pleno exercício de seus direitos e evitar que a informatização de seus dados pessoais implique comportamentos discriminatórios¹³².

Paralelamente ao avanço dos instrumentos tecnológicos, que oferecem a possibilidade de reunir e de cruzar informações, propiciando o acesso aos nossos mais íntimos segredos, incluindo a descoberta de riscos de doenças, escolhas reprodutivas e informações

¹²⁸ Os dados relativos à prática de crimes não são considerados dados pertencentes à “categoria especial”, todavia pertencem a um regime distinto dos dados não sensíveis, previsto no art. 10º do RGPD.

¹²⁹ LOPES, Inês Maria Oliveira Gomes Camarinha – *O RGPD e a proteção dos dados sensíveis dos menores*. Porto: 17 Dez. 2020. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto. p. 9-10.

¹³⁰ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 88.

¹³¹ LOPES, Inês Maria Oliveira Gomes Camarinha – *Op. cit.*, p. 8.

¹³² HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 102.

que dizem respeito às nossas relações mais pessoais, verifica-se uma ingerência cada vez maior das empresas na vida privada dos seus funcionários¹³³.

Ao mesmo tempo em que as ferramentas tecnológicas podem trazer vantagens competitivas para o empresário, se utilizadas inadequadamente, elas também podem ser responsáveis por provocar sérias ameaças aos direitos de personalidade do trabalhador e culminar em atos ilícitos de ordem discriminatória inclusive no âmbito extra-laboral, especialmente quando desembocam na esfera dos dados sensíveis¹³⁴.

Como já fora advertido, o ordenamento jurídico trabalhista constitui um dos campos específicos de aplicação do RGPD, uma vez que incumbe ao empregador, para a correta execução do contrato de trabalho, conhecer e tratar uma infinidade de dados pessoais de seus empregados (v.g., acompanhamento da produtividade e do estado de saúde do empregado). Na realidade, antes mesmo de o contrato ser firmado, no decorrer do processo de seleção para o emprego, já são realizadas uma série de operações sobre os dados pessoais dos candidatos à vaga (v.g., através da análise do currículo, dos dados de saúde, do registro criminal e da investigação das redes sociais).

Diante da importância que o tratamento de dados pessoais assume no contexto laboral, o RGPD possui previsão específica, no art. 88, no sentido de que os Estados-Membros possam estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho¹³⁵.

Em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, como no caso das relações laborais, justifica-se uma proteção jurídica ainda mais reforçada do ponto de vista do tratamento dos dados,

¹³³ AREHEART, Bradley A., ROBERTS, Jessica L – GINA, Big Data, and the Future of Employee Privacy. *The Yale Law Journal*. Vol. 128, nº 3 (2019), p. 710-791. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: https://www.yalelawjournal.org/pdf/AreheartRoberts_a2gvpzai.pdf.

¹³⁴ COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação nas relações de trabalho em virtude da coleta de dados sensíveis. *Scientia Iuris*. Londrina. Vol. 21, nº 2 (Jul. 2017), p. 214-236. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2017v21n2p214>.

¹³⁵ “A diversidade de setores e ramos de atividade gera necessidades distintas de tratamento de dados, no que tange à quantidade de dados, à extensão do tratamento, ao fundamento jurídico, ou ao prazo de conservação. Destarte, as atividades que pressuponham tratamento de dados pessoais, e em particular de dados sensíveis, deveriam regulamentar o tratamento de dados, nomeadamente em sede de instrumento de regulamentação coletiva”. PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 665.

sobretudo se esse tratamento envolver informações pertencentes à categoria dos dados sensíveis.

Nesta senda, considerando-se que os dados sensíveis merecem uma proteção específica, por serem especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais e o seu tratamento poder implicar riscos significativos para o direito à reserva da vida privada, o legislador comunitário consagrou, como regra geral, a proibição para o seu processamento (art. 9, n. 1, RGPD), a menos que se verifique um dos casos de derrogação previstos no art. 9, n. 2, RGPD¹³⁶, dentre os quais, pela conexão direta com o contexto laboral, destaco as seguintes: o tratamento for necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral” (letra “b”) ou se “o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico” (letra “h”).

Todo e qualquer tratamento de dados pessoais, o que, obviamente, inclui os dados sensíveis inseridos no contexto laboral, deve observar os princípios gerais de proteção de dados, os quais correspondem ao elemento vital de proteção que o Regulamento confere aos trabalhadores em relação ao tratamento dos seus dados pessoais¹³⁷.

O acesso às informações sensíveis deverá ser realizado da maneira mais objetiva e menos invasiva possível, sendo o tratamento limitado aos casos diretamente relacionados ao cumprimento das obrigações empresariais ou ao exercício dos direitos das pessoas trabalhadoras¹³⁸.

Neste ponto, importa notar que nem todos os dados sensíveis possuem a mesma relevância no contexto laboral, porquanto alguns possuem uma incidência mais direta e necessária (v.g., dados que revelam filiação sindical, dados biométricos ou relativos à saúde) do que outros (v.g., dados que revelam a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as

¹³⁶ “As exceções à proibição do tratamento de dados pessoais constituem-se estruturalmente como causas de exclusão da ilicitude, no sentido em que um tratamento de dados que, em princípio, seria ilícito cede perante a preponderância de um interesse proporcionalmente mais relevante, que justifica o tratamento”. PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 238.

¹³⁷ Os dados pessoais mantidos por um empregador podem, por exemplo, ser excessivos, mesmo que tenham sido fornecidos voluntariamente por um trabalhador que tenha dado consentimento para sua detenção. De acordo com o Parecer nº 8/2001, sobre o tratamento de dados pessoais no contexto laboral, adotado em 13 de setembro de 2001, WP 48, p. 18. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2001/wp48_en.pdf>.

¹³⁸ HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 80.

convicções religiosas ou filosóficas ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa)¹³⁹. Assim, ressalvadas algumas situações muito específicas, a exemplo do que acontece em empresas de tendência¹⁴⁰¹⁴¹, pode-se dizer que, *a priori*, não haverá um interesse legítimo em relação ao tratamento desses últimos dados no contexto laboral. Com efeito, fatos da vida privada que não apresentam qualquer conexão com a vida profissional nem são capazes de destruir a confiança recíproca ou a boa-fé contratual não devem ser relevados para o cumprimento da prestação. O poder directivo do empregador, que se destina a assegurar o bom funcionamento do empreendimento, possui limites resultantes dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa- trabalhadora, apenas assumindo relevância aqueles comportamentos extralaborais do trabalhador que incidam directamente sobre a sua aptidão profissional¹⁴².

Como bem adverte ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, o grau de “intimidade” da informação deve levar em consideração o princípio da finalidade, ou seja, o motivo que justifica o tratamento dos dados¹⁴³, de modo que, para que o tratamento dos dados pessoais seja considerado legítimo, deve-se atentar para o princípio da proporcionalidade e verificar se há conexão entre a informação objeto de tratamento e a finalidade para a qual a informação é recolhida.

Em suma, para além das objeções gerais ao tratamento de dados, há de serem adotadas especiais cautelas quando se tem em mira o processamento de dados pessoais dos trabalhadores, sobretudo se eles pertencerem à categoria especial, pois, como temos insistido, os dados enquadrados nesta categoria são merecedores de uma proteção superior ou qualificada relativamente ao tratamento dos demais dados pessoais.

¹³⁹ HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021. p. 87.

¹⁴⁰ Ainda que não haja qualquer preceito no ordenamento jurídico português que defina precisamente o que é uma empresa de tendência, deve ser considerada como tal aquela que tenha como característica o desenvolvimento de uma atividade em que a fidelidade a certos princípios ideológicos (inspirados em ideias externa e claramente reconhecíveis) ou religiosos possuem um papel fundamental. REIS, Raquel Tavares – *Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência: que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais do trabalho?* Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 171-175.

¹⁴¹ “In a decision of 20 November 1986, a case concerning a professor of Protestant Theology who had changed her religious affiliation, the Supreme Court ruled that ‘section 122-45 is not applicable when the employee, having been hired for a task which necessitates that she be in harmony of thought and faith with her employer, disregards the obligations born of this commitment.’”. Exemplos citados pelos autores: RAY, Jean-Emmanuel; ROJOT, Jacques – “Worker Privacy in France”. *Comparative Labor Law Journal*. Vol. 17, nº 1 (1995), p. 61-74.

¹⁴² COELHO, Diogo; VITORINO, José Miguel – Dos direitos fundamentais da vida privada do trabalhador e da sua tendencial limitação nas organizações de tendência. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Nº 49 (2017), p. 60.

¹⁴³ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 805.

10 Os limites da indisponibilidade no contexto laboral

Ante a existência da desigualdade de poder entre as partes no contrato de trabalho e a irrefutável superioridade do poder de barganha do empregador, o consentimento assume contornos problemáticos nesse tipo de contrato. Existe a suspeita de que quando um empregado renuncia a um direito trabalhista, essa renúncia não é fruto de uma escolha verdadeiramente livre, especialmente porque a legislação trabalhista foi pensada para proteger a parte mais fraca, no caso o empregado. Como diria MARX, “the appearance of independence is maintained [...] by the legal fiction of a contract”¹⁴⁴. A liberdade de consentimento não passa, portanto, de uma mera ficção no mundo jurídico.

O contrato de trabalho configura situação ambivalente, pois ao mesmo tempo em que não é possível falar de absoluta liberdade (v.g. comprar um sorvete e *business-to-business* em mercados competitivos), na maioria dos casos também não será possível dizer que há completa coerção (v.g. uma arma apontada para a cabeça). E, mesmo dentro da categoria dos contratos de trabalho, há inúmeras variáveis que merecem ser ponderadas quando da análise da liberdade do consentimento (v.g. se o empregado é qualificado ou não, se recebe altos ou baixos salários, etc)¹⁴⁵.

Segundo DAVIDOV pode-se até supor que há uma certa liberdade quando é feito um acordo que vai além do mínimo legal, mas, mesmo nestes casos, a subordinação continua presente, e mesmo que o empregado tenha uma forte segurança no trabalho que o permita negar algo proposto pelo empregador sem medo de ser demitido, há outros elementos que vão pesar na sua decisão e assim farão com que ela não seja totalmente livre (v.g. aspiração de uma promoção no trabalho)¹⁴⁶.

DAVIDOV defende que a previsão de um mínimo não renunciável não prejudica a autonomia do empregado, mas, antes, a assegura, na medida em que a regulação trabalhista tem por objetivo fortalecer a dignidade e a liberdade substancial dos trabalhadores, impedindo-os de fazerem escolhas sob a ameaça de coerção. Segundo o autor, essa intervenção paternalista se justifica para fazer frente a situações em que uma pessoa concorda

¹⁴⁴ MARX, Karl – *O Capital*: Vol: 1. Editora Nova Cultural, [(1867:197)1996], p. 719.

¹⁴⁵ DAVIDOV, Guy – *7º Encontro Ibérico Transformações Recentes*. [Consult. 9 Maio 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.youtube.com/watch?v=0Y8b0o7TLPA&t=8288s>>. Vide também DAVIDOV, Guy – Non-waivability in Labour Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 40, nº 3 (2020), p. 482–507. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa016>.

¹⁴⁶ DAVIDOV, Guy – *7º Encontro Ibérico Transformações Recentes*. [Consult. 9 Maio 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.youtube.com/watch?v=0Y8b0o7TLPA&t=8288s>>.

em limitar sua própria liberdade ou o seu bem estar (v.g., caso de um trabalhador que concorda em submeter-se à possibilidade de dispensas arbitrárias ou discriminatórias em ordenamentos que proíbem esse tipo de dispensa), quando se está perante escolhas baseadas em informações incompletas ou baseadas na confiança e segurança inerentes ao contrato de trabalho, ou quando há um risco de dano para familiares, outros funcionários ou até mesmo para a sociedade em geral (v.g., caso se permita que um funcionário aceite trabalhar recebendo menos do que um salário mínimo, essa sua decisão individual causará um impacto direto sobre todos os demais funcionários, que passarão a ser pressionados, direta ou indiretamente, a também renunciarem de seus direitos trabalhistas). Para o autor, parte do problema pode ser solucionado por meio da criação de um mínimo não renunciável¹⁴⁷.

Porém, de acordo com os ensinamentos do mesmo autor, essa solução não é suficiente, pois em determinadas circunstâncias o consentimento importa e não será possível identificar uma completa coerção. Assim, DAVIDOV propõe uma abordagem alternativa, que parte do princípio de que se não forem observadas determinadas condições ou regras haverá mais chances de que o consentimento dado naqueles moldes não foi válido. Ele divide essas condições em regras procedimentais (projetadas para suportar o consentimento livre e informado tanto quanto possível) e regras substantivas (projetadas para invalidar termos inaceitáveis). Dentre as regras procedimentais estão a renúncia explícita e escrita, a utilização de linguagem simples e a indicação do valor monetário da renúncia, o aconselhamento especializado independente antes da decisão, a concessão de prazo para reflexão, a possibilidade de o empregado revogar o consentimento a qualquer tempo ou a expiração do consentimento depois de um certo período, a negociação coletiva e a aprovação pelo poder público, sendo essas duas últimas proteções consideradas mais fortes do que as demais, por contarem com uma validação externa. E entre as regras substantivas são citados os testes de proporcionalidade e o padrão de racionalidade¹⁴⁸.

Para DAVIDOV a combinação entre as regras procedimentais (“procedural rules”) e as regras substantivas (“substantive rules”) é a melhor forma de encarar o problema, pois aumenta-se a probabilidade de o consentimento ser livre e informado e de serem invalidados acordos inaceitáveis.

¹⁴⁷ DAVIDOV, Guy – Non-waivability in Labour Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 40, nº 3 (2020), p. 10-18. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa016>.

¹⁴⁸ *Id.* – 7º Encontro Ibérico Transformações Recentes. [Consult. 9 Maio 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.youtube.com/watch?v=0Y8b0o7TLPA&t=8288s>>.

Deve-se partir da presunção de que qualquer renúncia a direito trabalhista é imposta ao trabalhador, incumbindo ao empregador provar o contrário. Assim, não observadas as justificações procedimentais e/ou substantivas, é aconselhável que o consentimento dado pelo empregado seja invalidado.

Segundo MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA REDINHA, a renúncia será admissível se não houver ofensa à dignidade humana e quando for resultado da expressão de consentimento livre e informado¹⁴⁹. Isso significa dizer que o desequilíbrio de poder inerente à relação laboral não inibe a liberdade de escolha do empregado perante toda e qualquer circunstância, mas o empregador precisa adotar as salvaguardas adequadas.

Nos tópicos que se seguem abordaremos mais detidamente o consentimento do trabalhador como base legal de tratamento dos seus dados pessoais.

10.1 Delimitação temática do consentimento

Embora o consentimento já estivesse previsto em algumas legislações nacionais como um dos fundamentos legais para o tratamento de dados pessoais desde os anos setenta, esta abordagem não encontrou expressão na Convenção n. 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, considerado o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados.¹⁵⁰

No âmbito da União Europeia, entretanto, desde o início do processo legislativo que culminou com a Directiva 95/46/CE, o consentimento apareceu como fundamento legal para o tratamento de dados. Ele também está amparado no art. 8, n. 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabelece, desde logo, que esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei, bem como no n. 3 do art. 35 da CRP.

¹⁴⁹ GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina – “A Portuguese approach to privacy in Covid-19 times: through the keyhole”. In HONDIUS, Ewoud [et al.]. *Coronavirus and the law in Europe*. Intersentia, 2021. p. 1022.

¹⁵⁰ Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do Art. 29. Parecer nº 15/2011, sobre a definição de consentimento, adotado em 13 julho de 2011, WP187, p. 5. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/others/wp187_pt.pdf>.

O RGPD também atribuiu relevância jurídica ao consentimento, ao inseri-lo dentre as condições de licitude para o tratamento dos dados pessoais, a teor dos artigos 6 e 9, e defini-lo, no n. 11 do art. 4.º, como sendo “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”, elementos esses que serão aprofundados nos termos abaixo.

10.1.1 Manifestação de vontade livre

Como salientado, a manifestação de vontade terá de ser livre. E, de acordo com o considerando 42, RGPD, ela não o será se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado.

A referência que se faz à ausência de “uma escolha verdadeira ou livre” nos remete, de forma automática, para o universo da coação. Entretanto, a ausência de liberdade não se circunscreve a situações em que a vontade tenha sido exteriorizada debaixo de ameaças¹⁵¹. De um modo geral, qualquer circunstância que constitua pressão ou influência inadequada sobre o titular dos dados e que o impeça de exercer livremente a sua vontade tornará o consentimento inválido, e isso se pode manifestar das mais diversas maneiras¹⁵².

É assim que no contexto laboral, marcado por um desequilíbrio de poder entre empregadores e empregados, ressalvadas raras exceções, é bastante improvável que o consentimento seja manifestado de forma inteiramente livre¹⁵³, nos termos supra expostos a propósito dos limites da indisponibilidade no contexto laboral.

¹⁵¹ CORDEIRO, Barreto Menezes António – *O consentimento do titular dos dados no RGPD*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2018. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <<https://blook.pt/publications/publication/e772e2d8f7b4/>>.

¹⁵² Grupo de Trabalho do Art. 29 para a Proteção de Dados. Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, WP 259 rev.01), adotada em 28 nov. 2017, por último revisto a 10 abr. 2018, p. 6. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <https://www.uc.pt/protecao-dedados/suporte/20180411_orientacoes_relativas_a_transparencia_wp260_rev01#:~:text=Este%20grupo%20de%20trabalho%20foi,Diretiva%202002%2F58%2FCE>.

¹⁵³ Sobre o ponto, pertinentes as orientações propostas pelo Grupo de Trabalho do Art. 29: “Atendendo à dependência que resulta da relação empregador/trabalhador, é improvável que o titular dos dados possa recusar ao seu empregador o consentimento para o tratamento dos dados sem que haja medo ou risco real de consequências negativas decorrentes da recusa. É improvável que um trabalhador responda livremente ao pedido de consentimento do empregador para, por exemplo, ativar sistemas de controlo como a observação do local de trabalho através de câmaras ou preencher formulários de avaliação, sem sentir qualquer tipo de pressão para dar esse consentimento. Por conseguinte, o GT29 considera problemática a questão de os empregadores procederem ao tratamento de dados pessoais dos seus trabalhadores atuais ou futuros com base no consentimento, uma vez que é improvável que esse consentimento seja dado de livre vontade.

Neste sentido, aliás, é o considerando 43, RGPD, para o qual o consentimento não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento.

Aprofundando-se na avaliação da liberdade do consentimento, o n. 4 do art. 7, RGPD, determina que há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato.

Nos termos deste dispositivo, pretende-se assegurar que a finalidade do tratamento dos dados pessoais não está camuflada nem agregada à execução de um contrato ou à prestação de um serviço para os quais esses dados pessoais não são necessários. Ou seja, tem de existir uma relação direta e objetiva entre o tratamento dos dados e a finalidade da execução do contrato.¹⁵⁴

Diante dessa lógica, estipula o Código do Trabalho, nos seus artigos 17 e 18, que informações sensíveis respeitantes à vida privada do trabalhador ou candidato a emprego só podem ser recolhidas quando estritamente necessárias e relevantes para a execução do contrato de trabalho. Sobre o assunto, MARIA REGINA REDINHA esclarece que há de ser obedecido um critério de proporcionalidade e adequação para a obtenção de informações, devendo ser recolhidas apenas aquelas informações que tenham imediata relevância para as finalidades que o legislador considera objectivamente justificáveis da derrogação do princípio de reserva de intimidade da vida privada¹⁵⁵.

Segundo o mesmo considerando 43, RGPD, anteriormente citado, há uma presunção de que o consentimento não é livre se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução.

Relativamente à maior parte deste tratamento de dados no local de trabalho, o fundamento legal não pode nem deve ser o consentimento dos trabalhadores [artigo 6.º, n.º 1, alínea a)], devido à natureza da relação entre empregador e trabalhador”. Grupo de Trabalho do Art. 29 para a Proteção de Dados. Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679. p. 7.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 8-9.

¹⁵⁵ REDINHA, Maria Regina Gomes. Da Protecção da Personalidade no Código do Trabalho. *Para Jorge Leite: escritos jurídico-laborais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 880-881.

Além de prever a questão da condicionalidade mencionada pelo n. 4 do art. 7, RGPD, o considerando 43, RGPD, dispõe acerca da granularidade, que, em outros termos, significa dizer que o titular de dados deve poder escolher para quais finalidades específicas está dando o seu consentimento. Prosseguindo nessa mesma ideia, determina o considerando 32, RGPD, que o consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade, sendo que nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins.

Outro indicativo na identificação de se o consentimento é realmente livre é analisar se a recusa ou retirada do consentimento provocará ou não prejuízos (materiais e/ou morais¹⁵⁶) ao titular de dados. Se o responsável pelo tratamento for capaz de demonstrar que o serviço inclui a possibilidade de retirar o consentimento sem que daí advenham quaisquer consequências negativas, nomeadamente que a prestação do serviço perca qualidade prejudicando o utilizador, tal pode servir para comprovar que o consentimento foi dado livremente¹⁵⁷.

De maneira sintética, o GT 29 defende que sempre que a ausência do consentimento puder acarretar relevantes prejuízos reais ou potenciais ao trabalhador, de modo que este não tenha a possibilidade efetiva de recusá-lo, então o consentimento não será livre e, conseqüentemente, válido¹⁵⁸.

10.1.2 Manifestação de vontade dirigida

Por força do art. 6, n. 1, al. *a*), RGPD, para que o tratamento de dados seja lícito, é preciso que o titular dos dados direcione o seu consentimento para uma ou mais finalidades específicas.

Cumprido notar que a vontade em si é um processo volitivo interno da pessoa, somente adquirindo relevância jurídica através da sua exteriorização, quando o indivíduo dirige ou preordena a sua vontade para uma finalidade específica.

¹⁵⁶ SILVA, Diogo Filipe Rodrigues da – *Regulamento Geral de Proteção de Dados: O Consentimento do Trabalhador*. Porto: Out. 2020. Dissertação conducente à obtenção do Grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹⁵⁷ Grupo de Trabalho do Art. 29 para a Proteção de Dados. Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento. p. 12.

¹⁵⁸ Grupo de Trabalho do Art. 29, Parecer nº 15/2011, sobre a definição de consentimento, adotado em 13 julho de 2011, WP187, p. 15. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/others/wp187_pt.pdf>.

O consentimento dirigido – ou específico, segundo a terminologia do RGPD - está intrinsecamente relacionada com a noção de limitação da finalidade que consta do artigo 5, n. 1, al. *b*), RGPD, segundo a qual os dados pessoais devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podem ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades.

Para o GT 29, o cumprimento deste elemento compreende três dimensões: *(i)* especificação em função da finalidade como salvaguarda contra o desvirtuamento da função, *(ii)* granularidade nos pedidos de consentimento, e *(iii)* separação clara entre as informações relacionadas com a obtenção de consentimento para atividades de tratamento de dados e as informações sobre outras questões¹⁵⁹.

Esse requisito constitui, portanto, importante mecanismo de controlo do titular dos dados sobre o processamento deles, não sendo permitido ao responsável pelo tratamento utilizá-los para finalidade diversa daquela para a qual o titular preordenou a sua vontade.

10.1.3 Manifestação de vontade informada

Para que o tratamento de dados seja legítimo, é necessário, ainda, que o consentimento seja informado. Ou seja, antes da obtenção do consentimento por parte do titular dos dados, é necessário que sejam suficientemente esclarecidos para que possam tomar decisões efetivamente informadas. A pessoa em causa precisa compreender verdadeiramente para o que está dando o seu consentimento e as implicações que ele pode ocasionar.

Nesse ponto, assume especial relevância os princípios da licitude, lealdade e transparência, consagrados no n. 1, al. *a*) do art. 5 do RGPD.

Com esteio no art. 13 do RGPD, o GT 29 considera como necessárias para se obter um consentimento válido as seguintes informações: “*(i)* identidade do responsável pelo tratamento, *(ii)* a finalidade de cada uma das operações de tratamento em relação às quais se procura obter o consentimento³¹, *(iii)* que (tipo de) dados serão recolhidos e utilizados, *(iv)* existência do direito de retirar o consentimento, *(v)* informações acerca da utilização dos dados para decisões automatizadas em conformidade com o artigo 22.º, n.º 2, alínea c), quando pertinente, e *(vi)* sobre os possíveis riscos de transferências de dados devido à

¹⁵⁹ Grupo de Trabalho do Art. 29. Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, p. 13.

inexistência de uma decisão de adequação e de garantias adequadas, tal como previsto no artigo 46.^o¹⁶⁰

Para que o consentimento seja, de fato, informado, é preciso que as informações sejam fornecidas ao titular dos dados de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples (art. 7, n. 2, e considerando 32, ambos do RGPD), devendo o titular dos dados ser informado de que tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento (art. 7, n. 3, RGPD).

10.1.4 Manifestação de vontade inequívoca

Por fim, consoante os termos do art. 4, n. 11, RGPD, para que o consentimento seja válido é exigida uma manifestação de vontade explícita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco. Ou seja, não pode haver dúvida de que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento em causa.

O considerando 32, RGPD, traz contornos esclarecedores sobre o ponto, ao estabelecer que o consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro, que pode se traduzir tanto numa declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, como numa declaração oral (gravada). O silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não serão considerados manifestações inequívocas e, portanto, o consentimento obtido sob tais formas não será válido.

Segundo as orientações do GT 29, a aceitação generalizada de condições gerais do contrato ou a apresentação de opções pré-assinaladas que exijam a intervenção do titular dos dados para impedir a aceitação não pode ser encarado como ato positivo inequívoco¹⁶¹.

Em relação ao tratamento de dados sensíveis, além de todos esses requisitos, o consentimento deve, ainda, ser explícito, ou seja, exigirá uma expressão de vontade precisa, seja escrita ou oral¹⁶², porquanto há uma maior exigência do consentimento prestado nos

¹⁶⁰ Grupo de Trabalho do Art. 29 para a Proteção de Dados. Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679. p. 14-15.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁶² Para a versão inglesa do RGPD, o conceito de consentimento previsto na alínea a) do n.º 2 do art. 9.º é qualificado em relação à noção prevista no art. 4.º, ponto 11) pela necessidade de, para além de inequívoco, ser explícito e para finalidades específicas. Já para a tradução portuguesa do RGPD, sendo o consentimento *explícito* em ambos os casos, a distinção entre o consentimento para o tratamento de categorias de dados sensíveis e não sensíveis requer um esforço de criatividade do intérprete – ou, em alternativa, a consulta da versão inglesa do RGPD. PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 247-248. A inclusão da expressão “explícita” na versão

termos do n. 2 do art. 9, em comparação à noção de consentimento vertida no ponto 11 do artigo 4 e que é pressuposta pela alínea a) do n. 1 do art. 6, todos do RGPD.

10.2 O consentimento como base legal para o tratamento dos dados dos trabalhadores

Como oportunamente já chamamos atenção, muitas das atividades rotineiramente realizadas no contexto laboral envolvem o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores. Mesmo antes da formação da relação de trabalho, quando do processo de recrutamento, os dados pessoais dos candidatos a emprego são recolhidos pelo potencial empregador; esse tratamento continua durante todo o contrato de trabalho para as mais diversas finalidades, dentre as quais podemos citar a elaboração da folha de pagamento, os registos relativos a doenças e acidentes de trabalho ou relacionados à promoção, transferência e treinamento e tantos outros imprescindíveis para o desempenho da relação de trabalho ou para cumprimento das obrigações legais a que o empregador está sujeito; e, embora a recolha dos dados pessoais do trabalhador finde com o término do contrato de trabalho, é possível que se procedam a outras operações envolvendo esses dados, como, por exemplo, para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

O GT 29, no Parecer 8/2001, sobre o tratamento de dados pessoais no contexto laboral, salienta que a interação entre a lei de proteção de dados e a relação trabalhista aumenta gradativamente com o desenvolvimento do uso da tecnologia da informação e comunicação no emprego. Seja através da utilização de e-mail, acesso à internet, câmeras de vídeo ou dados de localização, não resta dúvida de que o processamento de dados pessoais é uma realidade bastante presente na prática trabalhista, cabendo ao aplicador do direito encontrar soluções jurídicas que protejam adequadamente os interesses desses trabalhadores.

Pois bem. Para que o tratamento de dados seja lícito, é preciso o enquadramento numa das bases legais autorizativas do art. 6, RGPD, em se tratando de dados pessoais não sensíveis - ou, em se tratando de dados sensíveis, a recondução a uma das exceções elencadas no n. 2 do art. 9 do RGPD -, sendo o consentimento dado pelo titular dos dados fundamento legal para o tratamento de ambas as categorias.

No entanto, como retro exposto, é necessário que esse consentimento seja válido, ou seja, ele deve ser livre de qualquer coação da vontade, específico em relação à

portuguesa do art. 4º, 11, deve ser desconsiderada, pois trata-se de um manifesto erro de escrita, como esclarece: CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 136.

finalidade do tratamento, informado em relação ao tratamento dos dados que tenham sido facultados e inequívoco, no sentido de não deixar qualquer margem para dúvidas em relação ao sentido da vontade do declarante.

Ocorre que diante da subordinação jurídica que permeia a relação laboral - que se traduz objetivamente na sujeição do trabalhador à autoridade e direção do empregador - e do consequente temor do empregado ou do candidato a emprego de sofrer retaliações por parte do empregador, o tratamento de dados pessoais baseado no consentimento é objeto de grande debate no contexto laboral¹⁶³. Existe uma certa presunção de que o consentimento dado nesse contexto é frágil, pois raramente será livre, já que o titular dos dados/trabalhador dificilmente disporá de uma escolha verdadeira ou livre e poderá recusar retirar o consentimento sem ser prejudicado, à luz do que preceitua o considerando 42, RGPD.

O próprio RGPD mostrou preocupação quanto a tal questão, ao prever, em seu considerando 43, que o consentimento não constitui fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento.

Dessa maneira, tem-se entendido que o consentimento no contexto laboral deve ser utilizado apenas em última instância, quando nenhum dos outros fundamentos legais puderem ser invocados, e, sobretudo, quando não houver qualquer risco de o empregado sofrer retaliações ou consequências negativas pela recusa do seu consentimento. Para ilustrar uma situação em que o consentimento pode ser tido como verdadeiramente livre, cito exemplo elaborado pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29:

“Uma equipa de filmagem pretende filmar determinada parte de um escritório. O empregador solicita o consentimento de todos os trabalhadores que se sentam nessa zona do escritório para serem filmados, uma vez que podem aparecer em segundo plano nas filmagens do vídeo. Os trabalhadores que não quiserem ser filmados não serão de forma alguma penalizados, uma vez que serão colocados noutra local de trabalho equivalente numa outra zona do edifício enquanto durar a filmagem.”¹⁶⁴

¹⁶³ “No domínio do tratamento de dados sensíveis em contexto laboral, podemos verificar a tensão entre duas dimensões da subordinação jurídica. Por um lado, o desequilíbrio de posições entre empregador e trabalhador gera a necessidade de criar garantias especialmente exigentes, atenta a vulnerabilidade do segundo em relação a decisões do primeiro a respeito do tratamento dos seus dados pessoais. Por outro lado, o tratamento de dados considerados sensíveis pode apresentar-se como um meio de garantir direitos e interesses dos trabalhadores, concretizados em obrigações jurídicas do empregador, nomeadamente no que concerne às normas de segurança, higiene e saúde no trabalho”. PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 281-282.

¹⁶⁴ Grupo de Trabalho do Art. 29 para a Proteção de Dados. Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679. p. 8.

Portanto, diante da típica assimetria existente nas relações laborais, nas quais o titular de dados é o trabalhador, geralmente, a parte mais fraca da relação jurídica estabelecida, considera-se que o consentimento dado nesse contexto não será, na grande maioria dos casos, o fundamento mais apropriado para o tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores.

Segundo DIOGO PEREIRA DUARTE as reservas em torno do consentimento no contexto laboral implicaram, em geral, a ênfase do tratamento fundado no interesse legítimo do responsável pelo tratamento, na medida em que os demais fundamentos apenas permitem cobrir um conjunto básico de operações de tratamento por parte do empregador¹⁶⁵. Seja como for, tais reservas não impedem que os dados pessoais dos trabalhadores sejam objeto de tratamento, porquanto o consentimento não possui qualquer papel prioritário, é, antes, “apenas mais uma das estruturas base da licitude do tratamento e não uma exigência absoluta para se lograr processar dados pessoais”¹⁶⁶.

Assim, com vistas a evitar acusações de invalidade do consentimento dado pelo empregado e ressalvada a hipótese de inexistência de qualquer risco de o empregado sofrer retaliações ou consequências negativas pela recusa do seu consentimento, é preferível que o responsável pelo tratamento, o empregador, apenas invoque o consentimento quando não exista outro fundamento que o justifique. Dito de outro modo, apenas quando existam garantias de que o consentimento é verdadeiramente livre é que ele poderá ser invocado como fundamento legítimo para o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores.

Por conseguinte, é preciso uma análise atenta e cuidadosa do contexto para que se possa identificar que o consentimento se afigura como base adequada para o processamento dos dados dos trabalhadores. Se utilizado corretamente, ele funciona como importante instrumento de controlo da pessoa em causa sobre o tratamento dos seus dados; em contrapartida, se utilizado incorretamente, esse controlo torna-se ilusório¹⁶⁷ e pode ensejar, no final das contas, uma vulnerabilidade ainda maior da posição da pessoa-trabalhadora. A relevância do consentimento como um factor da autonomia e autodeterminação do titular dos

¹⁶⁵ DUARTE, Diogo Pereira – In CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 526.

¹⁶⁶ SILVA, Diogo Filipe Rodrigues da – *Regulamento Geral de Proteção de Dados: O Consentimento do Trabalhador*. Porto: Out. 2020. Dissertação conducente à obtenção do Grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹⁶⁷ Parecer n.º 15/2011, sobre a definição de consentimento, adotado em 13 julho de 2011, WP187, p. 2. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <https://www.gpdp.gov.mo/uploadfile/others/wp187_pt.pdf>.

dados baseia-se, portanto, no seu uso no contexto certo, devendo estar reunidos os elementos necessários para se chegar a tal conclusão¹⁶⁸.

10.2.1 A Deliberação 2019/494 da CNPD

A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) é a autoridade de controlo nacional em matéria de proteção de dados (art. 3 da Lei 58/2019). Ela consiste numa entidade administrativa independente, em funcionamento junto da Assembleia da República, que controla e fiscaliza o cumprimento do RGPD, da Lei 58/2019, da Lei 59/2019 e da Lei 41/2004, bem como das demais disposições legais e regulamentares relativas à proteção de dados pessoais, a fim de defender os direitos e liberdades das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamentos dos seus dados pessoais (art. 51 do RGPD c/c art. 4 da LE)¹⁶⁹.

Por meio da Deliberação 2019/494, de 03 de setembro de 2019, a qual define o entendimento desta entidade reguladora perante algumas das normas da Lei n. 58/2019 (lei que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do RGPD), a CNPD decidiu por desaplicar, nas situações de tratamento de dados pessoais que venha a apreciar, a alínea *a*) do n. 3 do artigo 28 da referida legislação - que estabelece que, salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador.

A CNPD entendeu que este dispositivo traduz uma limitação excessivamente restritiva do consentimento do trabalhador, na medida em que elimina qualquer margem de livre arbítrio dos trabalhadores, mesmo quando há condições para a sua manifestação sem risco para os seus direitos e interesses, na contramão, aliás, do posicionamento perfilhado pelo GT 29, que defende que os trabalhadores podem dar o seu consentimento livremente em circunstâncias excepcionais, quando o ato de dar ou recusar o consentimento não produzir quaisquer consequências negativas.

Indo mais além, a CNPD concluiu que, por traduzir uma restrição não adequada, desnecessária e excessiva do direito fundamental à autodeterminação informacional

¹⁶⁸ Parecer nº 15/2011, sobre a definição de consentimento, adotado em 13 julho de 2011, WP187, p. 37. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <https://www.gdp.gov.mo/uploadfile/others/wp187_pt.pdf>.

¹⁶⁹ Disponível em WWW: <<https://www.cnpd.pt/cnpd/o-que-somos-e-quem-somos/>>. [Consult. 10 Maio 2022].

ou à proteção dos dados enquanto direito ao controlo dos seus próprios dados, para lá do que é necessário à salvaguarda dos direitos e interesses dos trabalhadores, a norma restringiu o âmbito de aplicação da alínea *a)* do n. 1 do artigo 6 e da alínea *a)* do n. 2 do artigo 9 do RGPD, e violou, por via de consequência, o princípio do primado do Direito da União Europeia.

De outro lado, chama-se atenção para o fato de que, antes da entrada em vigor do RGPD, vigorava o princípio da hetero-regulação, competindo à CNPD, enquanto autoridade de controlo, registar ou autorizar o tratamento de dados pessoais em determinadas situações específicas. É o que estabelece o art. 18, n. 1, CT, quando condiciona o tratamento de dados biométricos do trabalhador pelo empregador após notificação à Comissão Nacional de Protecção de Dados. Porém, com a entrada em vigor do RGPD desapareceu essa obrigação de notificação prévia à CNPD para o tratamento de dados biométricos, não restando mais à autoridade de controlo nacional qualquer função reguladora, mas apenas fiscalizadora e orientadora, nos termos preconizados pelos artigos 57 do RGPD, 6 da Lei 58/2019 e 44 da Lei 59/2019.¹⁷⁰

Assim, ao mesmo tempo em que o disposto no art. 28, n. 3, al. *a)*, da Lei n. 58/2019 restringiu de maneira desproporcional o recurso ao consentimento inclusive para as situações em que não há qualquer risco para os direitos e interesses dos trabalhadores, tem-se, também, que a CNPD excedeu o limite de suas atribuições e competências, na medida em que hoje lhe é atribuível um papel meramente fiscalizador em matéria de proteção de dados.

11 Os dados relacionados à saúde do empregado

Dentre os dados sensíveis que nos interessam em específico no presente trabalho estão os dados relativos à saúde, que, segundo o ponto 15 do art. 4 do RGPD, são os “dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde”.

A Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) possui uma definição ampla do termo ‘saúde’, afirmando que esta não consiste apenas na ausência de

¹⁷⁰ SILVA, Diogo Filipe Rodrigues da – *Regulamento Geral de Proteção de Dados: O Consentimento do Trabalhador*. Porto: Out. 2020. Dissertação conducente à obtenção do Grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ver também: <<https://www.sociedadeadvogados.eu/pt/comunicacao/a-recolha-de-dados-biometricos-no-contexto-laboral/704/>>.

doença ou de enfermidade, mas compreende um estado de completo bem-estar físico, mental e social¹⁷¹.

O direito à proteção da saúde está consagrado no art. 64 da CRP como direito fundamental social, estando inserido no catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais. A CRP atribui uma grande importância jurídica ao bem jurídico ‘saúde’, pois além de possuir óbvia relação com outros direitos fundamentais, como o direito à vida (art. 24) e o direito à integridade pessoal (art. 25)¹⁷², existem outras normas constitucionais que (lateralmente) também protegem o bem jurídico ‘saúde’¹⁷³, como é o caso do direito à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde, do direito dos consumidores à proteção da saúde e do direito a um ambiente sadio.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem compreendido que a expressão “dados relativos à saúde” deve ser interpretada em sentido lato¹⁷⁴. Tal como indicado no considerando 53, RGPD, os dados relativos à saúde, por pertencerem às categorias especiais de dados pessoais, merecem uma proteção mais elevada, haja vista que o tratamento desses dados pode ter impactos negativos significativos para os titulares dos dados. Referem-se, segundo o considerando 35, RGPD, a todas as informações sobre a saúde física ou mental do titular dos dados no passado, no presente ou no futuro¹⁷⁵. Além disso, não importa se esses dados revelem uma informação positiva ou negativa, bastando que diga respeito à saúde do respectivo do titular, e não que evidencie propriamente uma eventual doença¹⁷⁶.

Apesar de os dados de saúde não constarem no elenco do art. 35 da CRP¹⁷⁷, o Acórdão do Tribunal Constitucional n. 355/97 compreendeu que os dados de saúde são dados sensíveis por integrarem a categoria de dados relativos à vida privada, tais como as

¹⁷¹ § 2º do preâmbulo da Constituição da OMS.

¹⁷² MEDEIROS, Rui – Anotação ao artigo 64º. In MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I, 2ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 1308-1310.

¹⁷³ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago – *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica, 2014. p. 33.

¹⁷⁴ Diretrizes nº 03/2020 sobre o tratamento de dados relativos à saúde para efeitos de investigação científica no contexto do surto de COVID-19. Adotadas em 21 de abril de 2020. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW:<https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_pt.pdf>.

¹⁷⁵ Considerando 35 do RGPD.

¹⁷⁶ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 95.

¹⁷⁷ A Constituição estipula, para fins de proteção de dados pessoais, uma graduação dos bens jurídicos consoante um critério de reserva privada. Ao alencar expressamente as convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica (art. 35º, nº 3), tem-se que estes bens são objeto de uma tutela constitucional acrescida. PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 756.

informações referentes à origem étnica, à vida familiar, à vida sexual, condenações em processo criminal, situação patrimonial e financeira, sendo, aliás, posteriormente consagrados como tal de forma expressa pelo art. 7 da Lei n.º 67/98 (Lei da Protecção de Dados Pessoais), que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n. 94/46/CE. E não poderia deixar de ser assim, pois, como bem adverte ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, “os dados de saúde como expressão directa do princípio da dignidade da pessoa humana, têm uma tutela constitucional idêntica aos restantes dados pessoais enunciados no art. 35.º, n.º 3.”¹⁷⁸.

Interessante notar que os dados relativos à saúde correspondem à categoria prevalente de dados tratados com a finalidade de avaliar a capacidade para o trabalho, mormente porque, a teor do disposto no n. 1 do art. 108 da Lei n. 102//2009, a avaliação da aptidão é efetuada através da realização de exames de saúde¹⁷⁹. Sobre o ponto, o Tribunal Constitucional considerou que não era inconstitucional a previsão legal de exames médicos destinados à verificação da aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da sua profissão, bem como as fichas "clínicas" e de "aptidão"¹⁸⁰. Mas considerou que o acesso directo por parte do empregador às informações relativas à saúde ou estado de gravidez violavam o direito fundamental de reserva à intimidade da vida privada¹⁸¹.

O tratamento de dados relativos à saúde, enquanto dados especiais, é regulado pelo artigo 9 do RGPD, dispositivo este que proíbe o tratamento desta categoria de dados, salvo se o tratamento puder ser reconduzido a uma das exceções previstas no n. 2 do respectivo enunciado normativo.

Como dito, o n. 2 do art. 9, RGPD, prevê derrogações ao princípio geral da proibição do tratamento de dados sensíveis, dentre as quais podemos destacar o consentimento explícito do titular de dados e as hipóteses em que o tratamento é necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, bem como para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado. As derrogações previstas não são cumulativas e, portanto, não é exigido o consentimento explícito do titular quando houver outra base autorizativa para o tratamento, mesmo porque, como já analisamos no tópico anterior, o consentimento do

¹⁷⁸ PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 760.

¹⁷⁹ PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Protecção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 316.

¹⁸⁰ Acórdão n.º 368/02 do Tribunal Constitucional.

¹⁸¹ Acórdão n.º 306/03 do Tribunal Constitucional.

trabalhador para o tratamento de dados pessoais, especialmente quando está-se perante dados sensíveis, é questão bastante delicada no contexto laboral e que suscita dúvidas porquanto raramente a manifestação de vontade do empregado será livre.

Convém mencionar que o empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação (alínea *b*) do n. 1 do art. 17, CT.

Em que pese o titular tenha o direito de que certos fatos da sua vida não sejam revelados, o médico do trabalho pode ter acesso a aspectos relativos à vida privada do trabalhador, relacionados ao seu estado de saúde, mormente porque a reserva da vida privada não é um direito absoluto e desse modo precisa ser compatibilizado com outros interesses constitucionalmente consagrados, à luz do que preconiza o art. 18, n. 2, CRP. Neste contexto, a restrição ao direito à privacidade do trabalhador é justificada sempre que seja necessária para verificar a aptidão física e psíquica para o desenvolvimento da atividade e para fins de proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros.

Assim sendo, a determinação da finalidade e o conseqüente tratamento desses dados não está na disponibilidade do empregador, na medida em que a licitude do tratamento dos dados relativos à saúde depende do enquadramento numa das exceções legais, além de estar sujeito às devidas salvaguardas¹⁸². Com efeito, do mesmo modo que não podemos conceber uma reserva absoluta do titular/trabalhador se sobrepondo à obrigação que recai sobre o empregador de desenvolver a sua atividade em condições de segurança, higiene e saúde no trabalho, também não podemos aceitar o acesso irrestrito e ilimitado por parte do empregador aos dados de saúde de seus empregados.

O ponto 9.2 da Recomendação CM/Rec(2015)5 do Comité de Ministros aos Estados membros sobre o tratamento de dados pessoais no contexto do emprego, alerta que o empregador apenas poderá licitamente pretender aceder a informação relativa ao estado de saúde do candidato ou do trabalhador, ou solicitar a qualquer um deles a realização de exames, por ou sob a responsabilidade do médico do trabalho, para: *a*) verificar sua aptidão para determinado posto de trabalho, presente ou futuro; *b*) cumprir as normas da medicina preventiva; *c*) garantir a reabilitação adequada, ou cumprir qualquer outra disposição relativa

¹⁸² Conforme ponto 9.4 da Recomendação CM/Rec(2015)5 do Comité de Ministros aos Estados membros sobre o tratamento de dados pessoais no contexto do emprego. Adotada em 1º de abril de 2015. [Consult. 15 Fev. 2022]. Disponível em WWW: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a>.

ao ambiente de trabalho; *d*) salvaguardar os interesses vitais do titular dos dados, de outros trabalhadores, ou de terceiros; *e*) possibilitar a concessão de benefícios sociais; *f*) contestar processos judiciais¹⁸³.

O sigilo a que está sujeito o médico do trabalho¹⁸⁴ que tem acesso às informações relativas ao estado clínico do trabalhador funciona como importante garantia ao titular dos dados, na medida em que a sua inobservância pode ensejar práticas discriminatórias tanto em face dos trabalhadores como em face dos candidatos a emprego (v.g., quando o médico do trabalho informa ao empregador que o empregado é portador do vírus HIV e em decorrência disso ele é dispensado)¹⁸⁵. Esse quadro torna-se ainda mais problemático quando o médico do trabalho é contratado pela própria empresa ou integra a sua estrutura, cabendo-lhe, neste caso, ponderar entre os seus deveres perante o paciente/trabalhador e as suas obrigações diante da empresa.

Outra questão que merece reflexão diz respeito aos desdobramentos de procedimentos médicos aparentemente inócuos, que, diante do avanço da tecnologia, permitem o conhecimento de uma infinidade de informações sobre o indivíduo, desde a análise do seu estado de saúde atual até a averiguação de possíveis doenças que possam vir a se desenvolver no futuro¹⁸⁶. O conhecimento de um risco médico, por meio de um teste genético¹⁸⁷ (v.g., se determinada pessoa apresenta propensão ou tendência elevada para uma

¹⁸³ Disponível em WWW: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a>. [Consult. 15 Fev. 2022].

¹⁸⁴ “A entidade não deve ter acesso ao boletim médico, mas apenas às recomendações do médico do trabalho resultantes do exame médico, que devem ser vertidas na ficha de aptidão, a entregar ao responsável dos recursos humanos da empresa”. Prossegue afirmando que “para além de vigiar a saúde dos trabalhadores, o médico do trabalho é o garante da confidencialidade das informações e da salvaguarda dos princípios do tratamento dos dados sensíveis e, conseqüentemente, da proteção da vida privada e da proibição da discriminação”. PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 287.

¹⁸⁵ No acórdão n° 368/02 do Tribunal Constitucional, destaca-se que “o médico do trabalho não pode transmitir ao empregador, sob pena de violação do segredo profissional, qualquer indicação que traduza um diagnóstico sobre o estado de saúde”.

¹⁸⁶ ESCARPIADO, Rita Isabel Ramos Batista – *Discriminação do trabalhador em razão do conhecimento da informação médica: em especial os dados genéticos*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2018. Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Prática Jurídica, especialidade Direito da Empresa. [Consult. 30 Nov. 2021]. Disponível em WWW: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37504/1/ulfd137176_tese.pdf>.

¹⁸⁷ Apesar de o histórico médico familiar estar compreendido no conceito de informações genéticas quando presente o risco de comunicação genética, importa salientar que informação genética e informação médica não se confundem. “Congress anticipated that plaintiffs might confuse biological conditions with genetic information and included a section in the statute expressly entitled ‘Medical Information that Is Not Genetic Information’. This section explains that an employee’s ‘manifested disease, disorder, or pathological condition that has or may have a genetic basis’ is *not* genetic information”. AREHEART, Bradley A., ROBERTS, Jessica L – “GINA, Big Data, and the Future of Employee Privacy”. *The Yale Law Journal*. Vol. 128, n° 3 (2019), p. 710-791. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <https://www.yalelawjournal.org/pdf/AreheartRoberts_a2gvpzai.pdf>.

série de condições hereditárias, de *Alzheimer* à Síndrome de *Zellweger*), pode ensejar práticas discriminatórias tanto em face da própria pessoa como de seus familiares¹⁸⁸.

Finalmente, um debate que se mostra bastante atual envolvendo o tratamento de dados de saúde do empregado gira em torno da testagem e da exigência de comprovante de imunização, no contexto da pandemia do COVID-19, tema que nos aprofundaremos nos tópicos seguintes.

12 A discussão em torno da recusa vacinal e da obrigatoriedade da vacinação

A atual situação pandêmica exigiu a adoção de medidas excepcionais para o enfrentamento e a mitigação do impacto econômico e social resultante da crise sanitária provocada pelo novo coronavírus.

Apesar de as vacinas COVID-19 carecerem de uma eficácia de 100% e não se saber por quanto tempo proporcionam imunidade, elas têm se mostrado a estratégia mais eficaz para prevenir a transmissão do vírus e salvar vidas¹⁸⁹. A vacinação visa contornar um problema de saúde pública e a decisão de se vacinar ou não tem um impacto na sociedade como um todo e não apenas no indivíduo.

A vacinação, desde o seu surgimento até os dias atuais, reduziu drasticamente a incidência e a gravidade de doenças infecciosas. Em relação às doenças que se transmitem de pessoa para pessoa, a vacinação é benéfica tanto para o indivíduo - na medida em que lhe salvaguarda de doenças para a qual foi vacinado - como para a sociedade em geral - na medida em que atingido um determinado nível de vacinação na comunidade¹⁹⁰, tem-se o que

¹⁸⁸ AREHEART, Bradley A., ROBERTS, Jessica L – “GINA, Big Data, and the Future of Employee Privacy”. *The Yale Law Journal*. Vol. 128, nº 3 (2019), p. 710-791. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <https://www.yalelawjournal.org/pdf/AreheartRoberts_a2gvpzai.pdf>.

¹⁸⁹ De todo modo, ainda que a vacinação seja comprovadamente segura e eficaz, não é possível eliminar por completo os riscos de efeitos adversos provenientes dela, sendo importante, por isso mesmo, a instituição de um regime de responsabilização objetiva do Estado para o caso de indemnização de eventuais danos vacinais. GODINHO, João Carlos Carvalho – *A (re)discussão dos fundamentos da vacinação humana obrigatória*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 55-56; GOMES, Carla Amado – *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. p. 88.

¹⁹⁰ Para se atingir a imunidade de grupo, é preciso que uma percentagem muito grande da população esteja vacinada, variando consoante o agente infeccioso e as características da população, mas raramente é inferior a 85%, podendo mesmo atingir os 94% (no caso do sarampo e da tosse convulsa). GODINHO, João Carlos Carvalho – *A (re)discussão dos fundamentos da vacinação humana obrigatória*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 63. *Apud* FINE, Paul E. – “Herd immunity: history, theory, practice”. *Epidemiologic Reviews*. Vol. 15, nº 2 (1993), table 1, p. 268.

se denomina por imunidade de grupo¹⁹¹, ou seja, aquela situação em que, por virtude de imunidade, adquirida através de infecção e recuperação ou através da vacina, de uma determinada quantidade de pessoas na comunidade, já não é possível a transmissão do vírus de pessoa para pessoa, beneficiando-se diretamente desta imunidade de grupo também os indivíduos vulneráveis, que, por razões de saúde, não podem ser vacinados¹⁹².

Como já mencionado, o direito à proteção da saúde é um direito social fundamental consagrado no art. 64 da CRP, e como tal encerra uma componente subjetiva e uma componente objetiva. A subjetividade do direito fundamental está associada à faculdade de o indivíduo exigir a sua implementação aos poderes públicos, tanto através de ações como por omissões. Já a função objetiva reside no dever ou obrigação imposto ao Estado de assegurar o direito fundamental¹⁹³. O próprio art. 64 não prevê apenas um direito à proteção da saúde, mas estabelece um dever de todos de a defender e promover.

O dever fundamental de defender e promover a saúde traz a relevância da saúde pública como valor comunitário constitucionalmente protegido, de modo que este dever tem como objeto a saúde pública, e não a saúde privada. De acordo com CARLA AMADO GOMES, “só na medida em que o mau estado de saúde de alguém possa reflectir-se no estado sanitário comunitário é que o Estado pode intervir, impondo determinados comportamentos (ou abstenção deles) ao cidadão doente”¹⁹⁴. O Estado pode exigir que a pessoa contribua para a promoção da saúde comunitária, mas não pode obrigá-la a cuidar da própria saúde, sob pena de tolher o direito à autodeterminação do indivíduo e incorrer num paternalismo inaceitável¹⁹⁵.

Em que pese a saúde pública ser considerada um bem jurídico importante e a ciência demonstrar a todo tempo os inúmeros benefícios da vacinação, tanto individuais como coletivos, movimentos antivacinação¹⁹⁶, travestidos das mais diferentes motivações

¹⁹¹ Para uma visão geral v. Artigo publicado no sítio eletrónico:< <https://dotlib.com/blog/o-que-e-imunidade-de-rebanho>>. [Consult. 3 Fev. 2022].

¹⁹² ANTUNES, Aquilino Paulo – Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 61, nº 2 (2020), p. 138.

¹⁹³ Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais: ANDRADE, João Carlos Vieira de – *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 112.

¹⁹⁴ GOMES, Carla Amado – *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. p. 22-24.

¹⁹⁵ GODINHO, João Carlos Carvalho – *A (re)discussão dos fundamentos da vacinação humana obrigatória*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 55-56; GOMES, Carla Amado – *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. p. 10-11.

¹⁹⁶ Mesmo com os avanços obtidos e os resultados comprovados, o movimento anti-vacinação tomou força no fim da década de 70. As causas para o fortalecimento desse movimento ainda são motivo de intenso debate e

(religiosas, filosóficas ou até por mera desinformação) têm ganhado força, implicando um aumento no risco de propagação de doenças e até mesmo de mortes que poderiam ter sido evitadas com a vacina¹⁹⁷. As pessoas que decidem não se vacinar, por convicção ou por dúvida quanto às características – de segurança ou eficácia – do produto¹⁹⁸, expõem a perigo não apenas a sua vida e a sua saúde, como também a vida e a saúde de outras pessoas.

Neste contexto, tendo em conta que a recusa vacinal pode colocar em causa a saúde pública, na medida em que pode prejudicar a imunidade de grupo e colocar em perigo outras pessoas, inclusive aquelas que são medicamente contraindicadas de se vacinar, tem-se discutido sobre a possibilidade de os órgãos competentes poderem intervir e tornar a vacinação obrigatória¹⁹⁹.

No panorama europeu, destaca-se o caso da Áustria, que foi o primeiro país da União Europeia a tornar obrigatória a vacina contra a COVID-19 para todos os adultos²⁰⁰, a partir de fevereiro do corrente ano, estabelecendo pesadas sanções para aqueles que porventura recusem a vacinação, porém, após incisivas manifestações populares, a medida foi suspensa pouco mais de um mês após sua entrada em vigor²⁰¹.

Já o Parlamento francês substituiu o anterior passe sanitário (baseado tanto na vacinação como no teste negativo) pelo passaporte vacinal, este baseado exclusivamente na imunização com três ou duas doses da vacina com um atestado de restabelecimento após

de pesquisas, mas didaticamente pode-se dizer que os indivíduos antivacionistas se distribuem em espectros de dois polos: os ignorantes que não entendem o método científico e de conceitos matemáticos como risco e probabilidade e os que se utilizam do uso da desinformação e coação. PINTO JUNIOR, Vitor Laerte – Antivacinação, um movimento com várias faces e consequências. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília. Vol. 8, nº 2 (2019), p. 116-122.

¹⁹⁷ “In December 2014, the first reported cases of measles arising in connection with Disneyland were reported. In the initial outbreak, fortytwo people visiting or working at Disneyland were exposed to measles. Measles is a highly communicable respiratory disease; the virus can linger on surfaces for up to two hours, which can be disastrous for an amusement park, school, or even a neighborhood playground. The virus mostly spread among those who had not been vaccinated, either because they were too young or were not vaccinated by choice.” CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele – *Compulsory Vaccination Laws Are Constitutional*. Legal Studies Research Paper Series N° 2015-71. Vol. 110, nº 3 (2015), p. 590.

¹⁹⁸ ANTUNES, Aquilino Paulo – Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 61, nº 2 (2020), p. 146.

¹⁹⁹ “Examples of such disabilities could include a history of allergic reaction to vaccine ingredients, or an employees who are pregnant or nursing and have been advised against vaccination by a doctor”. KURLINSKI, Margaret R. – “COVID-19: An Employer's Role in Vaccination”. *Corporate Counsel*. Vol. 35, nº 1 (2021), p. 4-7.

²⁰⁰ Outras nações do bloco, como a Itália, por exemplo, obrigam a vacinação de uma parte da população ou de setores profissionais específicos. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/austria-e-1-a-pais-da-europa-a-ter-vacinacao-obrigatoria-contracovid-recusa-pode-gerar-multa-de-r-22-mil/>>.

²⁰¹ Disponível em WWW: <<https://cnnportugal.iol.pt/covid-19/vacinacao-obrigatoria-na-austria-com-efeitos-contrarios-autoridades-dizem-que-objetivo-nao-foi-cumprido/20720217/620e84330cf21a10a41fea7a>>. [Consult. 19 Jul. 2022]. Ver também: <<https://www.dw.com/pt-br/%C3%A1ustria-suspende-obrigatoriedade-de-vacina-contracovid-19/a-61068019>>. [Consult. 19 Jul. 2022].

infecção com COVID-19 nos últimos seis meses, para entrar em locais públicos, sendo que, a partir de 14 de março, a medida também foi suspensa e agora apenas é exigida para instituições médicas, como hospitais, e lares de idosos²⁰².

Com efeito, a imposição da vacinação obrigatória, em prol da proteção do direito à saúde pública, precisa ser bem ponderada, pois a vacina constitui um procedimento em certa medida invasivo e que pode colidir com outros direitos fundamentais²⁰³, tais como o direito à integridade física (art. 25), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26, n. 1) e, em alguns casos, o direito à liberdade de consciência e de religião (art. 41).

13 A perspectiva jurídico-constitucional da vacinação obrigatória

Considerando a discussão em torno da hesitação ou recusa vacinal, é preciso averiguar em que termos a defesa da saúde pública pode justificar a imposição da vacinação obrigatória (e a inevitável restrição a outros direitos fundamentais).

Pois bem. Não resta dúvida de que a questão é muito polémica, a começar pelo fato de que imposição da vacinação poder atentar contra o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade individual de decidir por si mesmo se irá ou não ser vacinado. Nas palavras de JOÃO LEAL AMADO, “A liberdade de cada pessoa, de cada trabalhador, implica, inevitavelmente, isso mesmo: a liberdade de, por vezes, acabar por tomar decisões estúpidas, idiotas ou imbecis. Essa liberdade deve ser ciosamente salvaguardada, tanto mais ciosamente quanto ela se manifeste em ações, omissões e opiniões das quais discordamos, até ao momento em que entre em choque com a liberdade alheia, até ao momento em que essa decisão individual colida com os direitos de outrem ou com o interesse coletivo”²⁰⁴.

De fato, como sabemos, não há direitos absolutos, a liberdade de uns termina onde começa a liberdade alheia. A própria Constituição estabelece os parâmetros para a restrição a direitos e liberdades fundamentais nos números 2 e 3 do art. 18.

²⁰² Disponível em WWW: <<https://www.publico.pt/2022/01/16/mundo/noticia/parlamento-frances-aprova-passe-vacinal-limita-vida-social-naovacina-dos-1992085>>. [Consult. 19 Jul. 2022]. Ver também: <<https://eco.sapo.pt/2022/03/03/franca-anuncia-fim-da-mascara-e-passe-de-vacina-a-partir-de-14-de-marco/>>. [Consult. 19 Jul. 2022].

²⁰³ ANTUNES, Aquilino Paulo – Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 61, nº 2 (2020), p. 150.

²⁰⁴ AMADO, João Leal – Vacinação obrigatória para quem trabalha? *Observatório Alameda*. 12 Jan. 2022. [Consult. 7 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<https://observatorio.alameda.net/index.php/2022/01/12/vacinacao-obrigatoria-para-quem-trabalha/>>.

Com efeito, apesar de a CRP não se referir expressamente ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido lato, ele é extraído do disposto no n. 2 do seu art. 18 e o seu alcance enquanto tal foi acolhido pela jurisprudência constitucional, que a ele se recorre para a resolução de conflitos desde os mais simples até aqueles mais complexos, traduzindo-se, portanto, como um fundamental instrumento de controle da actuação restritiva das liberdades individuais.

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição²⁰⁵, com vistas a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, devendo a restrição ser adequada, necessária e proporcional²⁰⁶. Os conflitos devem ser resolvidos com base em critérios de concordância prática, amparada no princípio da proporcionalidade, significando dizer que as decisões devem ser ponderadas caso a caso. Além disso, as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais²⁰⁷. Assim, caso se pretenda tornar obrigatória a vacinação, por se tratar de matéria relativa a direitos, liberdades e garantias, além da aprovação ou autorização por diploma parlamentar (alínea *b*) do n. 1 do art. 165 da CRP, a medida haverá de passar também no teste da proporcionalidade consagrado no n. 2 do artigo 18 da Lei Fundamental²⁰⁸.

Consoante ensinamentos de CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a restrição ao exercício de direitos, liberdades e garantias deverá respeitar, cumulativamente, as seguintes condições: *a*) que a restrição seja expressamente admitida pela Constituição²⁰⁹; *b*) que a

²⁰⁵ No Acórdão n.º 155/2007, o Tribunal Constitucional destacou que “uma primeira leitura deste preceito poderia sugerir que aqueles direitos fundamentais, como é o caso de alguns dos que agora estão em causa (por exemplo, o direito à integridade física), para os quais a própria Constituição não prevê expressamente a possibilidade de restrições legais, seriam, pura e simplesmente, insusceptíveis de ser restringidos. O reconhecimento do carácter incomportável de uma tal leitura, designadamente do ponto de vista das suas consequências práticas, levou, contudo, ao desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de uma multiplicidade de soluções - como o recurso, entre outros, ao artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, às autorizações “indirectas ou tácitas” de restrições, às ideias de “limites imanentes”, de “limites constitucionais não escritos”, de “limites intrínsecos”, de “restrições implícitas”, de “limites instrumentais” - que, de uma ou outra forma, têm afastado aquela conclusão.

²⁰⁶ N.º 2 do Art. 18.º da CRP.

²⁰⁷ N.º 3 do Art. 18.º da CRP.

²⁰⁸ ANTUNES, Aquilino Paulo – Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 61, n.º 2 (2020), p. 150.

²⁰⁹ “Consideração particular neste contexto exige o caso em que a lei pretende revelar limites que não se encontram previstos ou mencionados na Constituição, mas que hajam de entender-se implicitamente decorrentes do seu texto, designadamente por efeito de colisão de direitos: são as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, tradicionalmente conhecidas como limites imanentes.” CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 389.

restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, não podendo o sacrifício ser desmotivado ou arbitrário; *c*) que a restrição exigida para essa salvaguarda seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo; *d*) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito²¹⁰.

O princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido lato é subdividido em três subprincípios, quais sejam o princípio da adequação (ou da idoneidade), o princípio da necessidade (ou da indispensabilidade) e, finalmente, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito. JORGE REIS NOVAIS, de maneira bastante didática, sintetiza tais subprincípios da seguinte forma:

*“Na sua utilização mais comum, ao princípio da idoneidade é atribuído o sentido de exigir que as medidas restritivas em causa sejam aptas a realizar o fim visado com a restrição ou contribuam para o alcançar; ao princípio da indispensabilidade ou da necessidade o sentido de que, de todos os meios idóneos disponíveis e igualmente aptos a prosseguir o fim visado com a restrição, se deve escolher o meio que produza efeitos menos restritivos; por sua vez, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito respeitaria à justa medida ou a relação de adequação entre os bens e interesses em colisão ou, mais especificamente, entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguido.”*²¹¹

O Estado de Direito rechaça qualquer afetação a direito fundamental ou restrição a liberdade que seja excessiva, ou seja, que vá para além do estritamente necessário ou adequado. Parafraseando o autor acima citado, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ou, noutra perspectiva, a liberdade geral de acção nele fundada, confere aos cidadãos, num Estado de Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afectada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores dignos de protecção jurídica²¹².

À luz do princípio da adequação, deve-se perguntar se o meio é adequado para a prossecução do fim visado pela lei. Diz respeito exclusivamente à relação de causa-efeito entre meio e fim, à aptidão de um meio para atingir um fim. Assim, nesta fase prévia, a

²¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 388.

²¹¹ NOVAIS, Jorge Reis – *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 162-163.

²¹² *Ibid.*, p. 163-164.

medida restritiva só será liminarmente invalidada por inidoneidade ou inaptidão quando os seus efeitos se revelem indiferentes, inócuos ou até negativos tomando como parâmetro a aproximação do fim visado com a restrição²¹³. Como bem define VITALINO CANAS, meio adequado é aquele que é intrinsecamente capaz de desencadear ou causar efeitos materiais positivos de promoção de bens, interesses ou valores visada pelo legislador, sendo requerida apenas uma eficiência mínima, sem a realização de qualquer juízo de ponderação²¹⁴. Ademais, tanto os fins prosseguidos como os meios empregados têm de ser legítimos. Para elucidar a questão, pode-se pensar numa situação em que o fim perseguido é, em si, legítimo (p. ex., a salvaguarda da segurança nacional), porém os meios empregados são ilegítimos (p. ex., a prática de tortura). Seja como for, todos e quaisquer fins ou meios que atentem contra a dignidade da pessoa humana não encontram guarida no ordenamento jurídico português.

À luz do princípio da necessidade, deve-se questionar se existe outra forma menos gravosa com a mesma eficácia. Consoante VITALINO CANAS, a necessidade seria centro nevrálgico da proibição do excesso, sendo o meio elegível considerado necessário quando, entre os disponíveis, não há alternativa menos interferente com intensidade de satisfação pelo menos aproximadamente igual. Com vistas a ilustrar a aplicação prática do princípio, para exprimir a ideia de que se deve evitar danos desnecessários, não exigíveis pela realização do fim, JORGE REIS NOVAIS faz referência à fórmula consagrada de Fleiner: *não se deve utilizar um canhão para atirar a pardais*²¹⁵.

Finalmente, à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se colocar na balança o custo-benefício de determinada restrição, ou seja, cumpre observar se houve mais benefícios do que prejuízos. Trata-se, essencialmente, de questionar sobre a adequação (proporção) de uma relação entre dois termos ou duas grandezas variáveis e comparáveis: de um lado, a importância ou premência do fim que se pretende alcançar com a medida restritiva e, do outro, a gravidade do sacrifício que se impõe com a restrição²¹⁶. Segundo VITALINO CANAS, é neste âmbito que se valoram e se contrapesam os efeitos positivos referentes à satisfação de bens, interesses ou valores e os efeitos negativos de interferência em bens, interesses ou valores com aqueles colidentes, devendo-se tomar como

²¹³ NOVAIS, Jorge Reis – *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 168.

²¹⁴ CANAS, Vitalino – *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 1163.

²¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis – *Op. cit.*, p. 171.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 178.

parâmetro de comparação o impacto que os efeitos produzem sobre o ambiente geral de liberdade²¹⁷ - considerando-se que a CRP está assentada na liberdade.

A coexistência equilibrada dos direitos fundamentais é tarefa árdua. Situações como a da atual pandemia podem envolver conflitos entre diferentes direitos e liberdades fundamentais, devendo recorrer-se à ponderação para chegar-se às melhores soluções jurídicas, isto é, balanceando-se os diferentes interesses em jogo, consoante as circunstâncias fáticas do caso concreto, e de modo que todos os direitos envolvidos alcancem a máxima efetividade possível diante de tais circunstâncias²¹⁸.

O princípio da proporcionalidade foi especialmente analisado pelo TJUE no acórdão *Schecke*²¹⁹. Neste acórdão, o TJUE concluiu que “o princípio da proporcionalidade faz parte dos princípios gerais do direito da União e exige que os meios postos em prática por um acto da União sejam aptos a realizar o objectivo prosseguido e não vão além do que é necessário para o alcançar” e que “as derrogações à protecção dos dados pessoais e as suas limitações devem ocorrer na estrita medida do necessário”. Ou seja, de acordo com os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, uma medida será necessária quando as finalidades prosseguidas não puderem ser alcançadas através de medidas menos restritivas do direito dos titulares no que respeita à sua vida privada, em geral, e à protecção dos seus dados pessoais, em particular. É fundamental que haja uma ponderação equilibrada entre os interesses públicos e de terceiros, por um lado, e os direitos fundamentais dos titulares, por outro.

Com base na atual e concreta ameaça da saúde pública e à luz do princípio da proporcionalidade, concordamos com aqueles que defendem que antes de tornar obrigatória a vacinação se deverá recorrer a recursos menos intrusivos de combate à pandemia, tais como campanhas de informação e conscientização em relação à vacinação, obrigatoriedade da utilização das máscaras de protecção, ventilação dos ambientes, testagens, distanciamento entre as pessoas, teletrabalho sempre que possível, redução do número de pessoas em eventos, fortalecimento da qualidade dos serviços de saúde, etc²²⁰.

²¹⁷ CANAS, Vitalino – *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 1164.

²¹⁸ MODESTO, Jessica Andrade; ERHADT JÚNIOR, Marcos – Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate à covid-19. In FARIAS, Rodrigo Nóbrega; MASCARENHAS, Igor de Lucena (orgs.) – *COVID-19: saúde, judicialização e pandemia*. Curitiba: Juruá Editora Juruá, 2020, p. 154.

²¹⁹ Vide Processos n^{os} C 92/09 e C 93/09.

²²⁰ Disponível em WWW: <<https://www.sapo.pt/opiniaio/artigos/vacinacao-obrigatoria-em-portugal-e-legal>>. [Consult. 8 Abr. 2022].

Obviamente, o que aqui se defende assenta no pressuposto fático de que a vacinação disponível contra COVID-19 possui eficácia comprovada para neutralizar ou minimizar os riscos de contágio do vírus e que há recursos alternativos disponíveis, tais como os testes de detecção (os testes PCR e antígeno), que sugerem ou, pelo menos, possibilitam propor a existência de alternativa capaz de garantir com semelhante nível de segurança que a pessoa não represente risco de contágio para os demais²²¹.

Em Portugal, país no qual houve uma adesão voluntária massiva à vacinação, esta continua a ser apenas recomendada²²².

Porém, há que se registrar que essa solução poderá ser reequacionada caso a realidade venha a alterar-se, por exemplo, se porventura houver um aumento drástico da mortalidade diante do agravamento da situação pandémica²²³. Como bem salientam RUI GUIMARÃES e outros juristas, “a existência e interpretação do Direito tem que ser feita à luz da realidade a que deve ser aplicado; caso contrário, temos uma conceção delirante, alheada da realidade, do próprio Direito, o que significa a negação da sua própria razão de ser.”²²⁴.

Seja como for, o estabelecimento da vacinação obrigatória deve passar pelo pertinente juízo da proporcionalidade, devendo-se levar em consideração diferentes fatores, entre eles a efetividade das vacinas e os riscos diretos ou potenciais para quem as recebe²²⁵.

13.1 A objeção de consciência face à imposição da vacinação

O direito fundamental à objeção de consciência corresponde à posição subjectiva constante do Direito Constitucional (artigos 41, n. 6 e 276, n. 4), pela qual se isenta de quaisquer sanções o incumprimento de um dever jurídico específico, por razões

²²¹ SEIRA, César Cierco – “La vacuna-condición o el pasaporte de vacunación y su eventual encajeen un marco general de vacunación recomendada contra la COVID-19”. *National Library of Medicine*. Vol. 22, n.º 2 (Maio/Ago 2021), p. 82-88.

²²² “Em todo o mundo, as posições dos governos relativamente a tornar obrigatória a toma da vacina divergem. E se em Portugal a vacinação é voluntária, pela Europa há alguns setores em que é obrigatório tomar a vacina, como é o caso dos profissionais de saúde ou dos trabalhadores em lares.” Disponível em WWW: <<https://eco.sapo.pt/2021/07/14/nestes-paises-a-vacina-contr-a-covid-e-obrigatoria-para-alguns-setores/>>. [Consult. 8 Abr. 2022]. Ver também: <<https://www.dn.pt/sociedade/costa-portugal-entende-que-nao-deve-haver-vacinacao-obrigatoria-14393060.html>>. [Consult. 8 Abr. 2022].

²²³ Disponível em WWW: <<https://www.sapo.pt/opiniao/artigos/vacinacao-obrigatoria-em-portugal-e-legal>>. [Consult. 8 Abr. 2022].

²²⁴ GUIMARÃES, Rui [et al.] – Acesso e reutilização de registos clínicos para fins de investigação no âmbito da pandemia por COVID-19. *Revista do Ministério Público*. Vol. 163 (Jul./Set., 2020), p. 203-226.

²²⁵ CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021, p. 55.

relacionadas com as convicções do respectivo titular, desde que realizado de um modo individual, pacífico e privado²²⁶.

É a objeção de consciência um mecanismo de defesa constitucionalmente consagrado²²⁷ que visa salvaguardar a dignidade da pessoa humana quando esta seja posta em causa por uma determinada conduta²²⁸. Enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana e da liberdade de consciência, traduz-se na recusa em cumprir um dever jurídico-positivo²²⁹ fundada nos ditames da consciência do indivíduo, os quais abrangem razões (estritamente) morais, humanísticas, religiosas, filosóficas, sociológicas ou ideológicas - mas, em todo o caso, um juízo moral, radicado na consciência singular²³⁰, sem poder ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos.

Em decorrência do carácter multicultural das sociedades actuais (resultante, em certa medida, dos fluxos migratórios)²³¹, o instituto expandiu-se para além do domínio tradicional do serviço militar obrigatório (art. 276, n. 4, CRP), podendo ser invocado em quaisquer situações em que esteja em causa razões de consciência (morais, filosóficas, etc.)²³², fundadas em propósito firme, devidamente interiorizado, não de uma mera opinião; essa ideia, sendo convicta, deve impor-se à pessoa como algo a que ela está adstrita e que não pode deixar de dar seguimento²³³.

Porém, como todo direito fundamental, o direito à objeção de consciência pode ser limitado ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18, n. 2, CRP).

²²⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Objeção de consciência (direito fundamental à). In FERNANDES, José Pedro; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues (coords.) – *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa. Vol. 6 (1994), p. 165 e ss.

²²⁷ O n.º 2 do art. 10 da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* remete para as legislações nacionais o âmbito de exercício do direito. Na Constituição portuguesa, este direito está expressamente previsto, em termos gerais, no n.º 6 do art. 41, e, em termos especiais, quanto ao serviço militar, no n.º 4 do art. 276.

²²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 609-610.

²²⁹ Não se confunde, porém, com a desobediência ao direito (em sentido estrito), enquanto “simples incumprimento de um dever jurídico”, não motivado por razões de consciência e que desencadeia a aplicação de sanções, como nota: GOUVEIA, Jorge Bacelar – Objeção de consciência (direito fundamental à). In FERNANDES, José Pedro; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues (coords.) – *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa. Vol. 6 (1994), p. 165 e ss.

²³⁰ ADRAGÃO, Paulo Pulido; LEÃO, Anabela Costa – O Direito à Objeção de Consciência por parte do Chefe de Estado, em Questão. O caso da recusa de promulgação de actos legislativos por motivo de consciência. In AA. VV – *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora. Vol. 3 (2012).

²³¹ Idem.

²³² CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Op. cit.*, p. 616.

²³³ GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Op. cit.*, p. 165 e ss.

Miremos na realidade: em meio a pandemia do coronavírus – que já causou a morte de milhões de pessoas -, determinado empregado de uma empresa, invocando o direito à objeção de consciência, recusa a vacinar-se. A colisão de direitos fundamentais ocorre porque de um lado está a liberdade fundamental individual do empregado que se recusa a vacinar, pautado em ditames de consciência individual, e do outro está o valor constitucional coletivo, exercido pelo empregador, em nome do interesse de toda a sociedade de manter a preservação da vida dos cidadãos trabalhadores.

Em situações de difícil solução como a que fora exposta acima deve-se realizar a ponderação, em concreto, entre as liberdades e direitos fundamentais em conflito, recorrendo-se ao princípio da concordância prática estampado no n. 2 do art. 18, CRP.

Primeiramente, faz-se mister averiguar se a situação comporta, de fato, uma real ameaça à coletividade. Para tanto, deve-se investigar o nível de disseminação da pandemia na comunidade no momento da avaliação e as condições em que o trabalho é prestado, tais como se o funcionário trabalha sozinho ou com outras pessoas, interno ou externamente, se o local de trabalho possui ventilação adequada, a frequência e a duração da interação direta que o funcionário normalmente terá com outros funcionários e terceiros, o número de pessoas parcial ou totalmente vacinadas no ambiente de trabalho, se outros funcionários estão usando máscaras ou passando por testes de triagem de rotina, se há espaço disponível para o distanciamento social etc²³⁴.

Constatada a existência de ameaça real à coletividade e recusando-se o funcionário a atender a requisição da vacinação por causa de uma crença religiosa realmente sincera - não sendo suficiente uma simples crença “anti-vax”, como chama atenção MARGARET R. KURLINSKI²³⁵, o impasse está gerado²³⁶.

Ante tal situação, compreendo que a solução que melhor acomoda os interesses de ambos os lados é aquela que prevê que o empregador envide esforços para proporcionar acomodações razoáveis para o empregado que se recusa a ser vacinado contra o COVID-19. Nesse contexto, poderá o empregador exigir o uso contínuo de equipamentos de proteção individual, assegurar o trabalho à distância de colegas de trabalho ou não funcionários, o trabalho em um turno modificado, a realização de testes periódicos para COVID-19 ou até

²³⁴ *What You Should Know About COVID-19 and the ADA, the Rehabilitation Act, and Other EEO Laws*. Disponível em <https://www.eeoc.gov/wysk/what-you-should-know-about-covid-19-and-ada-rehabilitation-act-and-other-eeo-laws>.

²³⁵ KURLINSKI, Margaret R. – “COVID-19: An Employer's Role in Vaccination”. *Corporate Counsel*. Vol. 35, n° 1 (2021), p. 4-7.

²³⁶ *Ibid.*, p. 4-7.

mesmo oportunizar o teletrabalho ou a retribuição, desde que, obviamente, tais medidas não representem uma dificuldade indevida ou excessiva para o seu empreendimento²³⁷.

Assim, verificada a existência de real ameaça à coletividade, porém havendo alternativas razoáveis e disponíveis ao empregador que eliminem ou reduzam o risco da ameaça direta das pessoas não vacinadas, considero justificado o acolhimento da objeção de consciência à vacinação invocada pelo empregado²³⁸.

Em contrapartida, em não existindo alternativas razoáveis e disponíveis que possam ser implementadas pelo empregador, entendo que a recusa individual à vacinação, sob uma reserva de consciência, quando confrontado com um interesse fundamental coletivo, quando há risco à saúde da coletividade, não deve prevalecer, especialmente em tempos de pandemia²³⁹.

Conforme se percebe, o grande desafio será buscar compatibilizar a proteção coletiva com a liberdade de consciência individual. Seja como for, a objeção de consciência não pode ser examinada de maneira isolada: trata-se de atingir soluções que contemplem o respeito pelas liberdades individuais, a proteção do interesse comum e a defesa dos direitos fundamentais. Em nenhum caso, a sua invocação poderá ser um recurso para obstruir ou limitar direitos²⁴⁰.

14 É possível exigir “passaporte vacinal” no ambiente de trabalho?

Quando se coloca a questão da legitimidade de um empregador aceder a informações médicas, mais especificamente sobre o *status* da vacinação dos seus funcionários no âmbito da COVID-19, o que se faz é uma ponderação dos bens jurídicos e interesses em causa.

Enquanto a testagem nos locais de trabalho parece ser consensual entre empresas e trabalhadores, o conhecimento acerca do *status* de vacinação ou a exigência da

²³⁷ *What You Should Know About COVID-19 and the ADA, the Rehabilitation Act, and Other EEO Laws*. Disponível em WWW: <<https://www.eeoc.gov/wysk/what-you-should-know-about-covid-19-and-ada-rehabilitation-act-and-other-eeo-laws>>. [Consult. 15 Mar. 2022].

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ A Suprema Corte do Brasil (STF), na ADI nº 6586, 6587 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1267879, firmou o entendimento de que o interesse coletivo prevalece sobre os individuais, quando se trata de erradicar a doença da COVID-19, a despeito da Carta assegurar e proteger os direitos dos trabalhadores de índoles moral, espiritual e pessoal.

²⁴⁰ IRRAZÁBAL, Gabriela; BELLI, Laura; FUNES, María Eugenia – Direito à saúde *versus* objeção de consciência na Argentina. *Revista Bioética*. Brasília. Vol. 27, nº 4 (Out./Dez. 2019), p. 728-738. [Consult. 18 Maio 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/QsxNzMGKGRwsNpTz5KPMccQ/?lang=pt&format=pdf>>.

vacinação para adentrar nas instalações da empresa ou até mesmo aceder aos postos de trabalho continua a ser assunto polémico²⁴¹, conforme será exposto abaixo, mormente porque constitui, em última medida, numa forma indirecta de impor a vacinação obrigatória.

14.1 Da impossibilidade de exigência da vacinação sem suporte legislativo

Considerando que a vacinação contra a SARS-CoV-2 não tem, pelo menos não em Portugal, cariz obrigatório, há quem defenda que enquanto não houver alteração legislativa, não estariam os empregadores autorizados a exigir dos candidatos a emprego e/ou aos seus trabalhadores prova da imunização como condição de acesso às suas instalações ou ao posto de trabalho²⁴², posto que tal exigência seria, no final das contas, uma maneira indirecta de tornar a vacinação, que até o presente momento é apenas recomendada, em obrigatória²⁴³.

Essa defesa repousa no fato de que a restrição a direitos fundamentais só poderia ser operada por lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado do Governo (alínea *b*) do n. 1 do art. 165 da CRP)²⁴⁴ e, por consequência, o juízo de ponderação quanto à obrigatoriedade da vacinação deveria ser feito pelos órgãos de soberania constitucionalmente competentes, e não por uma entidade privada, desprovida de poderes públicos, como é a entidade empregadora, no seio de uma qualquer empresa²⁴⁵.

Neste sentido, não poderia o empregador, pautado num pretense poder de direção ou até no alegado cumprimento dos seus deveres em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, substituir-se ao Poder Público e tornar a vacinação contra COVID-19 obrigatória, por mera decisão unilateral, para toda e qualquer situação, nomeadamente em

²⁴¹ Disponível em WWW: <<https://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/patroes-admitem-vacinacao-obrigatoria-dos-trabalhadores>>. [Consult. 15 Mar. 2022].

²⁴² Disponível em WWW: <<https://abreuadvogados.com/conhecimento/publicacoes/helpdesk-covid-19/helpdesk-covid-19/poderes-de-controlo-do-empregador-para-a-vacinacao-e-outras-medidas-de-prevencao-da-doenca-covid-19/>>. [Consult. 15 Mar. 2022].

²⁴³ ANTUNES, Aquilino Paulo – Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 61, nº 2 (2020), p. 150.

²⁴⁴ “Essa reserva de competência legislativa parlamentar – e implicitamente reserva material de lei – estende-se a todos os aspectos do regime dos direitos, liberdades e garantia e não apenas ao caso das restrições, pois a al. b do art. 165º-1 não discrimina.” CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra Editora, 2007. p. 396.

²⁴⁵ Gerou grande repercussão o anúncio por parte do Citigroup, uma das maiores entidades bancárias dos Estados Unidos, de que iria despedir os funcionários não vacinados contra a covid-19 que não apresentassem uma justificação. Disponível em WWW: <<https://www.dn.pt/internacional/citigroup-vai-despedir-funcionarios-nao-vacinados-nos-eua-14472383.html>>. [Consult. 7 Mar. 2022].

situações que aparentemente não indicam qualquer risco adicional no exercício das atividades²⁴⁶.

Assim, segundo esta corrente, enquanto não houver previsão legal específica²⁴⁷ exigindo o passaporte vacinal para o exercício de atividades laborais, não poderá o empregador, imiscuindo-se na função dos poderes públicos competentes, impor o comprovante de vacinação a seus funcionários²⁴⁸.

14.2 Da obrigatoriedade da vacinação como corolário do poder diretivo do empregador

Em sentido diametralmente oposto²⁴⁹, há quem defenda de maneira mais taxativa que do mesmo modo que a entidade patronal pode fixar o teletrabalho como obrigatório para todos os trabalhadores, também poderá proibir ou restringir o acesso de terceiros, de acordo com determinadas regras, designadamente pela detenção de Certificado COVID, por ser a empresa um edifício privado²⁵⁰.

Este posicionamento encontra amparo no poder de direção consagrado pelo artigo 97, CT, que faculta ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser

²⁴⁶ AMADO, João Leal – Vacinação obrigatória para quem trabalha? *Observatório Almedina*. 12 Jan. 2022. [Consult. 7 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2022/01/12/vacinacao-obrigatoria-para-quem-trabalha/>>.

²⁴⁷ “In the European Union, several member states—such as France, Poland, Latvia and Bulgaria—have introduced policies of mandatory vaccination for certain diseases (e.g. measles), but none have applied this to COVID-19 vaccination. Italy was the first European country to make COVID vaccination mandatory for all healthcare workers, after discovering outbreaks inside hospitals related to medical staff who had declined the vaccine. In the UK, there are no compulsory vaccines and the government has stated that it has no intention of changing the law in this area despite COVID-19. Indeed, a policy of mandatory vaccination could infringe some rights of employees, as expressed by the European Convention on Human Rights, such as right to liberty and security (article 5), right to respect for private and family life (article 8), freedom of thought, conscience and religion (article 9) and prohibition of discrimination (article 14).” RIVA, Michele Augusto; PALADINO, Maria Emilia; PALEARI, Andrea; Belingheri, Michael – “Workplace COVID-19 vaccination, challenges and opportunities”. *Occupational Medicine*. England: Oxford. Vol. 72, nº 4 (Maio 2022), p. 235-237. DOI: <https://doi.org/10.1093/occmed/kqab080>.

²⁴⁸ Disponível em WWW: <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2022/01/12/vacinacao-obrigatoria-para-quem-trabalha/>>. [Consult. 7 Mar. 2022].

²⁴⁹ “Private employers and educational institutions have issued vaccine mandates. Decisional privacy is less of a legal issue in these established relationships because individuals lose some privacy protections to receive the benefits of employment or a formal education. In many contexts employees and students must submit themselves to drug testing as a condition of their employment or education, thereby limiting the number of otherwise legal substances they might consume. Employees and students might choose to limit their communications because technology use policies grant employers and schools access to electronic communications that would be considered private in other contexts. In the same vein, nothing under federal law prevents ‘an employer from requiring all employees physically entering the workplace to be vaccinated for COVID-19.’” SELLA-VILLA, David – “The COVID-19 Pandemic One Year On: Finding Balance Between Privacy and Public Health”. *The Business Lawyer*. Vol. 77 (Ago 2021). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3917827>.

²⁵⁰ Disponível em WWW: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/06/29/foi-barrado-na-sua-empresa-por-nao-estar-vacinado-lei-nao-permite-mas-ha-excecoes/>>. [Consult. 10 Mar. 2022].

prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem. O empregador goza de uma espécie de poder geral de comando, cabendo-lhe determinar a concreta função a ser exercida pelo trabalhador, o poder de conformar a prestação laboral e ainda poderes de vigilância e controlo acerca da atividade desenvolvida pelo trabalhador durante o pacto laboral²⁵¹.

Não se pode ignorar o fato de que uma força de trabalho mais vacinada pode implicar a redução dos custos do local de trabalho, uma vez que os trabalhadores vacinados terão menos chances de contrair de forma grave o vírus COVID-19 e conseqüentemente o empregador terá que despende menos com ausências ou perda de produtividade²⁵².

Seguindo esta linha de raciocínio, cogita-se, inclusive, de uma eventual responsabilização dos empregadores²⁵³, na medida em que a permissão de acesso de indivíduos não vacinados às suas instalações pode representar, em última medida, um risco de contaminação dos demais que compartilham do mesmo ambiente²⁵⁴.

A exigência de prova da imunização dos trabalhadores dar-se-ia com base nas alíneas *h*) e *i*) do artigo 9, n. 2, RGPD (por ser necessária para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho ou por motivo de interesse público no domínio da saúde pública), na medida em que incumbe ao empregador garantir a prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde e a exigência da vacinação é considerada medida que visa à contenção da pandemia, ao que acresce o próprio considerando 46, RGPD, que prevê a necessidade de tratamento desta categoria se for necessário para fins humanitários, incluindo a monitorização

²⁵¹ AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho noções básicas. Almedina, 2019, 3ª edição, p. 204.

²⁵² “A mandatory vaccination approach also makes it more likely that a business can open and stay open. Even if there are no medical consequences, a single positive COVID-19 test can lead an employer to fully stop operations, particularly in industries like dining and hospitality. A highly vaccinated workplace reduces the likelihood of such stoppages. At the same time, high vaccination rates can accelerate a “return to normal” by making it safer for the workforce to return to the office or otherwise resume normal operations, and by creating a safer environment for customers.” BROWN, Jessica; ELLIOT, Lauren J.; RAUCH, Daniel – “An employer playbook for the covid ‘vaccine wars’: strategies and considerations for workplace vaccination policies”. *Practical Lawyer*. Vol. 67, nº 1 (2021), p. 20-30.

²⁵³ “Across the United States, lawsuits for wrongful death, negligence, and retaliation are being filed against businesses for their failure to protect employees and the public from the known dangers of COVID-19. Tyson Foods was sued for wrongful death by the widow of a Tyson employee who contracted COVID-19 five days after administering temperature checks for Tyson employees at a meatpacking plant. He died from COVID-19 two weeks later. A Trader Joe's employee filed a complaint with the National Labor Relations Board claiming he was terminated in retaliation for requesting greater COVID-19 protections from his employer. New York sued Amazon for disregarding health standards in Amazon warehouses. Colorado congressman Doug Lamborn was sued by a former employee who claims the congressman failed to implement any safety standards and as a result contributed to the spread of COVID-19 to his staff. Most recently, following the death of four courthouse workers, the Superior Court of Los Angeles was fined more than \$25,000.00 for COVID-19 safety violations.” FALKS, H. R. – “Covid-19 employer liability still unknown”. *Court Review*. Vol. 57, nº 3, p. 164-171.

²⁵⁴ BROWN, Jessica; ELLIOT, Lauren J.; RAUCH, Daniel – *Op. cit.*, p. 20-30.

de epidemias e da sua propagação ou em situações de emergência humanitária, em especial em situações de catástrofes naturais e de origem humana”. Tendo em vista que a pandemia de COVID-19 provocou uma crise sanitária de natureza e escala sem precedentes, não há como negar que a luta contra a COVID-19 traduz-se como um interesse público importante, sendo, inclusive, reconhecida como tal pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD)²⁵⁵.

Com base em tais considerações, desde que não afronte a legislação existente, estaria o empregador autorizado a adotar uma política de vacinação obrigatória em toda e qualquer situação²⁵⁶. Seja como for, não há como ignorar que a falta de expressa previsão legislativa termina por travar a implementação de tal medida no âmbito das empresas, ante os receios que gravitam em torno da questão, a saber *i)* dúvidas em relação ao procedimento administrativo a ser seguido no caso, por exemplo, de serem suscitadas isenções quanto à vacinação obrigatória; *ii)* preocupações em torno da possibilidade de invasão da privacidade dos funcionários; *iii)* natureza impopular de tal uma política; e/ou *iv)* preocupações com relação à responsabilidade no caso de efeitos adversos por reação à vacina²⁵⁷.

Na prática, até que a vacina contra COVID-19 seja tornada obrigatória pelos órgãos públicos competentes, a melhor estratégia continua a ser o diálogo e a conscientização com os funcionários da empresa, cabendo aos empregadores esclarecer as possíveis dúvidas sobre a segurança e a eficácia das vacinas²⁵⁸.

²⁵⁵ Diretrizes 03/2020 sobre o tratamento de dados relativos à saúde para efeitos de investigação científica no contexto do surto de COVID-19. Adotadas em 21 de abril de 2020. Disponível em WWW: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_pt.pdf. [Consult. 7 Jul. 2022].

²⁵⁶ RELATÓRIO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO nos termos do art. 16º, nº 2, do Regulamento (UE) 2021/953 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um quadro para a emissão, verificação e aceitação de certificados interoperáveis de vacinação, teste e recuperação contra a COVID-19 (UE Digital COVID Certificado) para facilitar a livre circulação durante a pandemia de COVID-19. Bruxelas, 15 Mar. 2022. Disponível em WWW: < https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0138_PT.html>. [Consult. 20 Jul. 2022].

²⁵⁷ ABBATE-DATTILO, Pamela – “Navigating the legal challenges of covid-19 vaccine policies in private employment: school vaccination laws provide roadmap”. *Mitchell Hamline Law Review*. Vol. 47, nº 3 (2021), p. 1019.

²⁵⁸ “Communication on vaccine efficacy and safety should be open and honest, non-stigmatizing with frequent updates. Early data show that the vaccines may prevent transmission of COVID-19, so employees should understand that community protection and individual protection are dependent on all the population being immune/vaccinated.” RIVA, Michele Augusto; PALADINO, Maria Emilia; PALEARI, Andrea; Belingheri, Michael – “Workplace COVID-19 vaccination, challenges and opportunities”. *Occupational Medicine*. England: Oxford. Vol. 72, nº 4 (Maio 2022), p. 235-237. DOI: <https://doi.org/10.1093/occmed/kqab080>.

14.3 Da possibilidade da exigência da vacinação quando preenchido o requisito da necessidade

Como é cediço, constitui dever primordial do empregador zelar pela saúde e segurança de seus trabalhadores e prevenir riscos laborais. Diante desta perspectiva, incumbe-lhe adotar as recomendações das autoridades de saúde no que diz respeito ao combate da pandemia do COVID-19, notadamente as medidas de implementação do teletrabalho, o fornecimento de equipamento de proteção individual, a manutenção das distâncias de segurança e a realização de desinfecção e limpezas periódicas das instalações²⁵⁹.

Para além das situações previstas na legislação em matéria de saúde e segurança no trabalho, o empregador não pode, por regra, segundo o artigo 19, CT, exigir do candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, para efeitos de admissão ou permanência no emprego. Em que pese o dispositivo referir-se apenas a testes e exames médicos, e não especificamente a certificados de vacinação, pode-se interpretá-lo como contemplando todos os tipos de comprovativos, inclusive o comprovativo de vacinação²⁶⁰. O princípio geral é o mesmo, a proteção da esfera privada do empregado.

Porém, em algumas situações elencadas pela própria norma, comportam-se exceções, a saber: *i*) quando tiver por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros ou *ii*) quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem. Em todo o caso, a justificativa deverá ser fornecida ao candidato a emprego ou ao empregado por escrito e o empregador apenas será comunicado pelo médico responsável pelos testes e exames médicos se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade²⁶¹.

O debate assume contornos delicados quando subordina-se o acesso ao mercado de trabalho à apresentação de um certificado de vacinação, uma vez que tal informação diz respeito a um dado sensível relativo à saúde do empregado e, como tal, pode afetar alguns outros direitos e liberdades fundamentais, tais como o direito ao livre

²⁵⁹ Disponível em WWW: <<https://adcecija.pt/passaporte-de-imunidade-no-contexto-laboral/>>. [Consult. 10 Mar. 2022].

²⁶⁰ Disponível em WWW: <<https://eco.sapo.pt/2021/08/28/sem-vacinacao-obrigatoria-lei-impede-exigencia-de-certificado-pelas-empresas/>>. [Consult. 7 Abril. 2022].

²⁶¹ Art. 19, CT.

desenvolvimento da personalidade, o direito à segurança no emprego²⁶² e o direito ao trabalho²⁶³.

Com efeito, de um lado está a autodeterminação dos indivíduos, o livre desenvolvimento da personalidade humana, o direito ao trabalho, à liberdade e à privacidade das pessoas, e de outro está a saúde e o dever do empregador de garantir um ambiente de trabalho sadio e seguro para os seus empregados. Caberá ao aplicador do direito sopesar os bens e interesses em confronto no caso concreto e verificar se o objetivo porventura não poderia ser atingido através de outro meio menos intrusivo.

Como outrora já alertamos, apesar de serem inegáveis os benefícios da vacinação para a coletividade como um todo e até provocar um certo espanto a aversão de algumas pessoas à imunização, o debate está longe de ser tranquilo. O responsável pelo tratamento/empregador haverá de verificar com a máxima acuidade possível se a exigência da vacinação é, de fato, justificável.

Consoante pode-se extrair do n. 1 do art. 19, CT, a empresa não poderá exigir o comprovativo de vacinação com base em preocupações gerais de segurança e saúde no local de trabalho, tampouco por mera conveniência empresarial. Pelo contrário, será necessário que particulares características da atividade justifiquem tal exigência, devendo a empresa fornecer por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação²⁶⁴.

A obrigatoriedade da comprovação da vacinação contra a COVID-19 haverá de passar pelo teste da proporcionalidade. A depender do tipo de atividade desenvolvida e das condições em que o trabalho é prestado, a exigência do certificado de vacinação poderá ser considerada medida ilegítima e desproporcional, particularmente se o objetivo puder ser atingido por outra via menos intrusiva²⁶⁵. Por exemplo, a imposição da vacinação em postos de trabalho em que não há um contato próximo entre as pessoas muito provavelmente será considerada ilegítima, posto não haver um perigo significativo de propagação do vírus²⁶⁶,

²⁶² Art. 53, CRP.

²⁶³ Art. 58, CRP.

²⁶⁴ Disponível em WWW: <<https://eco.sapo.pt/2021/08/28/sem-vacinacao-obrigatoria-lei-impede-exigencia-de-certificado-pelas-empresas/>>. [Consult. 7 Jul. 2022].

²⁶⁵ GODINHO, João Carlos Carvalho – *A (re)discussão dos fundamentos da vacinação humana obrigatória*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 55-56; GOMES, Carla Amado – *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999. p. 120-121.

²⁶⁶ BROWN, Jessica; ELLIOT, Lauren J.; RAUCH, Daniel – “An employer playbook for the covid ‘vaccine wars’: strategies and considerations for workplace vaccination policies”. *Practical Lawyer*. Vol. 67, n° 1 (2021), p. 20-30.

além de que outras medidas menos restritivas podem ser suficientes para mitigar os riscos de infecção e propagação da COVID-19²⁶⁷.

Em outras circunstâncias, entretanto, pode ser legítimo ou até recomendável que as empresas se cerquem de maiores cuidados e exijam de seus funcionários o referido certificado de vacinação. Aqui, podemos incluir os empregados que laboram em lares de idosos e nos domínios da prestação dos cuidados de saúde²⁶⁸. Porém, como bem adverte CÉSAR CIERCO SEIRA, a generalização da vacinação não pode ser estabelecida por si só como o motivo que justifica a condição. A fundamentação deve se dar à luz da natureza da atividade condicionada e, portanto, do interesse sanitário em reduzir o risco de contágio em seu desenvolvimento. Não se trata, segundo o autor, de escolher as atividades mais cotidianas para condicionar a participação nelas ao fato de estar vacinado e, assim, promover a extensão da vacina em postos de controle estratégico. Há que se identificar quais as atividades especialmente arriscadas para que se possa justificar o aumento das precauções quanto ao risco de contágio da doença e a exigência da prova de vacinação. Trata-se de um exercício complexo, onde, além de se analisar a natureza da atividade e/ou profissão em questão, deve-se também observar as características intrínsecas, exposição ao contágio, nível de contato, etc²⁶⁹.

Assim, entendemos que o parâmetro norteador para legitimar a imposição da vacinação contra a COVID-19 será a proporcionalidade. Atividades que não implicam um risco acrescido de contaminação, seja porque não há um contato excessivo entre os trabalhadores ou até com terceiros, seja porque o local de trabalho possui grande ventilação, devem se valer de outros meios menos intrusivos para evitar a propagação da doença. De outro lado, atividades que exigem um contato próximo e inevitável entre os trabalhadores e principalmente com pessoas vulneráveis estão legitimadas a pedir a prova de vacinação.

A propósito, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha teve a oportunidade de se pronunciar recentemente sobre o assunto, tendo decidido pelo indeferimento de Reclamação Constitucional questionando a obrigatoriedade de funcionários dos setores de saúde e assistência apresentarem comprovante de vacinação contra a COVID-

²⁶⁷ CHALATURNYK, Lauren – “Covid-19 vaccines in the workplace: employees”. *LawNow*. Vol. 45, nº 5 (2021), p. 36-38.

²⁶⁸ Disponível em WWW: <<https://adcecija.pt/passaporte-de-imunidade-no-contexto-laboral/>>. [Consult. 10 Mar. 2022].

²⁶⁹ SEIRA, César Cierco – “La vacuna-condición o el pasaporte de vacunación y su eventual encajeen un marco general de vacunación recomendada contra la COVID-19”. *National Library of Medicine*. Vol. 22, nº 2 (Maio/Ago 2021), p. 82-88.

19. Na ocasião, entendeu-se que apesar da grande intensidade da ingerência, os direitos e liberdades fundamentais dos profissionais que atuam nos setores de saúde e assistência devem recuar com vistas a proteger grupos vulneráveis de adoecer gravemente ou até morrer de COVID-19. Ressaltou-se que a obrigação de prova de vacinação é proporcional em sentido estrito para os profissionais dos setores de saúde e assistência, pois, devido à natureza de seu trabalho, estão regularmente em contato intenso e próximo com pessoas vulneráveis, o que torna o risco aumentado de transmissão representado por funcionários que não foram vacinados e não recuperados mais relevantes e leva a um aumento considerável da necessidade de proteção das pessoas vulneráveis²⁷⁰.

Outro aspecto que merece atenção é a evolução da situação epidemiológica causada pela pandemia da doença COVID-19, que, pelo menos em Portugal, tem sido positiva. Medidas de limitação da esfera jurídica da liberdade individual que anteriormente se justificavam para fazer frente à pandemia agora podem ser consideradas desnecessárias ou desproporcionais²⁷¹.

Toda e qualquer medida adotada no que respeita à pandemia de COVID-19 não deve ir além do estritamente necessário para salvaguardar a saúde pública. As operações de tratamento dos dados pessoais serão consideradas legítimas e proporcionais sempre que o meio se revelar necessário para a satisfação de uma finalidade concreta²⁷², cumprindo ao aplicador do direito adotar, dentre as medidas adequadas à prossecução do fim a atingir, a medida menos restritiva possível para os direitos fundamentais²⁷³.

Logo, com fulcro nos princípios da proporcionalidade e da concordância prática, dependendo da situação em concreto e da evolução da situação epidemiológica, poderá o empregador exigir dos seus funcionários a apresentação de comprovante de imunização, porém, em todo o caso, deve atuar com a máxima cautela possível, atentando-se precisamente à finalidade e à correspondente base legal autorizativa para o tratamento dessa

²⁷⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 -, Rn. 1-281. Disponível em WWW: <http://www.bverfg.de/e/rs20220427_1bvr264921.html>. [Consult. 24 Maio 2022].

²⁷¹ Ante a evolução positiva da situação epidemiológica causada pela pandemia da doença COVID-19, o art. 13-C do Decreto nº 10-A/2020, que até então previa a possibilidade de se realizar medições de temperatura corporal a trabalhadores para efeitos de acesso e permanência no local de trabalho, por motivos de proteção da saúde do próprio e de terceiros, foi revogado pelo art. 4º do Decreto-Lei nº 23-A/2022.

²⁷² Disponível em WWW: <<http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspesos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>>. [Consult. 22 Mar. 2022].

²⁷³ MIRANDA, Jorge – *Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 339.

categoria especial de dados²⁷⁴, particularmente porque o certificado de vacinação contém dados sensíveis relativos à saúde que devem ser protegidos devido à sua íntima ligação com a privacidade²⁷⁵.

15 Proibição de discriminação no trabalho em razão do *status* da vacinação

O debate em torno da vacinação obrigatória e as decisões sobre contratação, manutenção ou extinção do contrato baseadas na imunidade – real ou suposta - demonstram que a COVID pode converter-se em fator de discriminação, em geral, e no contexto da relação laboral, em particular. Isso acontece porque a COVID não repercute apenas sobre os contagiados, mas também sobre as pessoas que permanecem saudáveis, na medida em que as políticas de combate à enfermidade são de ordem pública e supõem severas restrições aos direitos fundamentais de todas as pessoas²⁷⁶.

De uma perspectiva econômica e organizacional, os empregadores têm um interesse legítimo de que o ambiente de trabalho esteja livre de COVID, uma vez que eventual surto no espaço de trabalho pode, em última instância, provocar a paralisação da atividade produtiva. De outro lado, a possibilidade de levar em consideração elementos que demonstrem que o empregado não apresenta risco de COVID, como eventual comprovação de vacinação, pode vulnerar alguns direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores²⁷⁷.

A Constituição prevê que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender²⁷⁸” e que todos os trabalhadores, sem distinção de qualquer natureza, têm direito “a prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde²⁷⁹”. Ainda, que os empregados possuem o direito de desenvolver as suas atividades laborais sob condições de segurança, incumbindo ao empregador garantir “boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral”, “tendo em conta a protecção da segurança e saúde do trabalhador”²⁸⁰.

²⁷⁴ Guia técnico, LGPD no ambiente laboral, imunização e testagem de empregados como medida de enfrentamento à Covid-19. Disponível em WWW: <<https://comply4.tech/ebook/>>. [Consult. 9 Feb. 2022].

²⁷⁵ SEIRA, César Cierco – “La vacuna-condición o el pasaporte de vacunación y su eventual encajeen un marco general de vacunación recomendada contra la COVID-19”. *National Library of Medicine*. Vol. 22, nº 2 (Maio/Ago 2021), p. 82-88.

²⁷⁶ CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021, p. 18-28.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 29-30.

²⁷⁸ Art. 66, nº 1, CRP.

²⁷⁹ Art. 59, nº 1, al. c), CRP.

²⁸⁰ Art. 127, nº 1, CT.

As obrigações empresariais de prevenção de riscos laborais atuam num plano distinto das medidas de saúde pública, pois enquanto as primeiras pretendem proteger os trabalhadores enquanto tal, as últimas visam evitar a propagação da enfermidade de um modo geral e não exclusivamente no entorno laboral, sendo tal distinção importante para determinar o alcance das faculdades empresariais²⁸¹.

No âmbito da prevenção de riscos laborais, as faculdades empresariais são exercidas com a finalidade específica de diminuir o risco a que o trabalhador está exposto pela natureza do trabalho (v.g. pessoal sanitário), e não de proteger em abstrato a saúde do trabalhador. Não deve o empregador extrair das normas de saúde pública, que estão voltadas especificamente às autoridades públicas, a habilitação para a adoção de medidas de combate à pandemia de caráter geral²⁸².

Neste sentido, não é indene de dúvida a possibilidade de o empregador decidir, unilateralmente, submeter os seus empregados a exames médicos, sem ao menos uma adequada análise de proporcionalidade. Os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores aparecem nesses casos como limites ao poder de direção no contexto da prevenção de riscos laborais. Por exemplo, o direito à privacidade e à integridade física impedem que o empregador realize exames médicos periódicos, inclusive diários, para verificar se os empregados contraíram a enfermidade, caso a atividade laboral em concreto não ofereça um risco específico de exposição a agentes biológicos determinados, como o coronavírus²⁸³.

A incerteza aumenta quando o propósito é averiguar a repercussão laboral da vacinação, devido à potencialidade mais invasiva da medida. É por isso que alguns juristas defendem que a obrigatoriedade da vacinação deve ser imposta por lei, e não por vontade do empregador, pois pode produzir consequências de alto relevo sobre os direitos fundamentais. Segundo IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO, as normas de prevenção de riscos laborais criam obrigações relativas à vacinação apenas para o empregador, no sentido de oferecer essa possibilidade aos seus empregados, e unicamente em atividades com risco específico de exposição a agentes biológicos (v.g. pessoal sanitário). Conforme o autor, a COVID é um problema de saúde pública, uma enfermidade que não sugiu no contexto de uma atividade concreta, e, portanto, não ocupa prioritariamente o plano da prevenção de riscos laborais.

²⁸¹ CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021. p. 33-35.

²⁸² *Ibid.*, p. 35-48.

²⁸³ *Ibid.*, p. 35-48.

Desse modo, eventual imposição deve partir das autoridades sanitárias, e não de um empregador, sendo as sanções pela recusa aquelas previstas na norma, que, por certo, não permitirá a administração forçada da vacina, mas poderá contemplar sanções ou limitações para quem as recuse, em forma de multas ou restrições à mobilidade²⁸⁴.

A par da imposição da vacinação, também há objeção quanto à possibilidade de o empregador indagar o candidato a emprego ou o trabalhador de aspectos relacionados à COVID, mormente porque esta é considerada uma enfermidade estigmatizadora e que é fonte de discriminação. Com efeito, o empregador tem o legítimo interesse de buscar os empregados mais aptos e que possam oferecer o melhor rendimento para o trabalho, contudo esse interesse empresarial por vezes pode colidir com os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores. Esse panorama assume relevância no contexto da COVID, quando o empregador, para otimizar a sua atividade produtiva, pretenda saber se o trabalhador já superou a enfermidade ou se já foi vacinado contra a doença²⁸⁵.

Incurções desta natureza podem ensejar práticas discriminatórias no contexto da relação laboral, cabendo ao poder empresarial ponderar o seu “legítimo interesse” com as liberdades individuais do trabalhador, particularmente o direito à privacidade e o direito à proteção de dados, que são os mais diretamente afetados nestas situações. Via de regra, o empregador não poderá realizar averiguações sobre o estado de saúde do trabalhador, a não ser que seja relevante para constatar a aptidão para o trabalho. Em outros termos, somente poderão ser objeto de tratamento os dados estritamente necessários para o desempenho da atividade laboral, e não apenas convenientes ou úteis para a organização empresarial, pois a perspectiva será sempre de proteção do trabalhador²⁸⁶.

Decisões empresariais aparelhadas em uma enfermidade estigmatizadora como a COVID que afetam trabalhadores saudáveis (v.g. despedida diante da recusa em se vacinar – sem valorar-se neste momento se o empregador está legitimado a conhecer essa informação) devem ser consideradas nulas, na medida em que o mero risco potencial de contágio não justifica a adoção de medidas preventivas desta natureza e podem conduzir à discriminação²⁸⁷.

Em suma, os direitos de privacidade, de proteção de dados e de não discriminação coíbem a tomada de decisões empresariais baseadas em mera probabilidade estatística de que a pessoa possa vir a sofrer uma enfermidade ou uma limitação de suas

²⁸⁴ CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021. p. 48-56.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 57-64.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 57-64.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 114-115.

condições físicas, impedindo, assim, a indagação sobre o estado de saúde do trabalhador quando não houver qualquer vinculação com a prevenção de riscos laborais. Ter-se-ia, portanto, como ilegítima a investigação sobre a imunidade de trabalhador saudável, máxime quando a decisão resultar prejudicial a este trabalhador (v.g. decisão de não contratação ou de extinção do contrato por elevada predisposição a padecer de determinada enfermidade)²⁸⁸.

A busca por maior benefício empresarial, fora do âmbito da prevenção de riscos laborais, não é justificativa para desvendar informações de particular sensibilidade do empregado, como aquelas relativas à sua saúde. O direito à proteção de dados atua como limite específico dos poderes empresariais, de modo que quanto maior for o risco para os direitos e liberdades dos titulares dos dados, caso dos dados sensíveis, maior será a necessidade de estabelecerem-se salvaguardas adequadas.

A OIT já demonstrou preocupação em relação a não discriminação no tratamento de dados quando, no Repertório de recomendações práticas sobre proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, aprovado em 1997, deixou assente que a utilização dos dados pessoais não deve comportar, direta ou indiretamente, uma discriminação contra indivíduos ou grupos de trabalhadores²⁸⁹. Especificamente sobre o assunto, o Comité Europeu de Proteção de Dados ressaltou que a extensão da utilização do Certificado Verde Digital - o fato de ter sido (ou não) vacinado ou recuperado do COVID-19 - para outros outros âmbitos, como o laboral, não deve conduzir legal ou factualmente à discriminação²⁹⁰.

Sob o risco de incorrer-se em conduta discriminatória, a investigação sobre o estado de saúde do trabalhador deve se limitar a constatar a aptidão psicofísica do trabalhador para o desempenho da atividade laboral. Assim, a menos que haja alguma conexão com a prevenção dos riscos laborais, entendemos que o empregador não pode obter informação ou tomar uma decisão prejudicial ou pejorativa com base em dados de índole meramente probabilística²⁹¹.

No mesmo sentido vai a disposição do art. 25, n. 2, CT, que estabelece não configurar discriminação o comportamento baseado em factor de discriminação que constitua

²⁸⁸ CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021. p. 64-69.

²⁸⁹ Disponível em WWW: <https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf>. [Consult. 15 Abr. 2022].

²⁹⁰ *EDPB-EDPS Joint Opinion 04/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate)*, 31 March 2021. Disponível em WWW: <https://edps.europa.eu/system/files/2021-04/21-03-31_edpb_edps_joint_opinion_digital_green_certificate_en_0.pdf>. [Consult. 15 Abr. 2022].

²⁹¹ CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Op. cit.*, p. 122-123.

um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, em virtude da natureza da actividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional. *A contrario sensu* e indo ao encontro do que aqui defendemos será discriminatória a prova da imunização quando esta não constituir em requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional ou, noutras palavras, quando não houver conexão com a prevenção dos riscos laborais.

16 Proteção de dados e *status* da vacinação

A pandemia do coronavírus, para além de reflexos na saúde pública, tem abalado o direito à privacidade dos indivíduos. O processamento de informações pessoais tem se mostrado bastante útil na execução de políticas para o enfrentamento da pandemia, mas deve-se questionar até que ponto tal utilidade é realmente benéfica: O interesse coletivo legitima toda e qualquer limitação ao direito à privacidade ou há limites ao tratamento e divulgação desses dados em situações como a atual? O combate ao COVID-19 justifica danos colaterais ao indivíduo decorrentes do tratamento de seus dados pessoais?²⁹²

A importância da privacidade e da proteção de dados foi destacada por várias legislações em todo o mundo, sendo o objetivo comum de todas elas promover a proteção das informações pessoais processadas por órgãos públicos e privados, dentre as quais se inclui o *status* da vacinação dos indivíduos no contexto do combate à pandemia do COVID-19²⁹³.

A confirmação da vacinação contra o COVID-19 passou a ser exigida como condição para viajar, entrar em espaços públicos e até para aceder ao local de trabalho, sendo que a exigência para este último caso tem provocado intensos debates e resultado em diferentes abordagens ao redor do mundo²⁹⁴.

²⁹² MODESTO, Jessica Andrade; ERHADT JÚNIOR, Marcos – Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate à covid-19. In FARIAS, Rodrigo Nóbrega; MASCARENHAS, Igor de Lucena (orgs.) – *COVID-19: saúde, judicialização e pandemia*. Curitiba: Juruá Editora Juruá, 2020, p. 149-152.

²⁹³ Disponível em WWW: <<https://www.rsm.global/insights/gdpr/covid-19-vaccination-status-and-data-privacy>>. [Consult. 19 Jul. 2022].

²⁹⁴ “The approaches taken to the collection and processing of vaccination data across the EU and the UK are varied. Several countries including Belgium, France, Germany, Italy, the Netherlands, and Ireland have issued guidance indicating that employers are not permitted to ask employees about their vaccination status because there is no valid legal basis to do so. In some countries, such as the Netherlands and Italy, if employees disclose information relating to their vaccination status to occupational health physicians, the physician may be permitted to process health data in certain circumstances (e.g., the Netherlands permits processing of such data in the event of absenteeism or reintegration of employees), but will be bound by confidentiality obligations and therefore cannot disclose this information to the employer. That said, inquiries of a general nature may be allowed (e.g., the Italian regulations permit an employer to ask the

Os empregadores enfrentam o dilema de exigir que seus funcionários sejam vacinados ou comprovem sua estado de vacinação²⁹⁵. São frequentes as dúvidas sobre se realmente podem ou não perguntar aos empregados acerca do seu *status* de vacinação e, em caso afirmativo, como é que poderão proceder ao processamento de tais informações²⁹⁶.

Como analisado no tópico anterior, medidas adotadas pelas empresas no âmbito da prevenção de riscos laborais, para garantir a segurança do local de trabalho, devem ser consideradas justas, especialmente quando não existirem alternativas menos intrusivas para alcançar-se o mesmo resultado. Com efeito, em contextos específicos de emprego, as vacinas podem ser consideradas uma medida de segurança necessária para funcionários que trabalham em hospitais, instalações médicas, serviços de emergência ou qualquer outro serviço de saúde da linha de frente²⁹⁷.

Assim, em determinadas situações específicas e com vistas a cumprir a obrigação geral de garantir um local de trabalho seguro e minimizar o risco de exposição ao COVID-19, estarão os empregadores legitimados a perguntar sobre o *status* de vacinação de seus funcionários²⁹⁸. Em todo o caso, a informação deverá ser recolhida para fins específicos e legítimos e na medida do estritamente necessário para proteger os direitos à vida e à saúde, pois o tratamento desse tipo de informação também pode vulnerar algumas liberdades individuais, como a privacidade dos indivíduos, além de pôr em causa um dado sensível relativo à saúde dos indivíduos, que, como tal, somente pode ser objeto de tratamento em circunstâncias muito limitadas e está sujeito a normas de proteção mais rigorosas²⁹⁹.

Desse modo, mesmo quando a coleta e o processamento da situação vacinal dos funcionários de uma empresa for expressamente autorizada pelo Poder Público, o

occupational health physician whether an employer is fit for work). By contrast, other countries such as Austria, Finland, Spain and the United Kingdom permit an employer to collect health data from employees to the extent that the information is necessary to ensure the safety of the workplace (*i.e.*, to prevent infections at the workplace). This processing of data is based on Article 9(2)(b) of the GDPR, which permits the processing of health data “for the purposes of carrying out the obligations and exercising specific rights of the controller or of the data subject in the field of employment.” Disponível em WWW: <<https://www.insideprivacy.com/covid-19/covid-19-processing-of-vaccination-data-by-employers/>>. [Consult. 11 Abr. 2022].

²⁹⁵ Disponível em WWW: <<https://www.dataguidance.com/opinion/europe-covid-19-vaccination-status-what-can>>. [Consult. 11 Abr. 2022].

²⁹⁶ Disponível em WWW: <<https://www.insideprivacy.com/covid-19/covid-19-processing-of-vaccination-data-by-employers/>>. [Consult. 11 Abr. 2022].

²⁹⁷ Disponível em <https://www.insideprivacy.com/covid-19/covid-19-processing-of-vaccination-data-by-employers/>.

²⁹⁸ Disponível em WWW: <<https://www.insideprivacy.com/covid-19/covid-19-processing-of-vaccination-data-by-employers/>>. [Consult. 30 Mar. 2022].

²⁹⁹ Disponível em WWW: <<https://www.insideprivacy.com/covid-19/covid-19-processing-of-vaccination-data-by-employers/>>. [Consult. 30 Mar. 2022].

empregador deverá ser extremamente cauteloso e seguir rigorosamente os termos da legislação de proteção de dados³⁰⁰, dada a especial sensibilidade que é revestida esse tipo de informação. Como advertem JESSICA ANDRADE MODESTO e MARCOS ERHADT JÚNIOR, a tutela do direito à saúde, privacidade e proteção de dados devem coexistir³⁰¹.

Abaixo serão expostas considerações acerca dos requisitos necessários para coletar, processar e divulgar as informações pessoais relacionadas ao *status* de vacinação e sobre as medidas organizacionais e técnicas razoáveis que podem ser adotadas pelo empregador/responsável pelo tratamento a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados/empregado.

16.1 A coleta e o processamento de dados sobre a situação vacinal à luz do RGPD

Para além da discussão acerca da obrigatoriedade da vacinação, surge um novo questionamento em face do RGPD³⁰²: Pode o empregador exigir de seus empregados a apresentação do comprovante de vacinação, que revela uma informação sensível?

Cumprir ressaltar que a condição de vacinado ou não do empregado, enquanto dado relativo à saúde, é um dado pessoal que revela uma informação sensível do trabalhador, e, como tal, possui uma proteção reforçada no RGPD, ante o seu potencial discriminatório elevado. Portanto, além de cumprir os requisitos gerais de proteção de dados, é preciso atentar-se às regras especiais que regem os dados sensíveis.

Antes de mais nada, é preciso ter em mente que o RGPD se aplica ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento manual ou por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros³⁰³ ou a eles destinados (art. 2, n. 1, RGPD). Isto significa dizer que caso a empresa

³⁰⁰ Disponível em WWW: <<https://www.rsm.global/insights/gdpr/covid-19-vaccination-status-and-data-privacy>> [Consult. 30 Mar. 2022].

³⁰¹ MODESTO, Jessica Andrade; ERHADT JÚNIOR, Marcos – Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate à covid-19. In FARIAS, Rodrigo Nóbrega; MASCARENHAS, Igor de Lucena (orgs.) – *COVID-19: saúde, judicialização e pandemia*. Curitiba: Juruá Editora Juruá, 2020, p. 150.

³⁰² “From privacy perspective vaccine mandates are effectively a single exchange of data. An employee, for example, delivers proof of vaccination once and the employer makes a record of that event. Privacy protections apply to that single data record”. SELLA-VILLA, David – “The COVID-19 Pandemic One Year On: Finding Balance Between Privacy and Public Health”. *The Business Lawyer*. Vol. 77 (Ago 2021). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3917827>.

³⁰³ Segundo o Art. 4º/6 do RGPD, ficheiro corresponde a qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios específicos, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico.

realize apenas uma verificação visual do certificado de vacinação, porém não retenha nenhum dado pessoal, então não será o caso de aplicar-se o regime previsto no RGPD. Ao reverso, se houver alguma espécie de processamento do dado, o empregador deverá atentar-se à disciplina específica do regime jurídico da proteção de dados.

Como esclarece IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO, o direito à proteção de dados não protege qualquer informação que o empregador venha a conhecer, ele é um direito instrumental que pretende garantir que o armazenamento da informação pessoal é segura e que seu uso se vincula ao fim correto. O direito à proteção de dados não deriva automaticamente da afetação ao direito à privacidade, ou seja, de que certa informação seja ou não conhecida, mas que seja objeto de efetivo tratamento³⁰⁴.

Em sendo a informação recolhida objeto de efetivo tratamento ou destinada a ser incluída em um ficheiro suscetível de tratamento, a primeira providência a ser tomada pelos empregadores é buscar uma base legal apropriada para processá-la.

Como já referido, o art. 9 do RGPD proíbe o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa, salvo se o tratamento puder ser reconduzido a uma das exceções elencadas no seu número 2, dentre as quais nos releva mencionar as seguintes alíneas: *a)* se o titular dos dados der o seu consentimento explícito; *b)* se o tratamento for necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social; *g)* se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante; *h)* se o tratamento for necessário 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 ou de ação social; *i)* se o tratamento for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, tais como a proteção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde ou para assegurar um elevado nível de qualidade e de segurança dos cuidados de saúde e dos medicamentos ou dispositivos médicos.

³⁰⁴ CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 84.

Sem embargo, para que o tratamento de dados relacionados à saúde seja legítimo, não é suficiente o enquadramento numa das bases jurídicas ordinariamente previstas no art. 6º do RGPD, mas, mais que isso, é preciso superar-se a proibição de tratamento do dado pertencente à referida categoria especial, que se dará quando uma circunstâncias elencadas no n.º 2 do art. 9º do RGPD for observada³⁰⁵.

Pois bem. A exceção prevista na alínea *b)* reflete o reconhecimento, por parte do legislador europeu, do dever de proteção do empregador para com seus trabalhadores frente os riscos laborais, devendo aquele garantir a segurança e a saúde de todos os trabalhadores a seu serviço em todos os aspectos relacionados com o trabalho³⁰⁶. Neste caso, para que o empregador possa proceder ao tratamento de dados de seus funcionários, é primordial a observância do requisito da necessidade, que pressupõe cumulativamente: *i)* a existência de suporte legal bastante – pode se fundar tanto em fontes imediatas do Direito como em convenções coletivas de trabalho; e *ii)* a existência de uma relação direta entre o tratamento e o cumprimento das obrigações ou o exercício do direito³⁰⁷.

As exceções elencadas nas alíneas *g)* e *i)* podem ser examinadas conjuntamente, tendo em conta que ambas fazem referência a um interesse público, sendo que enquanto a primeira faz referência a um interesse qualificado como importante, a segundo faz referência a um interesse público qualificado no âmbito da saúde pública, tais como a proteção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde, ambos com base no direito da União ou de um Estado-Membro que preveja medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos fundamentais e os interesses do titular dos dados³⁰⁸. Apesar do paralelo que se possa fazer entre a alínea *g)* do art. 9, n. 2, RGPD, e da alínea *e)* do art. 6, n. 1, RGPD, na medida em que ambos se fundam no interesse público, o primeiro dispositivo faz referência ao adjetivo importante, o que reflete a natureza sensível dessa categoria de dados e o risco associado ao seu tratamento para o titular dos dados³⁰⁹.

³⁰⁵ ÁLVAREZ, José Luis Domínguez. “La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. Una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al COVID-19”. *Revista de Comunicación y Salud*. Vol. 10, nº 2 (2020), p. 607-624. [Consult. 25 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://www.revistadecomunicacionysalud.es/index.php/rcys/article/view/240/197>>.

³⁰⁶ Agencia Española de Protección de Datos. Informe Jurídico 0017/2020. Madrid, 2020. Disponível em WWW: <<https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>>. [Consult. 25 Mar. 2022].

³⁰⁷ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 137.

³⁰⁸ Agencia Española de Protección de Datos. Informe Jurídico 0017/2020. Madrid, 2020. Disponível em WWW: <<https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>>. [Consult. 25 Mar. 2022].

³⁰⁹ CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 248.

A exceção disposta na alínea *h*) permite o tratamento 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 ou de ação social. A diferença substancial entre essa exceção e a da alínea *i*) é que a primeira visa, preferencialmente, a proteção de interesses individuais, enquanto a segunda tem por escopo a proteção de interesses coletivos³¹⁰.

O consentimento do empregado - exceção prevista na alínea *a*) -, como já aprofundado em tópico apartado, raramente é apropriado no contrato de trabalho, em virtude da típica assimetria entre as partes jurídicas existente nesse tipo relação.

Todavia, como se vê, mesmo que excluído o consentimento, a coleta de dados sensíveis pode amparar-se em qualquer outra base legal. É possível, inclusive, que mais de uma base legal justifique um mesmo tratamento de dados. Por exemplo, a recolha do dado vacinal de empregado pode ser necessária tanto para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, como para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho e prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou por motivos de interesse público no domínio da saúde pública (hipóteses previstas nas alíneas *b*), *h*) e *i*) do número 2 do artigo 9, RGPD).

É imperioso destacar que, mesmo num contexto de emergência em saúde pública, o regime jurídico de proteção de dados previsto no RGPD há de ser respeitado, uma vez que a crise, por si só, não legitima ingerências excessivas na esfera jurídica da liberdade individual (e, de igual forma, na privacidade). Quaisquer restrições ou ingerências requerem preocupações éticas no tocante à privacidade e à proteção de dados pessoais³¹¹.

Segundo o Comité Europeu de Proteção de Dados “mesmo nestes tempos excepcionais, a proteção dos dados pessoais tem de ser mantida em todas as medidas de emergência, incluindo nas restrições adotadas no plano nacional em conformidade com o artigo 23, contribuindo para o respeito pelo valores estruturantes da democracia, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais em que se funda a União; por um lado, qualquer medida

³¹⁰ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 140-141.

³¹¹ DIAS, Patrícia Cardoso – Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública. *Julgar On-line*. Jan. 2021. [Consult. 22 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://julgar.pt/rotecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-rotecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>>.

adotada pelo Estado-Membro tem de respeitar os princípios gerais de direito, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e liberdades, e não pode ser irreversível, e, por outro lado, os responsáveis pelos tratamentos e os subcontratantes têm de continuar a cumprir as regras de proteção de dados”³¹².

Tem-se, portanto, que, inclusive em circunstâncias excepcionais, deve-se assegurar o respeito pelos princípios básicos concernentes à proteção de dados, particularmente os princípios da proporcionalidade e da minimização de dados³¹³, principalmente quando o tratamento envolve dados especialmente sensíveis, como o são os dados relativos à saúde, que, como tal, possuem íntima e estreita ligação com os direitos e liberdades fundamentais³¹⁴.

Importa mencionar que o legislador europeu previu a possibilidade de limitação pelos Estados-Membros, por meio de medida legislativa, de um conjunto de normas, desde que tal limitação respeite a essência dos direitos e liberdades fundamentais e constitua uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para assegurar interesses públicos, entre os quais se destaca a saúde pública³¹⁵. Porém, não se encontram entre o conjunto de normas que podem ser limitadas aquelas que tratam sobre as condições de licitude dos tratamentos de dados pessoais, mais especificamente os artigos 6 e 9 do RGPD, de maneira que os seus termos devem ser observados na íntegra³¹⁶.

Logo, considerando-se que a prova de imunização diz respeito ao tratamento de dados relativos à saúde, por conseguinte dados sensíveis, deve-se observar, de antemão, as condições de licitude para o tratamento previstas no artigo 9 do RGPD, mesmo em momentos de crise sanitária como a que ora se vivencia.

³¹² *Statement on restrictions on data subject rights in connection to the state of emergency in Member States*, de 2 de junho de 2020, § 4º. Disponível em WWW: <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/ourdocuments/other/statement-restrictions-data-subject-rights-connection-state_en.pdf>. [Consult. 15 Abr. 2022].

³¹³ *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, de 19 de março de 2020. Disponível em WWW: <https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/news/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf>. [Consult. 15 Abr. 2022].

³¹⁴ ÁLVAREZ, José Luis Domínguez. “La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. Una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al COVID-19”. *Revista de Comunicación y Salud*. Vol. 10, nº 2 (2020), p. 607-624. [Consult. 25 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://www.revistadecomunicacionysalud.es/index.php/rcys/article/view/240/197>>.

³¹⁵ Vide art. 23 do RGPD.

³¹⁶ Orientações sobre os tratamentos de dados pessoais de saúde regulados no Decreto nº 8/2020, de 8 de novembro. Disponível em WWW: <https://www.cnpd.pt/media/1bbppegs/orienta%C3%A7%C3%B5es_decreto_8_2020.pdf>. [Consult. 10 Mar. 2022].

Como analisado acima, há entendimentos, com bons fundamentos, que divergem acerca da permissibilidade acerca da requisição pelo empregador da prova de vacinação de seu empregado. No nosso entendimento, o tratamento só deve ocorrer quando restar provado, no caso em concreto, que o conhecimento do *status* da vacinação está fundamentado em motivos convincentes ou é realmente necessário para os efeitos previstos no RGPD para o tratamento dos dados sensíveis³¹⁷.

Assim, antes que se proceda à coleta do *status* de vacinação dos trabalhadores, é fundamental analisar se a coleta é, de fato, justificada. O setor de atuação da organização, o tipo de trabalho que a equipe desempenha e os riscos para a saúde e segurança no local de trabalho são aspectos a serem levados em consideração quando da coleta de tal informação. Dentre outras situações, será considerada justificável a coleta nos locais que representam um risco para indivíduos clinicamente vulneráveis (v.g. ambiente de assistência social e de saúde).³¹⁸

Para IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO a legitimidade da investigação empresarial varia de acordo com a concreta atividade que realiza o trabalhador e, em particular, se gera um risco específico de exposição a agentes biológicos determinados, como o coronavírus. As ações do empregador devem estar orientadas a eliminar o risco ou diminuir a probabilidade de que o trabalho cause dano ao trabalhador, ou seja, o propósito das normas de prevenção de riscos laborais consiste em evitar que o trabalhador se contagie no trabalho, e não a proteger em abstrato a saúde do trabalhador³¹⁹. Estas considerações são importantes na avaliação do teste de proporcionalidade.

Embora se reconheça a utilidade da vacinação, o Comité da Convenção 108 adverte que nenhuma discriminação injustificada pode ocorrer com base no fato de uma pessoa não ter sido vacinada, seja qual for o motivo, e determina que seja assegurado o respeito estrito do direito à proteção de dados³²⁰.

Adicionalmente, o direito europeu e o direito interno, designadamente o RGPD e a Lei n. 58/2019, que assegura a execução na ordem jurídica interna do RGPD em matéria de proteção de dados, não osbtam a coleta de dados de saúde (no caso, o conhecimento do

³¹⁷ Disponível em WWW: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/06/29/foi-barrado-na-sua-empresa-por-nao-estar-vacinado-lei-nao-permite-mas-ha-excecoes/>>. [Consult. 10 Mar. 2022].

³¹⁸ Disponível em WWW: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/348419/respostas-as-principais-duvidas-dados-de-colaboradores-vacinados>>. [Consult. 19 Jul. 2022].

³¹⁹ CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021. p. 37.

³²⁰ Disponível em WWW: <<https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/covid-19-vaccination-attestations-and-data-protection>>. [Consult. 19 Jul. 2022].

status da vacinação dos empregados), apenas impõem que os dados pessoais tratados sejam necessários para atingir as finalidades visadas, finalidades estas que devem ser lícitas e não discriminatórias. Adverte-se, ainda, que, caso a coleta de informações sobre a vacina possa gerar uma discriminação negativa (v.g. negação de uma oportunidade de emprego), os cuidados despendidos pelo empregador devem ser redobrados³²¹.

É preciso ressaltar que todas as exceções elencadas no n. 2 do art. 9, RGPD, pressupõem o elemento da necessidade, que deve ser preenchido por referência ao princípio da proporcionalidade, optando-se sempre pela solução menos intrusiva na esfera privada do titular³²² e com respeito ao princípio da minimização de dados, significando dizer que os dados tratados deverão de ser exclusivamente limitados aos necessários para a finalidade pretendida, sem que se possa confundir conveniência com necessidade³²³. Consoante MENEZES CORDEIRO, deve-se considerar como necessário todo o tratamento que caso não ocorra termine por implicar ou não impedir a produção de danos gravosos, respeitando-se o sempre presente princípio da minimização de dados³²⁴.

Ainda segundo MENEZES CORDEIRO, o princípio da minimização de dados é composto por três pilares: (i) adequação; (ii) pertinência; (iii) limitação. De acordo com o citado autor, a adequação impõe aos responsáveis pelo tratamento que circunscrevam a recolha e demais tratamentos a dados pessoais que se insiram nas finalidades perseguidas; a pertinência circunscreve as atividades dos responsáveis a tratamentos que possam contribuir para a prossecução dessas finalidades; e, por fim, destaca que o tratamento será juridicamente aceitável apenas se não houver um método alternativo menos intrusivo dos direitos dos titulares³²⁵. No mesmo sentido estipula o artigo 29 da Lei n. 58/2019, de 8 de agosto³²⁶ que “Nos tratamentos de dados de saúde e de dados genéticos, o acesso a dados pessoais rege-se pelo princípio da necessidade de conhecer a informação”.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA salienta que, para se concluir justificadamente pela legitimação do tratamento, será fundamental que ele se afigure necessário, não podendo

³²¹ Disponível em WWW: <<https://www.insideprivacy.com/covid-19/covid-19-processing-of-vaccination-data-by-employers/>>. [Consult. 30 Mar. 2022].

³²² CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 247.

³²³ Agencia Española de Protección de Datos. Informe Jurídico 0017/2020. Madrid, 2020. Disponível em WWW: <<https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>>. [Consult. 25 Mar. 2022].

³²⁴ CORDEIRO, António Barreto Menezes – *Op. cit.*, p. 243.

³²⁵ CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 105.

³²⁶ Legislação que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

esta necessidade – atento aos valores em causa – equivaler à mera aptidão das medidas para lidar com o surto epidémico, é preciso que haja um controlo legitimador que seja imposto pelo critério da necessidade, ou seja, o tratamento de dados deve obedecer uma ideia de proporcionalidade. Isto significa dizer que algumas das medidas adotadas para fazer frente ao surto epidémico podem ficar comprometidas se não se revelarem imprescindíveis (e não meramente aptas)³²⁷. Assim, antes de tudo, deve-se questionar se a recolha dos dados, no caso a prova de vacinação dos empregados, é realmente necessária/imperiosa ou se o mesmo objetivo pode ser atingido de outra maneira.

Com base no princípio da concordância prática, a ingerência no domínio da saúde individual, valor eminentemente pessoal, precisa ser justificada perante os benefícios coletivos que podem ser atingidos a partir da recolha desse tipo de dado considerado sensível. Haverá de ponderar-se, no caso em concreto, se os meios utilizados são efetivos e proporcionados aos objetivos de saúde pública³²⁸. Nesta senda, com vistas a atenuar o impacto negativo na privacidade, a investigação acerca da condição de vacinado ou não de um empregado apenas será considerada legítima quando for estritamente necessária ou quando não houver outros meios menos invasivos para se alcançar as finalidades almejadas.

De todo modo, em que pese os diferentes posicionamentos que gravitam em torno do debate, o fato é que, em determinadas situações, o empregador poderá, preenchido o pressuposto da necessidade, requisitar de seus empregados o comprovante de vacinação com fundamento numa das bases legais supraelencadas.

Independentemente da imposição da obrigação de vacinação no local de trabalho, pode ser que o empregador necessite conhecer a condição da vacinação do funcionário para saber o procedimento que deve adotar caso o empregado futuramente venha a ser exposto ao vírus, uma vez que este poderá variar dependendo se o empregado é vacinado ou não. Por exemplo, enquanto um funcionário totalmente vacinado que era exposto ao COVID-19 e estava assintomático não precisava ficar em quarentena ou ser impedido de

³²⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda – *Direito (Civil) em tempos de pandemia*. 1ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2021. p. 85.

³²⁸ DIAS, Patrícia Cardoso – Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública. *Julgar On-line*. Jan. 2021. [Consult. 22 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>>.

trabalhar, um funcionário não vacinado precisava ficar de quarentena, mesmo que não apresentasse sintomas, para evitar a propagação do vírus³²⁹.

Porém, em todo e qualquer caso, deverá observar-se o princípio da minimização dos dados, devendo os dados ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados, não se podendo estender o dito tratamento a quaisquer outros dados pessoais não estritamente necessários para a finalidade prosseguida, tampouco a pessoas que não tenham necessidade de os conhecer. Na prática, os empregadores que optarem por coletar as informações de vacinação devem ter o cuidado de restringir o acesso a tais informações, sempre que possível, aos setores de saúde ocupacional ou recursos humanos³³⁰, não sendo por isso mesmo permitido o compartilhamento entre os colegas de trabalho³³¹. A confidencialidade é reforçada pelo dever de sigilo a que estão obrigados todos aqueles que tenham acesso a dados relativos à saúde, nos termos do n. 4 do art. 29 da LE.

A exclusiva aplicação da normativa de proteção de dados pessoais permite que o responsável pelo tratamento adote decisões que sejam necessárias para o cumprimento de obrigações legais ou para a salvaguarda de interesses essenciais no âmbito da saúde pública, devendo em todo o caso respeitar o conteúdo essencial do direito à proteção de dados e as medidas adequadas e específicas para proteger os interesses e direitos fundamentais do interessado³³².

A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), nas orientações sobre recolha de dados de saúde dos trabalhadores, adverte que as entidades empregadoras devem se abster de adotar iniciativas que impliquem a recolha de dados pessoais de saúde dos seus trabalhadores, por serem dados sensíveis reveladores de aspetos da vida privada destes, quando as mesmas não tenham base legal, nem tenham sido ordenadas pelas autoridades administrativas competentes. Na sequência, todavia, salienta que a eventual recolha de informação relativa à saúde ou à vida privada do mesmo relacionada com a sua saúde (v.g., se

³²⁹ Falks, H. R. (2021). “Covid-19 employer liability still unknown”. *Court Review*, 57(3), 164-171.

³³⁰ Disponível em [www: <https://br.lexlatin.com/opiniao/lgpd-e-os-cuidados-na-coleta-de-dados-de-vacinacao-de-funcionarios>](https://br.lexlatin.com/opiniao/lgpd-e-os-cuidados-na-coleta-de-dados-de-vacinacao-de-funcionarios). [Consult. 22 Mar. 2022].

³³¹ CHALATURNYK, Lauren – “Covid-19 vaccines in the workplace: employees”. *LawNow*. Vol. 45, nº 5 (2021), p. 36-38.

³³² ÁLVAREZ, José Luis Domínguez. “La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. Una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al COVID-19”. *Revista de Comunicación y Salud*. Vol. 10, nº 2 (2020), p. 607-624. [Consult. 25 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://www.revistadecomunicacionysalud.es/index.php/rcys/article/view/240/197>>.

esteve em contacto com pessoas contaminadas) apenas está legitimada se for realizada direta e exclusivamente pelo profissional de medicina no trabalho, que deverá adotar os procedimentos adequados a salvaguardar a saúde dos próprios e de terceiros³³³.

Com efeito, por serem os dados pessoais relacionados à saúde considerados dados sensíveis, reveladores de aspectos da vida privada do trabalhador e com potencial de gerar ou aumentar a discriminação, o Direito vigente prevê a adoção de medidas específicas adicionais visando salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados e reduzir os riscos provenientes desse tratamento, em particular o sigilo profissional³³⁴.

Mesmo nos casos em que o tratamento seja possível, as informações deverão ser prestadas ao médico, cabendo a este apenas comunicar ao empregador se o empregado está ou não apto para desempenhar a actividade. Ou seja, o empregador deverá ser comunicado apenas se o empregado foi ou não vacinado. Não lhe interessa saber quando, onde e qual foi a vacina que o empregado recebeu³³⁵.

Ainda que a investigação sobre a condição de vacinado não seja considerada um exame médico, é preciso cautela por parte dos empregadores, uma vez que perguntas relativas à condição de vacinado do empregado constitui, em última instância, uma investigação relacionada ao seu estado de saúde³³⁶, que pode resultar em discriminação no ambiente de trabalho e até mesmo fora dele.

Por envolverem informações médicas confidenciais, o empregador deverá adotar todos os cuidados necessários quanto ao seu armazenamento, incluindo a destinação das informações coletadas, seja a terceiros ou até a funcionários internos, uma vez que eventual violação pode provocar uma séria ameaça à privacidade³³⁷. Deverá, assim, adotar as medidas oportunas de seguridade e responsabilidade proativa que o tratamento requer (art. 32, RGPD)³³⁸ e assegurar um padrão de segurança e qualidade em relação ao tratamento dos

³³³ Disponível em WWW: <https://www.cnpd.pt/media/bq5byjzb/orientacoes_recolha_dados_saude_trabalhadores.pdf>. [Consult. 15 Fev. 2022].

³³⁴ Orientações sobre recolha de dados de saúde dos trabalhadores. Disponível em WWW: <https://www.cnpd.pt/media/bq5byjzb/orientacoes_recolha_dados_saude_trabalhadores.pdf>. [Consult. 19 Jul. 2022].

³³⁵ CHALATURNYK, Lauren – Covid-19 vaccines in the workplace: employees. *LawNow*. Vol. 45, nº 5 (2021), p. 36-38.

³³⁶ KURLINSKI, Margaret R. – “COVID-19: An Employer's Role in Vaccination”. *Corporate Counsel*. Vol. 35, nº 1 (2021), p. 4-7. Ver também: “What You Should Know About COVID-19 and the ADA, the Rehabilitation Act, and Other EEO Laws”. Disponível em WWW: <<https://www.eeoc.gov/wysk/what-you-should-know-about-covid-19-and-ada-rehabilitation-act-and-other-eeo-laws>>. [Consult. 19 Jul. 2022].

³³⁷ CHALATURNYK, Lauren – *Op. cit.*, p. 36-38.

³³⁸ Agencia Española de Protección de Datos. Informe Jurídico 0017/2020, Madrid. Disponível em WWW: <<https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>>. [Consult. 25 Mar. 2022].

dados pessoais necessários, visando cumprir o critério superior de *privacy by design* e *privacy by default* (art. 25, RGPD)³³⁹, de modo que a privacidade e a proteção de dados se integrem a todo o ciclo de vida da tecnologia, desde a primeira fase da concepção até seu uso e sua eliminação³⁴⁰. A adoção de medidas de segurança adequadas está em consonância com o princípio da integridade e da confidencialidade, o qual estabelece que os dados sejam tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito³⁴¹, o que supõe, logicamente, a reserva sobre a identidade dos trabalhadores contagiados ou até mesmo não vacinados para evitar o estigma social que eventualmente desemboca na discriminação³⁴².

Também será preciso certificar-se de que os empregados entendam os motivos por que a empresa precisa coletar os seus dados. A transparência é fundamental para a redução dos riscos envolvendo o monitoramento da vacinação dos funcionários³⁴³.

Além disso, os empregadores devem registrar com precisão as informações que coletam e garantir que a coleta e o armazenamento sejam seguros³⁴⁴. Precisam, também, ter atenção ao prazo de retenção e meios de descarte dos dados coletados³⁴⁵, devendo mantê-los apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados.

Uma vez coletados dados dessa natureza, eles devem ser mantidos em segurança, ficar sujeitos aos deveres de confidencialidade existentes e ser retidos pelo prazo mínimo necessário para cumprir sua finalidade legítima, respeitada sempre a transparência para com os funcionários em relação aos motivos para a recolha de tais informações e como elas serão usadas³⁴⁶.

³³⁹ DIAS, Patrícia Cardoso – Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública. *Julgar On-line*. Jan. 2021. [Consult. 22 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>>.

³⁴⁰ RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco – *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*. Madrid: Dykinson, S.L., 2021. p. 167.

³⁴¹ Disponível em WWW: <<https://br.lexlatin.com/opiniao/lgpd-e-os-cuidados-na-coleta-de-dados-de-vacinacao-de-funcionarios>>. [Consult. 22 Mar. 2022].

³⁴² CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2021. p. 81.

³⁴³ Disponível em WWW: <<https://br.lexlatin.com/opiniao/lgpd-e-os-cuidados-na-coleta-de-dados-de-vacinacao-de-funcionarios>>. [Consult. 22 Mar. 2022].

³⁴⁴ Disponível em WWW: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/348419/respostas-as-principais-duvidas-dados-de-colaboradores-vacinados>>. [Consult. 22 Mar. 2022].

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ Disponível em WWW: <<https://www.insideprivacy.com/covid-19/covid-19-processing-of-vaccination-data-by-employers/>>. [Consult. 30 Mar. 2022].

O respeito aos princípios gerais relativos ao tratamento de dados pessoais consagrados no n. 1 do artigo 5, conjuntamente com a adoção de todas as medidas específicas e adequadas com vista à defesa dos direitos fundamentais e dos dados pessoais dos titulares - e a necessária comprovação da eficácia das medidas adotadas conforme resulta do princípio de *accountability* previsto no n. 2 do mesmo artigo³⁴⁷ – impõem também a realização de uma avaliação de impacto³⁴⁸ para formalização da análise de riscos e a adoção de outras medidas para mitigar os riscos, se a utilização dos dados for capaz de gerar um risco elevado para a privacidade dos indivíduos³⁴⁹. Quanto mais elevado for o risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, maior será a cautela exigida no tratamento. Nesta senda, considerando evidente o alto risco para os direitos e liberdades fundamentais, JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO adverte para a necessidade de que todo tratamento de dados relativos à saúde, implementado com o objetivo de proteger as pessoas no contexto da pandemia do coronavírus, seja precedido de uma análise de riscos que, antecipando-se aos problemas, proponha respostas e determine o conjunto de medidas de seguridades aplicáveis³⁵⁰.

Por veicularem informação de grande sensibilidade, os dados relativos à saúde estão submetidos a regras de proteção reforçadas tendentes a assegurar um nível de segurança adequado ao risco de violação de direitos fundamentais que lhes é inerente. Os empregadores devem adotar todas as medidas condizentes às melhores práticas de privacidade ou as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco, incluindo a pseudonimização³⁵¹, a realização de auditorias e a manutenção de um arquivo com informações relativas à vacinação separado dos arquivos pessoais dos funcionários³⁵². Essas e outras medidas, como aquelas que o legislador europeu apresenta no art. 32, n. 1, RGPD, podem ser implementadas, consoante a situação concreta, com vistas a reduzir os riscos envolvidos. E, como forma de comprovar a adoção dessas medidas técnicas e

³⁴⁷ Disponível em WWW: <<http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspertos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>>. [Consult. 22 Mar. 2022].

³⁴⁸ Nos termos da aceção do art. 35, n.º 3, b), a realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados é obrigatória nas operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, dentre os quais estão incluídos os dados relativos à saúde.

³⁴⁹ Disponível em WWW: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/348419/respostas-as-principais-duvidas-dados-de-colaboradores-vacinados>>. [Consult. 30 Mar. 2022].

³⁵⁰ RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco – *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*. Madrid: Dykinson, S.L., 2021. p. 167-187.

³⁵¹ “la pseudonimización [...] no es sino una (si bien de las más importantes) de las medidas de seguridad, técnicas y organizativas, que podrá adoptar el responsable para hacer frente al riesgo que conlleve el tratamiento”. *Ibid.*, p. 151. Ver também a definição do art. 4.º/5, RGPD.

³⁵² SELLA-VILLA, David – “The COVID-19 Pandemic One Year On: Finding Balance Between Privacy and Public Health”. *The Business Lawyer*. Vol. 77 (Ago 2021). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3917827>.

organizativas adequadas, o empregador/responsável pelo tratamento pode invocar o cumprimento de um código de conduta ou de um procedimento de certificação aprovados, respectivamente, nos moldes dos artigos 40 e 42³⁵³.

À luz de todas essas considerações, tem-se que após o enquadramento em uma das exceções à regra proibitiva do tratamento, listadas no art. 9, n. 2, RGPD, toda e qualquer operação de tratamento de dado relativo à saúde, no caso a coleta sobre informação relativa ao *status* de vacinação do empregado, deverá respeitar rigorosamente os princípios da minimização dos dados, da exatidão, da limitação do período de conservação e da integridade e confidencialidade, devendo o tratamento ser sempre efetuado por profissionais de saúde habilitados para o efeito e observar todas as medidas adequadas e específicas para a defesa dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados.

17 Conclusão

A crise sanitária provocada pela pandemia do novo coronavírus impôs que as autoridades públicas e privadas implementassem medidas tendentes a prevenir e mitigar o contágio, colocando-se ainda mais em evidência as discussões em torno da privacidade e da proteção de dados, dentre as quais mereceu a atenção deste trabalho a investigação realizada pelos empregadores sobre o *status* da vacinação dos seus funcionários.

O debate tem polarizado as opiniões em torno da legitimidade sobre esse tipo de investigação, *maxime* porque o regime jurídico vigente não exclui em absoluto a possibilidade de as empresas solicitarem dos empregados informações relativas ao assunto ou exigirem a prova da imunização, mas principalmente porque não existe, pelo menos em Portugal, uma legislação que preveja expressamente a obrigatoriedade da vacinação contra a COVID-19.

Para além disso, tal investigação envolve informações sensíveis, por veicularem dados pessoais relativos à saúde, que podem ser reveladoras de aspectos da vida privada com potencial discriminatório e atentatório a outros direitos fundamentais, podendo ser ainda mais problemática na relação de emprego, que, como se sabe, é marcada pela típica assimetria das posições jurídicas do empregado e empregador³⁵⁴.

³⁵³ Vide Art. 24, n. 3, RGPD.

³⁵⁴ Conforme exposto no Acórdão n.º 368/2002 do Tribunal Constitucional, não há como negar que a prova de imunização traduz-se, em certos casos, um ónus para a obtenção do emprego e, noutros casos, um verdadeiro dever jurídico para a própria manutenção da relação laboral.

Desta sorte, em virtude da particular sensibilidade que o tratamento desses dados envolve, principalmente dentro do contexto laboral, resulta do próprio princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo (art. 18, n. 2, CRP) que a informação relativa à condição de vacinação do empregado apenas seja objeto de tratamento quando for estritamente necessária para as finalidades a que se propõe ou quando constituir um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, em virtude da natureza da função em causa ou do contexto da sua execução (art. 25, n. 2, CT). A título exemplificativo, consideramos legítima a coleta de informações dessa natureza naquelas atividades que lidam, por exemplo, com indivíduos clinicamente vulneráveis, como os hospitais e os lares de idosos.

Isso significa que as empresas devem nortear-se por normas de prevenção de riscos laborais, e não propriamente por normas de saúde pública. Ou seja, elas não estão legitimadas a promover incursões na esfera privada dos trabalhadores por mera conveniência ou sob a abstrata justificativa de salvaguardar a saúde e segurança do local de trabalho. É preciso, na verdade, que haja um risco acrescido de propagação do vírus no ambiente de trabalho, que variará dependendo da atividade explorada e das condições em que esta atividade é exercida.

Outrossim, devido à proximidade com a esfera mais pessoal e/ou íntima do titular e do risco de discriminação que está associado ao processamento dos dados relativos à saúde, o seu tratamento demanda uma proteção qualificada e superior relativamente ao tratamento dos demais dados pessoais. As empresas devem proceder com cuidado redobrado ao decidirem ir a fundo nesse tipo de investigação, pois, em última análise, estar-se-á também restringindo o direito fundamental à reserva da vida privada da pessoa-trabalhadora, constitucionalmente consagrado no art. 26 e legislativamente no art. 26, CT, de modo que devem optar, se possível, pela solução menos intrusiva na esfera privada do titular.

À luz de todas essas considerações, uma vez autorizada incursão dessa natureza, é preciso que o tratamento desses dados proceda na estrita conformidade com os princípios de proteção de dados, nomeadamente o princípio da minimização dos dados, e que as empresas mantenham uma política de responsabilidade reforçada, o que deverá incluir a elaboração de um regulamento interno que disponha de maneira expressa e minuciosa sobre a possibilidade de exame de aspectos relacionados à imunização contra a COVID-19.

Bibliografia

ABBATE-DATTILO, Pamela – Navigating the legal challenges of covid-19 vaccine policies in private employment: school vaccination laws provide roadmap. *Mitchell Hamline Law Review*. Vol. 47, nº 3 (2021), p. 1019.

ADRAGÃO, Paulo Pulido; LEÃO, Anabela Costa – O Direito à Objecção de Consciência por parte do Chefe de Estado, em Questão. O caso da recusa de promulgação de actos legislativos por motivo de consciência. In AA. VV – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora. Vol. 3 (2012).

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. – “La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la relación laboral como derecho fundamental inespecífico: [Art. 18.4 CE y normas concordantes]”. In MONEREO PÉREZ, J.L.; VILA TIerno, F.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dir.). Derechos laborales fundamentales inespecíficos. Comares: Granada, 2020. p. 328. *Apud* HERNÁIZ, Elisa Sierra – *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021.

ÁLVAREZ, José Luis Domínguez. La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. Una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al COVID-19. *Revista de Comunicación y Salud*. Vol. 10, nº 2 (2020), p. 607-624. [Consult. 25 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://www.revistadecomunicacionysalud.es/index.php/rcys/article/view/240/197>>.

AMADO, João Leal – Vacinação obrigatória para quem trabalha? *Observatório Almedina*. 12 Jan. 2022. [Consult. 7 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2022/01/12/vacinacao-obrigatoria-para-quem-trabalha/>>.

ANDRADE, João Carlos Vieira de – *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ANTUNES, Aquilino Paulo – Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. 61, nº 2 (2020).

AREHEART, Bradley A., ROBERTS, Jessica L – GINA, Big Data, and the Future of Employee Privacy. *The Yale Law Journal*. Vol. 128, nº 3 (2019), p. 710-791. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <https://www.yalelawjournal.org/pdf/AreheartRoberts_a2gvpzai.pdf>.

BARBOSA, Mafalda Miranda – *Direito (Civil) em tempos de pandemia*. 1ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2021. p. 85.

BIONI, Bruno Ricardo – *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BROWN, Jessica; ELLIOT, Lauren J.; RAUCH, Daniel – An employer playbook for the covid "vaccine wars": strategies and considerations for workplace vaccination policies. *Practical Lawyer*. Vol. 67, nº 1 (2021), p. 20-30.

CANAS, Vitalino – *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 1164.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 467.

CARDO, Iván Antonio Rodríguez – *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de covid*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021, p. 55.

CHALATURNYK, Lauren – Covid-19 vaccines in the workplace: employees. *LawNow*. Vol. 45, nº 5 (2021), p. 36-38.

CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele – *Compulsory Vaccination Laws Are Constitutional*. Legal Studies Research Paper Series N° 2015-71. Vol. 110, n° 3 (2015).

COELHO, Diogo; VITORINO, José Miguel – Dos Direitos Fundamentais da vida privada do trabalhador e da sua tendencial limitação nas organizações de tendência. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. N° 49 (2017), 28p.

CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n° 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021.

CORDEIRO, António Barreto Menezes. *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n° 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020.

CORDEIRO, António Barreto Menezes – *O consentimento do titular dos dados no RGPD*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2018. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <<https://blook.pt/publications/publication/e772e2d8f7b4/>>.

CORREIA, Victor – *Sobre a privacidade*. Óbidos: Sinapis, 2016. 355p.

COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação nas relações de trabalho em virtude da coleta de dados sensíveis. *Scientia Iuris*. Londrina. Vol. 21, n° 2 (Jul. 2017), p. 214-236. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2017v21n2p214>.

CRESPÍ FERRIOL, Maria del Mar – El tratamiento de los datos personales relativos a la salud de los trabajadores. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N° 52 (2019), p. 257-298. [Consult. 18 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6876300>>. ISSN-e 1696-9626.

DAVIDOV, Guy – *7º Encontro Ibérico Transformações Recentes*. [Consult. 9 Maio 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.youtube.com/watch?v=0Y8b0o7TLPA&t=8288s>>.

DAVIDOV, Guy – Non-waivability in Labour Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 40, n° 3 (2020), p. 10-18. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa016>.

DIAS, Patrícia Cardoso – Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública. *Julgar On-line*. Jan. 2021 (tradução da autora). [Consult. 22 Mar. 2022]. Disponível em WWW: <<http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>>.

DECLARAÇÃO DO CENTENÁRIO DA OIT PARA O FUTURO DO TRABALHO: adotada pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 108ª sessão. União Geral de Trabalhadores (coord.). Lisboa. UGT, 2019. [Consult. 6 Jul. 2021]. Disponível em WWW: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_749807.pdf>.

DUARTE, Diogo Pereira – In CORDEIRO, António Barreto Menezes (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n° 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021.

ESCARPIADO, Rita Isabel Ramos Batista – *Discriminação do trabalhador em razão do conhecimento da informação médica: em especial os dados genéticos*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2018. Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Prática Jurídica, especialidade Direito da Empresa. [Consult. 30 Nov. 2021]. Disponível em WWW: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37504/1/ulfd137176_tese.pdf>.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago – *Direito da saúde* – Lisboa: Universidade Católica, 2014. p. 33.

FALKS, H. R. – Covid-19 employer liability still unknown. *Court Review*. Vol. 57, n° 3, p. 164-171.

FERREIRA, António Casimiro – Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção. Coimbra: Vida Económica, 2012, 160p.

GODINHO, João Carlos Carvalho – *A (re)discussão dos fundamentos da vacinação humana obrigatória*. Coimbra: Almedina, 2022.

GOMES, Carla Amado – *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – Objecção de consciência (direito fundamental à). In FERNANDES, José Pedro; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues (coords.) – *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa. Vol. 6 (1994), p. 165 e ss.

GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina – A Portuguese approach to privacy in Covid-19 times: through the keyhole. In HONDIUS, Ewoud [et al.]. *Coronavirus and the law in Europe*. Intersentia, 2021. p. 1009-1026.

GUIMARÃES, Rui [et al.] – Acesso e reutilização de registos clínicos para fins de investigação no âmbito da pandemia por COVID-19. *Revista do Ministério Público*. Vol. 163 (Jul./Set., 2020), p. 203-226.

HERNÁIZ, Elisa Sierra. *Las categorías especiales de datos del trabajador: Estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2021.

IRRAZÁBAL, Gabriela; BELLI, Laura; FUNES, María Eugenia – Direito à saúde *versus* objeção de consciência na Argentina. *Revista Bioética*. Brasília. Vol. 27, nº 4 (Out./Dez. 2019), p. 728-738. [Consult. 18 Maio 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/QsxNzMGKgRwsNpTz5KPMccQ/?lang=pt&format=pdf>>.

KURLINSKI, Margaret R. – COVID-19: An Employer's Role in Vaccination. *Corporate Counsel*. Vol. 35, nº 1 (2021), p. 4-7.

LOPES, Inês Maria Oliveira Gomes Camarinha – *O RGPD e a proteção dos dados sensíveis dos menores*. Porto: 17 Dez. 2020. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

LOPES, Sónia Kietzmann – Direitos fundamentais e direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho. In *Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador* (3ª ed.). *Centro de Estudos Judiciários*. Jun. 2019, p. 25-36. [Consult. 8 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_DireitoPersonalidade2019.pdf?id=9&username=guest>.

MARX, Karl – *O Capital*: Vol: 1. Editora Nova Cultural, [(1867:197)1996], p. 719.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth – *Big Data: A Revolution that Will Transform how We Live, Work, and Think*. Boston, New York, 2013.

MEDEIROS, Rui – Anotação ao artigo 64º. In MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I, 2ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 620.

MIRANDA, Jorge – *Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 339.

MODESTO, Jessica Andrade; ERHADT JÚNIOR, Marcos – Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate à covid-19. In FARIAS, Rodrigo Nóbrega; MASCARENHAS, Igor de Lucena (orgs.) – *COVID-19: saúde, judicialização e pandemia*. Curitiba: Juruá Editora, 2020, p. 149.

MOREIRA, Teresa Coelho – Algumas implicações laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Ano 24, nº 51 (2017), p. 9-34.

MOREIRA, Teresa Coelho – Algumas questões sobre trabalho 4.0. *4ª Revolução Industrial*. Ano IX, nº 86, Mar. 2020. [Consult. 6 Jul. 2021]. Disponível em WWW:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/170751/2020_moreira_teresa_questoes_trabalho.pdf?sequence=1>.

MOREIRA, Tereza Coelho – As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo eletrónico do empregador. *In Estudos do Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 11-34.

MOREIRA, Tereza Coelho – Dados pessoais: breve análise do art. 28º da Lei nº 58/2019, de 8 de agosto. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Ano XXVI, nº 55 (jul./dez. 2019), p. 41-62.

MOREIRA, Tereza Coelho – Da esfera Privada do Trabalhador e Controlo do Empregador. *Studia Iuridica* 78. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 592p.

MOREIRA, Tereza Coelho – “Novas Tecnologias: Um Admirável Mundo Novo do Trabalho?”. *In Estudos do Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2011.

MURCIA, Joaquín García; CARDO, Iván Antonio Rodríguez – Implicaciones laborales del Regulamento 2016/679 de la Unión Europea sobre Protección de datos personales. *Questões Laborais*. Coimbra: Almedina. Ano 24, nº 51 (jul./dez. 2017), p. 35-67.

NOVAIS, Jorge Reis – *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 171.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL SOBRE O FUTURO DO TRABALHO – Trabalhar para um Futuro Melhor: Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho. Lisboa: OIT, 2019, 77p.

PINHEIRO, Alexandre Sousa (coord.) [et al.] – *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Coimbra: Almedina, 2018.

PINHEIRO, Alexandre Sousa – *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. 907p.

PINTO, Paulo Mota – *In Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*. 2ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2018. p. 104-105.

PINTO JUNIOR, Vitor Laerte – Anti-vacinação, um movimento com várias faces e consequências. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília. Vol. 8, nº 2 (2019), p. 116-122.

RAY, Jean-Emmanuel – Qualité de vie et travail de demain, *Droit Social*. Dialnet. Lisboa. ISSN 0012-6438. Nº 2 (2015), p. 147-154.

RAY, Jean-Emmanuel; ROJOT, Jacques – Worker Privacy in France. *Comparative Labor aw Journal*. Vol. 17, nº 1 (1995), p. 61-74.

REDINHA, Maria Regina Gomes – Da Protecção da Personalidade no Código do Trabalho. *Para Jorge Leite: escritos jurídico-laborais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 819-852.

REIS, Beatriz de Felipe – *O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação*. Criciúma, 2019. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

REIS, Raquel Tavares – *Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência: que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais do trabalho?* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

RIVA, Michele Augusto; PALADINO, Maria Emilia; PALEARI, Andrea; Bellingheri, Michael – Workplace COVID-19 vaccination, challenges and opportunities. *Occupational Medicine*. England: Oxford. Vol. 72, nº 4 (Maio 2022), p. 235-237. DOI: <https://doi.org/10.1093/occmed/kqab080>.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco – *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*. Madrid: Dykinson, S.L., 2021. p. 167.

SARMENTO E CASTRO, Catarina – 40 anos de “utilização da informática”: o artigo 35º da Constituição da República Portuguesa. *e-Pública*. Vol. 3, nº 3 (dez. 2016), p. 42-66. [Consult. 19 Jul. 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v3n3a04.html>>.

SEIRA, César Cierco – La vacuna-condición o el pasaporte de vacunación y su eventual encajeen un marco general de vacunación recomendada contra la COVID-19. *National Library of Medicine*. Vol. 22, nº 2 (Maio/Ago 2021), p. 82-88.

SELLA-VILLA, David – The COVID-19 Pandemic One Year On: Finding Balance Between Privacy and Public Health. *The Business Lawyer*. Vol. 77 (Ago 2021). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3917827>.

SILVA, Diogo Filipe Rodrigues da – *Regulamento Geral de Proteção de Dados: O Consentimento do Trabalhador*. Porto: Out. 2020. Dissertação conducente à obtenção do Grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

VIAPIANA, Vitória Nassar; GOMES, Rogério Miranda; Albuquerque, Guilherme Souza Cavalcanti de – Adoecimento psíquico na sociedade contemporânea: notas conceituais a teoria da determinação social do processo saúde-doença. *Saúde e Debate*. Rio de Janeiro. Vol. 42, Nº Especial (Dez. 2018), p. 175-186. [Consult. 10 Fev. 2022]. Disponível em WWW: <<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/Y36fDqvZL5Js4nnWpXrYpBb/?lang=pt#>>.

VILLALÓN, Jesús Cruz – El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. In ROYO, Miguel Rodríguez-Piñero; SIGNES, Adrián Todolí (coords.) – *Vigilância y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2020. p. 35-67.