

NOTA INFORMATIVA



Tratamento de Dados Pessoais de Saúde

NOVO ESTADO DE EMERGÊNCIA: Decreto N.º 9/2020, DE 20 DE NOVEMBRO

Hoje, 24 de novembro, entra em vigor o Decreto n.º 9/2020, de 20 de novembro, que regulamenta a aplicação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República, de 24 de novembro a 8 de dezembro. Este diploma, na senda de outros com o mesmo objeto, aos quais vamos fazer referência – Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, e Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro –, tem normas relativas ao tratamento de dados pessoais de saúde.

ENQUADRAMENTO

O tratamento de dados relativos à saúde é proibido, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do RGPD (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Trata-se de categoria de dados pessoais que está sujeita a um regime jurídico especialmente reforçado, que se rege pelo princípio da necessidade de conhecer a informação.

Os dados pessoais relativos à saúde são dados sensíveis, de acesso muito intrusivo, pois deixam a descoberto aspetos da vida privada do trabalhador, que, em princípio, não têm de ser do conhecimento da entidade

empregadora nem devem sê-lo por poderem gerar ou potenciar discriminação.

O contexto excecional atual justificou alterações profundas no contexto da prestação do trabalho e da relação empregador-trabalhador, mas manteve certos limites. Nesta medida, não será lícita a execução de qualquer procedimento pela entidade empregadora, com o fundamento de diminuir o risco de contágio ou de gestão do negócio, que estão acometidos às autoridades de saúde ou ao próprio trabalhador, num processo de auto monitorização.

Na verdade, teremos como limite que o legislador não transferiu para o empregador uma função que é exclusiva das autoridades de saúde nem estas delegaram tal função naquele. É a autoridade de saúde que competirá intervir em situações de grave risco para a saúde pública, procedendo à vigilância da saúde dos cidadãos e do nível sanitário dos serviços e estabelecimentos.

Podemos assentar que, nos termos da Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, na sua redação atual, é obrigação do empregador assegurar aos seus trabalhadores condições de segurança e de saúde em todos os aspetos do seu trabalho, de forma continuada e permanente, tendo em conta os princípios gerais de prevenção, nomeadamente: evitar os riscos, assegurar, nos locais de trabalho, que as exposições aos agentes químicos, físicos e biológicos e aos fatores de risco psicossociais não constituem risco para a segurança e saúde do trabalhador, e elaborar e divulgar instruções compreensíveis e adequadas à atividade desenvolvida pelo trabalhador, sob pena de incorrer em responsabilidade contraordenacional ou, no limite, criminal (v. artigo 152.º do Código Penal). Por outro lado, constituem obrigações do trabalhador, entre outras, cumprir as prescrições de segurança e de saúde no trabalho estabelecidas nas disposições legais e em instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, bem como as instruções determinadas com esse fim pelo empregador, zelar pela sua segurança e pela sua saúde, bem como pela segurança e pela saúde das outras pessoas que possam ser afetadas pelas suas ações ou omissões no trabalho, sob pena de incorrer em responsabilidade, contraordenacional, disciplinar e civil.

Ao abrigo daquela obrigação do empregador, e de forma a fazer frente à atual crise pandémica, a Direção-Geral da Saúde (DGS) veio, logo em fevereiro, através de uma Orientação Técnica, definir que as entidades coletivas deviam criar um plano de contingência, que deve responder a três questões:

- i. Quais os efeitos que a infeção de trabalhador(es) por SARS-CoV-2 pode causar na empresa?;
- ii. O que preparar para fazer face a um possível caso de infeção por SARS-CoV-2 de trabalhador(es)?; e
- iii. O que fazer numa situação em existe um trabalhador(es) suspeito(s) de infeção por SARS-CoV2 na empresa?

Na mesma sede, vem a DGS determinar o procedimento que o empregador deve adotar face a um possível caso de infeção por SARS-CoV-2 de trabalhador e perante um caso validado. Apesar de não ter correspondência expressa na lei, e de a Orientação não tomar posição sobre a licitude da recolha de dados de saúde dos trabalhadores, imputa ao trabalhador com sintomas – ou o trabalhador que identifique um trabalhador com sintomas na empresa – o dever de reportar à chefia direta e ao empregador (ou alguém por este designado), reforçando que este processo de comunicação deve ser o mais célere e expedito possível.

A apreciação da CNPD recai, concretamente, sobre os artigos 4.º, 5.º e 7.º do Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro, que correspondem aos artigos 5.º, 6.º e 9.º do Decreto n.º 9/2020, de 20 de Novembro :

1. Artigo 4.º do Decreto n.º 8/2020, de 8 de Novembro

O QUE DIZ A MEDIDA DE CONTROLO DE TEMPERATURA CORPORAL? HÁ NOVIDADES?

O controlo da temperatura já tinha previsão legal desde maio (através da redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio). O artigo 4.º do Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro, tem uma redação mais ampla do que aquela.

Diferentemente do que ditava a redação da norma do Decreto-lei de maio, o referido Decreto não prevê expressamente que a medida visa exclusivamente motivos de proteção da saúde do próprio e de terceiros. Este diploma vem autorizar que sejam realizadas medições de temperatura corporal, através de meios não invasivos, no controlo de acesso ao local de trabalho (a norma anterior referia “acesso e permanência no local de trabalho”), serviços ou instituições públicas, estabelecimentos educativos e espaços comerciais, culturais ou desportivos, meios de transporte, em estruturas residenciais, estabelecimentos de saúde, estabelecimentos prisionais ou centros educativos.

Prevê-se, ainda, que podem ser sujeitos a este tratamento os cidadãos referidos no artigo 5.º (ver infra).

Para a CNPD, não assiste controvérsia a que a operação de leitura da temperatura corporal traduz um tratamento de dados pessoais, sujeito ao regime definido no RGPD, independentemente de o dado pessoal ser ou não registado.

Para esta autoridade de controlo, a questão colocar-se-á num momento anterior e respeita à natureza automatizada ou não automatizada dos meios utilizados para o tratamento da informação. Esta questão ganha, na ótica da CNPD, especial acuidade quando o estabelecimento ou local estiver dotado de um sistema de controlo com leitura de dados biométricos ou de sistema de videovigilância com gravação das imagens.

Sobre a nova redação, aponta a CNPD que o artigo 4.º regula aspetos do tratamento que estavam omissos naquela primeira norma, especificando os pressupostos do exercício do poder de impedir o acesso aos locais referidos (ver n.º 5) e determinando que a impossibilidade de acesso pelo trabalhador que apresente uma temperatura corporal igual ou superior a 38ºC é tida por falta justificada. Releva, ainda, que o Decreto, além de alargar o âmbito de aplicação deste poder de controlar a temperatura corporal no acesso a outros estabelecimentos ou locais diferentes do local de trabalho, determina que o controlo agora pode ser feito por qualquer trabalhador da entidade responsável pelo local ou estabelecimento.



A CNPD censura, no entanto, uma nova omissão do legislador quanto a não ter discriminado o procedimento a seguir nestes casos, que deve garantir e assegurar a discricção e a dignidade do tratamento da pessoa objeto do controlo.

Por último, a CNPD sublinha outra imperfeição da norma quanto a ausência de imposição de um dever de confidencialidade sobre a informação recolhida (temperatura corporal), que impenderia sobre o trabalhador que efetua a medição.

No Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, o legislador supriu (agora no artigo 5.º), pelo menos, a omissão à sujeição do trabalhador ao sigilo profissional (v. n.º 5).

CNPD: o diploma é omissivo:

- i. Quanto à obrigação de vincular o trabalhador que realiza o controlo de temperatura, por contrato ou declaração autónoma, a um específico dever de confidencialidade.
- ii. Na definição dos procedimentos a executar após a deteção de um caso de temperatura igual ou superior a 38ºC.

2. Artigo 5.º do Decreto n.º 8/2020, de 8 de Novembro

A SUJEIÇÃO A TESTES DE DIAGNÓSTICO DE SARS-CoV-2 É PARA TODOS? ESTÃO DETERMINADOS OS LIMITES, PRESSUPOSTOS E PROCEDIMENTOS DESTA MEDIDA?

O Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro, trouxe, no artigo 5.º, uma inovação, estipulando que podem ser sujeitos à realização de testes de diagnóstico de SARS - CoV-2, nomeadamente os trabalhadores de estabelecimentos de prestação de cuidados de saúde, estruturas residenciais para idosos, unidades de cuidados continuados integrados da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados e de outras respostas dedicadas a pessoas idosas, bem como a crianças, jovens e pessoas com deficiência, serviços prisionais e dos centros educativos.

O legislador podia ter sido mais claro, nomeadamente em sede de preâmbulo, como elemento de interpretação, sobre a natureza taxativa (ou não) do elenco de sujeitos e realidades constantes do artigo 5.º, mas não foi.

Naquelas Orientações, a CNPD manifesta desagrado com a omissão de densificação da norma, quanto às circunstâncias em que pode haver imposição de realização do teste. Sublinha que tampouco o Decreto define quem recolhe a amostra para efeito de diagnóstico e quem analisa os resultados do teste.

Concluiu esta autoridade que o artigo 5.º assume uma tal extensão e intensidade de restrição de direitos que justificaria, sob pena de um juízo de desproporcionalidade, uma regulamentação cuidadosa e exaustiva, em especial, porque habilita entidades que, na sua maioria, não têm por objeto estatutário ou social a prestação de cuidados de saúde, a exigir a realização de um teste de diagnóstico.

Esta omissão, no entender da autoridade de controlo nacional, deve ser suprida através da interpretação das normas do RGPD, no sentido da obrigatoriedade da intervenção de profissionais de saúde e do respeito pelo sigilo profissional, bem como da adoção de procedimentos subsequentes que assegurem a discricção e a dignidade do tratamento da pessoa objeto dos testes.

O referido artigo 5.º do Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro, corresponde ao artigo 6.º no Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, mantendo, a mesma redação.

CNPD: o diploma deve:

- i. Garantir que seja um profissional de saúde, sujeito à obrigação de sigilo profissional, a realizar os testes de diagnóstico;
- ii. Definir e executar os procedimentos subsequentes à deteção de um caso de resultado positivo.

A CNPD manifesta reservas por esta atividade ser realizada por quem não é profissional de saúde e não se encontra sujeito a uma obrigação de sigilo profissional na área da saúde, sublinhando que a medida pressupõe a recolha, o registo e a consulta de um conjunto alargado de informação relativa à saúde e vida privada de pessoas identificadas, reiterando que estes trabalhadores devem estar vinculados a um dever específico de confidencialidade.

Esta norma corresponde ao artigo 9.º no Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro, mantendo, a mesma redação.

CNPD: o diploma deve vincular expressamente, no ato jurídico que determine a mobilização ou em declaração jurídica autónoma, o trabalhador mobilizado a um específico dever de confidencialidade relativamente a todos os dados pessoais que venha a conhecer, no exercício destas funções.

3. ARTIGO 7.º

REFORÇO DA CAPACIDADE DE RASTREIO POR QUEM NÃO SEJA PROFISSIONAL DE SAÚDE?

O artigo 7º admite a realização de ações de rastreio por quem não seja profissional de saúde, definindo quais as categorias de trabalhadores admitidos para o desempenho destas funções.



ORIENTAÇÕES/ PARECERES CNPD

Orientações sobre a recolha de dados de saúde dos trabalhadores (abril/2020): A CNPD entende que as entidades empregadoras não podem substituir-se à autoridade de saúde, estando-lhes vedado, à luz do direito à proteção de dados, tratar dados de saúde dos colaboradores (ex. através do controlo de temperatura). Porém, esta autoridade não deixa de referir que esta factualidade não obsta a que profissionais de saúde no âmbito da medicina no trabalho obtenham as informações que se revelem necessárias para avaliar a aptidão para o trabalho. A CNPD apontou, nestas orientações, que o artigo 13.º-C do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, com a redação do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, não cumpria requisitos necessários que conferissem previsibilidade à norma e garantias mínimas de salvaguarda dos direitos e interesses dos titulares dos dados, no caso os trabalhadores.

Orientações sobre recolha dos dados de saúde dos alunos (maio/2020): A CNPD reitera que a leitura de temperatura corporal de alunos, independentemente de se efetuar ou não o respetivo registo, constitui um tratamento de dados pessoais. Sublinha, também, que naquele universo existirá um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, pelo que o consentimento não deve ser tido como fundamento de licitude válido. Acrescenta, ainda, que competirá aos estabelecimentos de ensino verificar e demonstrar que os princípios de proteção de dados consagrados no n.º 2 do artigo 5.º do RGPD são em concreto respeitados, em especial, o princípio da adequação e da necessidade do referido tratamento.

Resposta da CNPD a questões de Deputado de CDS-PP (maio/2020): A CNPD concretiza que os dados de saúde só podem ser tratados por ou sob responsabilidade de um profissional sujeito à obrigação de sigilo profissional. A este propósito, lembra que no ordenamento jurídico português, a Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, apenas admite que profissionais de saúde comuniquem à entidade empregadora a aptidão ou não aptidão do trabalhador, sem nunca indicar a razão da não aptidão. Reforça, ainda, que, num Estado de Direito Democrático, não pode permitir-se que cada um, *per se*, se arrogue da prerrogativa de interpretar o que é o interesse público saúde pública e determinar o que é melhor para a sua prossecução; as empresas e os demais empregadores no País não podem pretender tratar os dados de saúde dos seus trabalhadores com o argumento de que é necessário para garantir a saúde pública, sem que estejam habilitados, no plano científico e técnico para fazer tal avaliação. Reitera a CNPD o que já tinha escrito nas orientações de abril: quanto ao artigo 13.º-C, continua por demonstrar a necessidade da restrição, com o alcance agora pretendido, dos direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e pela proteção de dados pessoais de saúde no combate à pandemia da COVID-19, o que estará espelhado nos sucessivos decretos de emergência que, neste contexto, não suspenderam o exercício dos mesmos direitos. Conclui que não se pode pretender que a tutela de outros direitos fundamentais, como o direito à integridade física ou o direito à segurança, sejam afirmados com desprezo por direitos que também compõem e definem a dignidade humana.

LÁ FORA

Temos assistido à publicação de entendimentos de várias autoridades entidades de controlo sobre tratamentos de dados de saúde pelas entidades empregadoras, no presente contexto pandémico. Veja-se, por exemplo, a autoridade espanhola (AEPD), que terá adotado uma posição menos restritiva (atente-se que Espanha tem outro contexto de facto e vasta produção legislativa sobre a pandemia), citando diversas bases de licitude que fundamentam o tratamento daqueles dados de categoria especial pelo empregador. A autoridade do Reino Unido (ICO), que sublinha a necessidade de realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados (AIPD), subscreve que o tratamento (ex., teste de diagnóstico) será lícito, verificadas determinadas condições, para efeitos do artigo 9.º do RGPD. A CNIL lembra que apenas o pessoal de saúde competente (em particular medicina do trabalho) pode recolher, implementar e aceder a quaisquer formulários ou questionários médicos de funcionários / agentes que contenham dados relativos ao seu estado de saúde ou informação. relacionando-se em particular com a sua situação familiar, as suas condições de vida ou mesmo os seus possíveis movimentos. O mesmo se aplicará aos exames médicos, serológicos ou de diagnóstico da COVID-19, cujos resultados estão sujeitos ao sigilo médico: o empregador só poderá receber a eventual notificação de aptidão ou inaptidão para regressar ao trabalho emitida pelo profissional de saúde. Poderá então tratar apenas esta única informação, sem mais pormenores relativos ao estado de saúde do trabalhador, de forma análoga ao tratamento das licenças médicas que não indica a patologia de que o trabalhador está afetado.



TELLES

PORTO

Av. Marechal Gomes da Costa, 1131
4150-360 Porto · Portugal
t. +351 220 308 800



www.telles.pt

LISBOA

Rua Castilho 20, 4º andar
1250-069 Lisboa · Portugal
t. +351 210 308 830