

Opinião: O tratamento da vacinação contra a Covid-19 à luz da LGPD

Tomada a decisão, por parte do controlador (empregador, nesse caso), pela coleta de dados pessoais relacionados à verificação do status de Covid-19 do empregado, o primeiro questionamento que surge é: a Lei Geral de Proteção de Dados fornece base jurídica que permite a verificação do status de vacinação



A resposta é sim. A LGPD é uma legislação ampla e também

prevê as regras aplicáveis ao tratamento de dados pessoais em um contexto como o relacionado à Covid-19. Com efeito, a LGPD fornece os fundamentos jurídicos que permitem aos empregadores e às autoridades de saúde pública competentes tratar dados pessoais no contexto de epidemias, sem a necessidade de obter o consentimento do titular dos dados.

No entanto, como destacado por Andrea Jelinek, presidente do Comitê Europeu para a Proteção de Dados (*European Data Protection Board*), mesmo nestes tempos excepcionais, os princípios da eficácia, da necessidade, da proporcionalidade e, principalmente, o da não discriminação devem ser respeitados. E, vai além, afirma ainda que o responsável pelo tratamento deve garantir a proteção dos dados pessoais dos titulares dos dados, suficientemente, de forma eficaz, contra o risco de potenciais discriminações [1].

Da mesma forma, no Brasil, em qualquer atividade de tratamento, independentemente da base legitimadora de tratamento, deverão ser observados os princípios gerais da LGPD, além da garantia dos direitos do titular e entre estes, a finalidade, necessidade, adequação, como primeiro trinômio, além do princípio da não discriminação negativa ou em prejuízo do titular, previstos no artigo 6º da LGPD.

Portanto, por não se tratar de um requisito legal [2], a verificação do status de vacinação contra a Covid-19, ao tratarmos de dados pessoais sensíveis, com proteção especial da Lei Geral de Proteção de Dados, fica a critério da empresa ou do empregador.



Antes, porém, de decidir verificar voluntariamente o status de vacinação contra a Covid-19 de seus empregados, recomenda-se que a empresa ou organização seja transparente sobre o propósito que está tentando alcançar e como a coleta desses dados pode ajudar a atingir esse objetivo e atender a essa finalidade. Lembremos que a transparência também é princípio da LGPD (artigo 6º) e sempre deverá ser informada a finalidade de qualquer atividade de tratamento antes da coleta.

O status de vacinação para a Covid-19 de um empregado, como já citado anteriormente, é um dado pessoal sensível, ou seja, um dado de categoria especial, pois se trata de uma informação de saúde privada, dado sensível por excelência. Portanto, o uso desses dados deverá ser justo, relevante e estritamente necessário para um propósito específico e legítimo.

Superada essa fase, de definição de finalidade, necessidade e adequação, a organização deverá considerar na implementação dessa verificação do status de vacinação da Covid-19 os seguintes pontos:

- 1) *Legislação trabalhista e contratos de trabalho;*
- 2) *Requisitos de saúde e segurança; e*
- 3) *Igualdade e direitos humanos, incluindo direitos de privacidade".*

O motivo para verificar e registrar o status de vacinação contra a Covid-19 dos empregados deve ser claro, necessário e transparente. Caso a organização não possa especificar uma finalidade para a coleta dessa informação, ou possa atingir seu objetivo sem coletar esses dados, é improvável que consiga justificar a coleta.

Na ausência de uma determinação clara, objetiva e abrangente, que obrigue as organizações a coletar essas informações, recomenda-se que o empregador deva considerar o setor em que opera e os riscos de saúde e segurança em seu ambiente para ajudá-lo a decidir se tem motivos imperiosos para verificar o status de vacinação Covid-19 dos empregados.

O uso desses dados não deve resultar em nenhum tratamento injustificado e somente devem ser utilizados para os fins que os empregados razoavelmente esperam. O tratamento dessas informações deve ser justo e, se a coleta ou o uso dos dados tiver probabilidade de ter uma consequência negativa para alguém, a empresa deve ser capaz de justificá-la [3].

Caso o uso desses dados resulte em um alto risco para as pessoas (por exemplo, negativa de oportunidade de emprego [4]) ou se o empregador tratar dados de saúde em larga escala, será necessário realizar uma avaliação do impacto da proteção de dados.

O segundo questionamento que advém da decisão de realizar esse tratamento de dados pessoais é: que base legal devo usar para verificar o status de vacinação contra a Covid-19 dos empregados?



Concluindo a organização de que possui um bom motivo para coletar o status de vacinação contra Covid-19 dos empregados, realizada a avaliação do impacto da proteção de dados, é provável que a base legal mais apropriada seja a *"proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro"*, prevista na alínea "e", inciso II, do artigo 11 da LGPD.

Nesse sentido, para justificar o uso da base legal acima teríamos como fundamento o dever do empregador em assegurar a todos os empregados um meio ambiente de trabalho seguro (artigo 225, CF/88), com base em medidas adequadas de saúde, higiene e segurança, assim como no direito que os empregados têm a um meio ambiente laboral saudável (artigo 7º, XXII, CF/88).

Nesse aspecto, há os que defendem que a base legal mais apropriada seria o *"cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador"*, prevista na alínea "a", inciso II, do artigo 11 da LGPD.

No entanto, a base legal *"cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador"*, prevista na alínea "a", inciso II, do artigo 11 da LGPD, parece ser mais ajustada para os casos onde já existem leis tratando do tema [5] e/ou para certos setores da economia, como profissionais que atuam em determinadas áreas da saúde [6], especialmente aquelas que estão na linha de frente do tratamento da Covid-19.

Logo, para esses casos, o empregador deverá verificar se:

- a) Há obrigação legal de ser vacinado contra Covid-19 para desempenhar sua função; ou
- b) Suas atividades são desempenhadas em algum lugar onde haja maior probabilidade de encontrar pessoas infectadas com Covid-19; ou, ainda,
- c) Pode representar um risco para indivíduos clinicamente vulneráveis.

Assim, quando essas verificações são justificadas por lei, o empregador poderá contar com a base legal *"cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador"*, prevista na alínea "a", inciso II, do artigo 11 da LGPD para o tratamento.

Quanto ao "consentimento", o seu uso como base legal nos termos da LGPD raramente é apropriado em uma relação de emprego devido ao desequilíbrio de poder entre o empregador e o empregado. Nessas circunstâncias, o consentimento presumidamente não seria "dado de forma livre" [7]. Ademais, caso o empregador decida coletar esses dados tendo como base legal o "consentimento", previsto no inciso I do artigo 11 da LGPD, estará sujeito à eventual revogação pelo titular, consoante disposição do inciso IX do artigo 18 da mesma lei [8].

Destaquemos ainda que é um direito do titular ser informado da possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa, nos termos do artigo 18, inciso VIII. Logo, não existe consentimento se não existe liberdade de escolha do titular. O GDPR, considerando 42, também preconiza que não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma verdadeira escolha, ou não puder recusar, nem retirar o consentimento, sem ser prejudicado.

Independentemente da base legal a ser enquadrada, por se tratar de dados pessoais sensíveis, que exigem uma proteção maior sob o ponto de vista da LGPD, caso o empregador colete e mantenha o registro de quem está vacinado para fins de monitoramento deverá ser capaz de demonstrar que a atividade de tratamento é de fato necessária e que não poderia atingir-se a mesma finalidade por meios menos invasivos e com a mesma eficácia, o que nos leva mais uma vez no sentido de eleição pela base legal *proteção à vida e integridade física do titular ou terceiro*.

Também deverá ser capaz de demonstrar que os critérios de monitoramento do status de vacinação contra a Covid-19 não sejam discriminatórios ou desproporcionais a ponto de causar um prejuízo desproporcional em razão da condição de saúde do empregado.

Uma vez decidido que realizará a coleta e o tratamento do status de vacinação contra a Covid-19 de seus empregados, recomenda-se que o empregador faça o tratamento por meio de um profissional de saúde; em assim não o fazendo, deve garantir aos titulares (empregados) que está tratando o status de vacinação contra a Covid-19 como confidencial e que só divulgará essas informações em circunstâncias claramente definidas.

O terceiro e último, quais são os pontos de atenção se o empregador decidir tratar o status de vacinação de seus empregados?

Os empregados devem entender de forma clara por que o empregador necessita coletar essas informações, que não há outro meio de se atingir a mesma finalidade e qual objetivo o empregador pretende alcançar.

O empregador deve garantir aos titulares que o tratamento está ocorrendo de forma segura e que os dados serão considerados confidenciais, de modo que eventual divulgação do status de vacinação de um empregado somente ocorrerá caso exista um motivo legítimo e justificável para fazê-lo, assegurando-se a privacidade do trabalhador.

O empregador também deve se atentar para o prazo de retenção dessas informações. Ou seja, deve assegurar-se de não as reter por mais tempo do que o necessário para atingir sua finalidade, sendo imediatamente descartadas após esta ser atingida. O status de vacinação contra a Covid-19 não poderá ser utilizado para finalidade distinta daquela informada e que os titulares não esperariam.

Também deve solicitar-se apenas a quantidade mínima de dados necessária para o seu propósito, atendendo ao princípio da necessidade. Esse princípio, no contexto da LGPD, traduz-se na coleta restritiva de dados. Deve-se tratar apenas os dados pessoais estritamente necessários para atingir-se a finalidade pretendida, não podendo haver coleta excessiva. Por exemplo, se um empregado possui um status justificado de recusa à vacinação, o empregador não deve solicitar rotineiramente mais informações sobre o motivo por trás da justificativa.

Por fim, alerta-se que, diante da categoria de dados pessoais, o controlador, agente de tratamento responsável, deve verificar regularmente se ainda precisa tratar os dados de status de vacinação contra Covid-19 de seus empregados.

[1] https://edpb.europa.eu/news/news/2021/eu-data-protection-authorities-adopt-joint-opinion-digital-green-certificate_pt. Acesso em 07/12/2021.

[2] Em respeito ao tema, importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6586 e 6587 e do ARE 1.267.897) que a vacinação obrigatória é uma medida legítima, desde que observadas as regras da Lei nº 13.979/20. Ou seja, a vacinação só pode ser obrigatória mediante evidências científicas e análises sobre informações estratégicas em saúde. E não é só isso, na decisão, o STF deixa claro que vacina obrigatória não equivale a imposição de vacinação forçada, uma vez que a vacinação exige o consentimento daquele que será imunizado. E, somente quando inexistir tal consentimento, é possível adotar medidas indiretas tais como a restrição de frequência em determinados lugares, desde que exista previsão legal. A exigência da vacinação obrigatória do empregado deve, portanto, acima de tudo, respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho, além da razoabilidade e proporcionalidade.

[3] Em Luxemburgo, os empregadores têm a opção de implementar o chamado sistema CovidCheck para os trabalhadores, o que significa que, se desejarem, podem fazer com que os empregados comprovem que estão vacinados ou tiveram teste negativo para Covid-19 ou se recuperaram recentemente do vírus, antes de permitir que eles entrem na empresa. Ou seja, não há imposição de uma vacinação obrigatória. Ministro do Trabalho Dan Kersch e o ministro do Serviço Civil, Marc Hansen, esclareceram ainda que, ainda que, os empregados que se recusem a se vacinar ou se recusem a fazer um teste da Covid-19 não possam entrar no local de trabalho, não devem ser demitidos por não cumprirem essas condições. (<https://www.luxtimes.lu/en/luxembourg/unvaccinated-to-take-daily-covid-test-to-enter-workplace-61a9ff32de135b9236aacefc>. Acesso em 07/12/2021).

[4] A Comissão Nacional de Informática e Liberdades da França – CNIL, em página de perguntas e respostas sobre a coleta de dados pessoais no local de trabalho em razão da pandemia provocada pelo coronavírus, esclarece que o empregador tem apenas uma função organizacional na realização de campanhas de vacinação e nenhuma consequência negativa pode ser tomada pelo empregador diante da recusa da vacina pelo trabalhador. Além disso, o retorno do empregado ao seu local de trabalho não pode ser condicionado à vacinação e nenhuma decisão de inaptidão pode ser proferida por sua recusa em ser vacinado. (<https://www.cnil.fr/fr/covid-19-questions-reponses-sur-la-collecte-de-donnees-personnelles-sur-le-lieu-de-travail>)



. Acesso em 07/12/2021).

[5] Entre os estados que já estão adotando o passaporte vacinal, se encontram Rio Grande do Sul, Amazonas, Pará, Pernambuco e Espírito Santo e Santa Catarina. No caso de Santa Catarina o passaporte é exigido apenas para eventos, mas pode ser substituído por um teste de Covid-19 (RT-PCR) realizando nas últimas 72 horas.

[6] A NR 32 tem por finalidade estabelecer as diretrizes básicas para a implementação de medidas de proteção à segurança e à saúde dos trabalhadores dos serviços de saúde, bem como daqueles que exercem atividades de promoção e assistência à saúde em geral.

[7] "Artigo 5º – Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XII – consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada";.

[8] "Artigo 18 – O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

[...]

IX – revogação do consentimento, nos termos do §5º do artigo 8º desta Lei".