

REFLEXÕES INICIAIS QUANTO AO USO DA BIOMETRIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: DO PARADIGMA PORTUGUÊS ÀS PROJEÇÕES NO BRASIL

Célio Pereira Oliveira Neto¹

Resumo: Partindo da mais estruturada cultura portuguesa na tutela dos direitos fundamentais à proteção de dados no campo das relações de trabalho, e eleito como tema o uso da biometria para efeito de ingresso nas organizações, controle de assiduidade e de jornada, colhem-se experiências legislativas, doutrinárias e da Comissão Nacional de Proteção de Dados, projetando cenários para o Brasil, onde embora a biometria seja bastante utilizada, inexistente uma percepção do alcance dessa tecnologia e de seus efeitos, nem orientações concretas no campo das relações de trabalho, valendo-se de recente Nota Técnica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que pode servir de parâmetro em que pese não relacionada às relações de trabalho.

Palavras-chave: biometria, relações de trabalho, proteção de dados

INITIAL REFLECTIONS ON THE USE OF BIOMETRICS IN LABOR RELATIONS: FROM THE PORTUGUESE PARADIGM TO PROJECTIONS IN BRAZIL

Abstract: Based on the more structured Portuguese culture in the protection of fundamental rights to data protection in labor relations, and chosen as a theme the use of biometrics for the purpose of joining organizations, attendance and working hours control, legislative, doctrinal and social experiences are collected. National Commission for Data Protection, projecting scenarios for Brazil, where although biometrics is widely used, there is no perception of the scope of this technology and its effects, nor concrete guidelines in the field of labor relations, taking advantage of a recent Technical Note of the National Data Protection Authority, which can serve as a parameter in spite of not being related to labor relations.

Keywords: biometrics, labor relations, data protection

¹ Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT), titular da cadeira 75. Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Doutor, Mestre e Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP; Professor; Pesquisador GETRAB-USP; Diretor Jurídico da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades - SOBRATT; Sócio fundador Célio Neto Advogados.

OBJETO

O presente artigo tem por objeto apresentar o panorama do uso da biometria para efeito de controle de ingresso, assiduidade e jornada nas organizações, à luz da experiência portuguesa, projetando cenários para o Brasil, no que tange à proteção de dados do trabalhador.²

INTRODUÇÃO

No ano de 2003, de forma pioneira, Maria Regina Redinha e Maria Raquel Guimarães, apontavam que “pela primeira vez, o motor do crescimento económico é a informação e não o setor energético”,³ alertando inclusive que a informação tendia a ser um bem apropriável.

Com a passagem do átomo ao *bit*, de forma imperceptível, ou mesmo inconsciente, no quotidiano de cada um, são armazenados dados – num cenário em que o homem se torna fonte de informação pessoal⁴.

O próprio ‘Considerando 6’ do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) é no sentido de que as pessoas cada vez mais disponibilizam as suas informações pessoais de forma pública e global. Nesse panorama ocorre a captação dos padrões de navegação diante das buscas, compras e mensagens, numa indústria de coleta, tratamento e transação comercial de dados (*data brokers*), que permitem a combinação dos dados.

De um lado, o dado como direito e patrimônio, de outro a disponibilização de informações pessoais de forma inocente em sites de navegação e redes sociais, seja para “ganhar uma curtida”, exibindo-se no mundo dos heróis, seja em troca de mínimos descontos ou mesmo para ter acesso a produtos, serviços e informações.⁵

² Este artigo é uma adaptação de trechos do Relatório entregue para cumprimento dos requisitos no Programa de Pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, cujo título é: Proteção de Dados: Questões Laborais Controvertidas – do paradigma português às projeções no Brasil.

³ MARIA REGINA GOMES REDINHA e MARIA RAQUEL GUIMARÃES. *O uso do correio electrónico no local de trabalho – algumas reflexões*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 647 e 648. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/24325/2/49769.pdf>

⁴ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 53 e 75.

⁵ DOM TOTAL, *A LGPD e o Direito como limite ao determinismo tecnológico*, 2020, in <https://domtotal>.

A coleta massiva de dados é exponencialmente potencializada com a internet das coisas (*IoT – Internet of Things*) que permite que aparelhos de uso doméstico conversem entre si, recolhendo e combinando dados pessoais, assim como hábitos de consumo e o próprio modo de vida de cada um, com o objetivo de melhor servir ao ser humano, do que é exemplo o *Firebox* que possibilita servir um café quando o clima esfria, ou mesmo o *Samsung Smart Hub* que informa ao usuário quais as necessidades de compra do mercado – ambos a partir do uso do smartphone.

Nessa linha, imagine-se o risco desse desnude ao tratar do setor de saúde, onde já se tem notícias da internet das coisas de saúde (*IoHt – Internet of Healthcare Things*) combinando sensores ao ponto de permitir a emissão de alerta sobre os níveis de poluição para uma pessoa asmática.⁶

Evidente que se trata de benefícios, sobretudo no setor da saúde, o que contribui para a construção do *Homo Deus*, na definição de Yuval Noah Harari⁷, com capacidade para viver e bem 150 anos ou mais, todavia, o tema aqui é a proteção do direito fundamental à proteção de dados.

Nessa abordagem, não pode passar ao largo a previsão de que até 2020 a estimativa era de que ao menos cento e cinquenta milhões de dispositivos inteligentes estivessem ligados em rede, com o potencial de registrar, tratar, armazenar e transferir dados de forma contínua.⁸

Por sinal, o *Livro Verde para a Sociedade da Informação*, em Portugal, bem retrata esse panorama, ao conceituar a sociedade da informação, dispondo ao final que tal corresponde a uma sociedade cujo funcionamento “recorre crescentemente a redes digitais da informação”.⁹

[com/noticia/1481541/2020/11/a-lgpd-e-o-direito-como-limite-ao-determinismo-tecnologico](https://www.missao-si.mct.pt/com/noticia/1481541/2020/11/a-lgpd-e-o-direito-como-limite-ao-determinismo-tecnologico) (18.05.2023).

⁶ CARLOS ANDRÉ FERREIRA DIAS, *A Privacidade na era da Internet das Coisas: Direitos de Personalidade e Proteção de Dados*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2019, in <https://hdl.handle.net/10216/140094> (15.05.2023), p. 8 e p.28.

⁷ YUVAL NOAH HARARI, *Homo Deus – Uma Breve História do Amanhã*, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2016.

⁸ CARLOS ANDRÉ FERREIRA DIAS, *A Privacidade na era da Internet das Coisas...*, cit., p. 8 e p. 31.

⁹ “um modo de desenvolvimento social e econômico em que a aquisição, armanejamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação, conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas prática culturais. A sociedade da informação corresponde, por conseguinte, a uma sociedade cujo funcionamento recorre crescentemente a redes digitais da informação.”

TERESA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores...*, cit., p. 67 e 68.

MISSÃO DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO, *Livro Verde para a sociedade da informação em Portugal*, p. 5, in <http://www.missao-si.mct.pt>. (15/05/2023)

Nesse cenário de informação digitalizada, ao abordar a combinação dos dados à luz da Constituição de Portugal, Jorge Miranda e Rui Medeiros pontuam que o que se busca evitar é que se possa traçar “uma imagem completa da pessoa capaz de identificar todos os seus movimentos, os seus bens, as suas doenças, as suas crenças, em suma, todos os aspetos mais recônditos da sua vida privada e pessoal”¹⁰, afinal o direito à privacidade ganha relevo ainda maior numa sociedade da informação que se pretenda democrática e pluralista.

Ao mesmo tempo em que se reivindica maior privacidade, as pessoas adotam comportamento contrário, de tal arte a autorizar sucessivas intromissões em sua privacidade, estabelecendo o fenômeno do *privacy paradox* (paradoxo da privacidade).¹¹

No entanto, Inês Camarinha Lopes¹² alerta que não se trata efetivamente de comportamentos contraditórios que facilitam o processamento de dados pessoais, com todas as vantagens econômicas que lhe estão associadas propiciando a transação num mercado de dados, mas da falta de consciência do titular do dado quanto ao resultado de seus comportamentos.

Nessa linha, cumpre observar que Daniel J. Solove afirma que os titulares não possuem capacidade de analisar e avaliar adequadamente quanto à existência de vantagem ou não de prestar o consentimento, haja vista que desconhecem as reais consequências que daí podem decorrer, o que impede o consentimento livre e informado.¹³

A partir desse panorama, e considerando que o uso da tecnologia se faz diuturnamente presente no curso do contrato de trabalho, a coleta de dados acaba por ocorrer com frequência, do que são meros exemplos as câmeras de segurança instaladas nas organizações, as imagens gravadas em evento do empregador, a geolocalização de veículos da empresa, o uso de computadores no desempenho das atividades, ou mesmo a biometria utilizada para controle de ingresso, assiduidade e jornada nas relações de trabalho.

¹⁰ JORGE MIRANDA / RUI DE MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 788-789.

¹¹ INÊS CAMARINHA LOPES, «O consentimento como fundamento de licitude do tratamento de dados pessoais e o *privacy paradox*», in *O Sentir do Direito – Estudos em Homenagem ao Professor José Tavares de Sousa*, André Lamas Leite, Fernando da Silva Pereira e Tiago Azevedo Ramalho (coord.), Edit. AAFDL, Lisboa, 2022, p. 199.

¹² INÊS CAMARINHA LOPES, «O consentimento como fundamento...», cit., p. 199.

¹³ DANIEL J. SOLOVE, «Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma», *Harvard Law Review* 1880, 2013, v. 126, n. 7, in <https://harvardlawreview.org/print/vol-126/introduction-privacy-self-management-and-the-consent-dilemma/> (15.05.2023).

E quando se trata de dados pessoais, por evidente, estes não só estão sujeitos à proteção de dados, como também representam risco de agressão aos direitos da personalidade, amplificados pela ambivalência da tecnologia, na medida em que o equipamento de trabalho não só representa o meio de execução da atividade, como, ao mesmo tempo, pode ser o instrumento utilizado para o controle.

É nesse contexto que o presente artigo apresenta relato acerca do uso da biometria para efeito de controle de ingresso, assiduidade e jornada em Portugal, projetando cenários para o Brasil no que tange à proteção de dados do trabalhador.

1. USO DA BIOMETRIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: DO PARADIGMA PORTUGUÊS

1.1. Aspectos conceituais

O Código do Trabalho de Portugal trata de forma expressa dos dados biométricos, o que o faz no art. 18.⁰¹⁴, tendo “como âmbito de aplicação os dados recolhidos por sistemas que se baseiam na avaliação e na mensuração de dados biológicos em comparação com uma amostra digital.”¹⁵

Os dados biométricos são considerados dados sensíveis ao teor do art. 9.^o do RGPD, e encontram sua definição no art. 4.^o, nos seguintes termos:

“dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos.”

¹⁴ CT – Artigo 18.^o – Dados biométricos

1 – O empregador só pode tratar dados biométricos do trabalhador após notificação à Comissão Nacional de Proteção de Dados.

2 – O tratamento de dados biométricos só é permitido se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir.

3 – Os dados biométricos são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades do tratamento a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

4 – A notificação a que se refere o n.^o 1 deve ser acompanhada de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível 10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer.

5 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.^o 3.

¹⁵ MARIA REGINA GOMES REDINHA, 1^a Sessão: Os desafios sociais no contexto europeu e brasileiro, [Participantes: Nair Portela Silva Coutinho, Nídia Maria de Moraes Cardoso de Menezes Abrunhosa, Pedro Garrido Rodríguez, Rafael De Sousa Castelo, Ruy Celso Barbosa Florence], *I Congresso Global de Direitos Humanos*, Lamego, Portugal, 2019, in <https://doity.pt/GDH.LAMEGO> (15.05.2023).

Dizem respeito, pois, a características únicas das pessoas, na medida em que: *i)* universais, pois presentes em todos os seres humanos; *ii)* singulares, haja vista que distinguem as pessoas; *iii)* permanentes, na medida em que mantêm-se conservados com a pessoa, mesmo com a passagem do tempo; *iv)* mensuráveis e acessíveis, pois possuem natureza morfológica, física ou fisiológica, avaliando características relativas, *v.g.*, às impressões digitais, reconhecimento da íris, reconhecimento do rosto e reconhecimento da voz, dentre outros; assim como análise comportamental, quando avaliam a digitação, o modo de andar ou assinatura manuscrita – não sendo considerados lícitos os dados coletados para análise comportamental ao teor do art. 28.º da Lei 58/2019.¹⁶

A coleta de dados biométricos é tema que possui distintos contornos, pois ao mesmo tempo em que oferece risco à proteção do trabalhador quanto ao uso desses dados sensíveis, em regra não são dados reversíveis, portanto, usualmente não indicam o seu respectivo titular.

Nesse sentido, Maria Regina Gomes Redinha leciona:

“Uma vez que assentam em características biológicas do indivíduo, os dados biométricos são provenientes da pessoa e nesta medida dados pessoais. No entanto, inclinamo-nos para a sua exclusão desta qualificação *stricto sensu*, pois, actualmente, os sistemas biométricos não registram nem armazenam amostras biométricas reproductíveis.¹⁷”

A Autora prossegue explicando que no estágio atual, a leitura da impressão digital não permite descodificação e reprodução dessa mesma impressão, de sorte que não se trata rigorosamente um dado pessoal, mas instrumento de controle baseado em parâmetros biológicos.

Com o passar do tempo, a Autora passou a compreender que a maior parte dos sistemas continuam assim, mas já há sistemas que permitem a descodificação.

1.2. Controle de ingresso, assiduidade e jornada de trabalho

Para efeitos do presente estudo, limita-se a discussão ao uso da biometria para efeito de controle de acesso, assiduidade e coleta dos tempos

¹⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho...*, cit., p. 233.

¹⁷ MARIA REGINA GOMES REDINHA, *Da protecção...*, cit., p. 885.

de trabalho, e, nessa esteira, cumpre reiterar que os registros de jornada de labor são dados pessoais, consoante já se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ainda quando da Diretiva 95/46/CE, o que permanece plenamente aplicável.

Com efeito, por meio do Acórdão C-342/12, o TJUE declarou que:

“o artigo 2.º, alínea ‘a’, da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que o conceito de dados pessoais, na aceção desta disposição, abrange um registro dos tempos de trabalho, como o que está em causa no processo principal, que comporta a indicação, para cada trabalhador, das horas de início e de termo do tempo de trabalho, bem como das correspondentes interrupções ou intervalos.”¹⁸

1.2.1. Posição da CNPD

A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) abordou o tema em seus “*Princípios sobre a utilização de dados biométricos, no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade*” de 2004¹⁹, ocorre que tomou por base a Lei 67/98, que foi expressamente revogada pela Lei de Execução do RGPD (Lei 58/2019), que recepcionou e disciplinou a aplicação do RGPD no ordenamento português.

Ainda que a Lei 67/98 tenha sido expressamente revogada, há disposições dos “*Princípios sobre a utilização de dados biométricos, no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade*” que ainda hoje indicam o caminho no tratamento de dados biométricos, pedindo-se licença para destaques no que tange à apreciação quanto aos riscos à proteção ao trabalhador, cujos considerandos, entre outros, constam dos seguintes números.

(i) 37. “Se não for estabelecido contratualmente o tratamento de dados biométricos por razões inerentes e determinadas pela especial natureza do contrato (v.g. entrada em locais de «alta segurança»), a mera celebração do contrato não determina, só por si, uma legitimação para o tratamento destes dados”;

¹⁸ INFO CURIA JURISPRUDÊNCIA, C-342/12 – Worten, 2013, in <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-342/12&language=PT> (15.05.2023).

¹⁹ CNPD – COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS, *Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade*, 2004, in <https://www.cnpd.pt/media/uqunywgn/principios-biom-assiduidade-acesso.pdf> (15.05.2023).

(ii) 38. “O simples facto de ter sido celebrado um contrato não implica, só por si, que o trabalhador esteja obrigado a fornecer «informações adicionais» relativas às suas características biométricas”, até porque não imprescindíveis ao ato da declaração negocial;

(iii) 45. “Na apreciação do «grau de intromissão» importa considerar a forma como se obtêm os elementos de identificação e as finalidades que estão na base da colheita de características físicas dos trabalhadores (v.g. se representam finalidades discriminatórias)”;

(iv) 49. “Não é o dado biométrico em si mesmo que pode afectar o direito à privacidade da pessoa, mas a finalidade com que é utilizado e os riscos que apresenta para a própria pessoa (risco de discriminação ou de cruzamento com outros sistemas, consequências produzidas em razão da sua falta de fiabilidade, efeitos na sua esfera pessoal no caso de falsificação ou usurpação da característica biométrica);”

(v) 50. “Se justifica alertar para a aplicação, com especial pertinência, do princípio contido no artigo 13.º da Lei 67/98, que proíbe a tomada de decisões com base, exclusivamente, em tratamento automatizado”;

(vi) 53. “A proliferação e massificação destas formas de tratamento e a possibilidade de relacionamento com outras tecnologias (v.g. videovigilância) são factores que, em termos de protecção da privacidade, não devem ser negligenciados”.

Já de sorte a apresentar elementos aptos a autorizar a coleta, dentre outros, vale observar os seguintes considerandos:

a) 46. “Na colheita de dados biométricos – normalmente a impressão digital, geometria da mão ou da face, padrão da íris ou reconhecimento da retina – a captação não tem qualquer implicação com a integridade física do trabalhador na medida em que a finalidade visada ou a forma como os elementos da identidade são captados não têm implicações no recato ou no pudor”;

b) 47. “A simples operação de recolha, em exclusivo, para fins de controlo da assiduidade do trabalhador não afecta o direito à identidade pessoal e da intimidade da vida privada, garantidas constitucionalmente no artigo 26.º da CRP”;

c) 48. “Em geral, a submissão à operação de recolha não se poderá traduzir numa discriminação ou violação do dever de respeito e dignidade do trabalhador, nem afectar o recato ou pudor que a sua condição supõe, tanto mais que a finalidade que está subjacente à captação destes dados não envolve, por princípio, qualquer discriminação ou desconfiança em relação ao próprio trabalhador”.

Consta de seus Considerandos, como meio apto a solver conflitos, a aplicação do princípio da proporcionalidade, consoante n. 51, de sorte que o tratamento observe finalidade concreta, devendo ser avaliado em termos de idoneidade e de intervenção mínima, ponderando-se no caso concreto “entre a finalidade pretendida e o sacrifício ou limitação de direitos ou interesses dos trabalhadores que ela implica”, assim como, conforme n. 41, “o tratamento deve deixar de ser feito quando se revele injustificado, por ser desajustado e excessivo, ou quando – pela sua falta de fiabilidade – comprometa a finalidade determinante do tratamento”.

O ‘Considerando n. 52’ é no sentido de que as características biométricas sejam pseudonimizadas, adotando-se, “sempre que possível, o registo das características biométricas (em particular quando estiver em causa a impressão digital) em cartão que o trabalhador deve transportar”.

A partir das considerações mencionadas e outras aqui não apontadas, a CNPD alertou os responsáveis (controladores) para o cumprimento de princípios de proteção de dados, informando diversos aspectos quando da apreciação dos tratamentos de dados biométricos para controle de acesso e de assiduidade, nomeadamente a integral observância às condições estabelecidas na Lei 67/98.²⁰

²⁰ Em rápidas e apertadas pinceladas, fundada na Lei 67/98, a CNPD alerta que se deve respeitar a vida privada, assim como os “dados devem ser adequados, pertinentes e não excessivos em relação à finalidade e proporcionados aos objectivos que se pretendem atingir”, assim como “a preocupação primordial em relação à utilização de dados biométricos passa pela ponderação, no caso concreto, da idoneidade e da necessidade daquele meio e da conformidade dos motivos apresentados com o princípio da proporcionalidade”, de modo que “a CNPD deverá verificar, numa ponderação dos interesses em presença e em cada caso concreto, se «não prevalecem os interesses ou os direitos liberdades e garantias dos titulares dos dados» sobre o «interesse legítimo» invocado pelo responsável”.

Em atenção à autodeterminação informativa e outros princípios do RGPD, deve-se assegurar informações quanto à “existência de tratamento, dados pessoais tratados, finalidades e entidades a quem os dados podem ser transmitidos”, não se podendo utilizar os dados biométricos para finalidade diversa da que originou a coleta, e garantido o “direito de acesso, rectificação ou oposição”.

Com base em todas as disposições anteriores, dispõe que “o controlo de acessos e de assiduidade com recurso a dados biométricos apresenta-se como um meio adequado por corresponder a uma «finalidade legítima», razão pela qual esse controlo terá que ser enquadrado na previsão do artigo 6.º al. (e) da Lei 67/98”, ou seja, desde que não sejam violados os interesses, direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.

Confirmando o já exposto nos considerandos, também dispõe que “a impressão digital, geometria da mão ou da face, padrão da íris ou reconhecimento da retina – não tem qualquer implicação com a integridade física do trabalhador, não afectando, igualmente, o seu direito à identidade pessoal e à intimidade da vida privada”, e que a coleta e comparação das características biométricas, em geral, “não constitui factor de discriminação ou violação do dever de respeito, nem afecta o recato ou pudor do trabalhador”.

Aborda também a desvantagem de o trabalhador carregar cartão manual consigo, obrigando ainda ao empregador produzir novo cartão em caso de perda, e não afasta “riscos efectivos de falsificação ou «apropriação» das características biométricas, aspecto que tem consequências

1.3. Lei aplicável e posição portuguesa

Observada, pois, a conformidade dos destaques apresentados que ainda atualmente merecem ser considerados dada a pertinência com os princípios que regem a coleta de dados, formalmente é a Lei 58/2019 que regulamenta a matéria ao tratar das relações laborais, em seu art. 28.º, n. 6²¹ disciplinando que o tratamento do dado biométrico só é considerado legítimo para efeito de acesso às instalações do empregador e controle de assiduidade, devendo “assegurar-se que apenas se utilizem representações dos dados biométricos e que o respetivo processo de recolha não permita a reversibilidade dos referidos dados”.

Teresa Coelho Moreira apresenta crítica defendendo que os dados biométricos possam igualmente ser utilizados para efeito de cômputo da jornada de trabalho, assim como, inclusive para efeito de permissão de acesso a setores específicos da empresa a determinados trabalhadores a tanto autorizados em razão da função, propondo que sejam adotadas as seguintes linhas mestras: *i)* aplique-se o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de buscar o menor sacrifício do bem preterido; *ii)* para fins de

imprevisíveis para os titulares nomeadamente se caminarmos para a utilização generalizada destes meios”, de tal arte que a CNPD diz que estará atenta às inovações tecnológicas, assim como à “utilização de sistemas com deficiente grau de desempenho (v.g. uma elevada taxa de falsas aceitações ou de falsas rejeições)”, já que estes podem comprometer a finalidade do tratamento e criar dificuldades acrescidas ao trabalhador.

Consigna, tal com previsto na Lei 67/98 “que se houver este risco, deve entender-se que o sistema não reúne as condições legais para desempenhar as finalidades de controlo”, haja vista que além da informação estar desatualizada, tal instabilidade representa “falta de confiança no sistema, colocando aos trabalhadores grandes dificuldades de prova em relação à comprovação da «falsa entrada» que lhes foi atribuída pelo sistema”, o que viola os “princípios da qualidade dos dados e, em particular, o princípio da actualização” – condição para a licitude do tratamento. Em seguida trata da falibilidade da prova biométrica, impondo ao responsável pelo tratamento que “não encare, sem qualquer flexibilidade, a introdução destes novos sistemas como instrumentos «infalíveis» em termos de reconhecimento, devendo abordar com realismo as situações em que o trabalhador questiona a sua eficácia”.

Fazendo remissão ao artigo 17.º n.º 4 do Código do Trabalho, “deve ser reconhecido ao trabalhador o «controlo sobre o tratamento dos seus dados pessoais» colocando ao seu alcance mecanismos para verificar – no momento da sua identificação/autenticação – se o sistema fez o seu reconhecimento (ou se fez um «falso reconhecimento»)”.

Para reduzir os “perigos decorrentes da falta de performance e eficácia no desempenho do sistema”, estes devem ser testados, na prática, durante período experimental adequado, assim como é desejável que se possa “no momento da validação/identificação do trabalhador pelo sistema, ter “mecanismos de «validação» adicional que permitam um maior rigor no reconhecimento ou autenticação, dando como exemplo “um écran junto ao sensor que forneça o nome da pessoa ou n.º de funcionário que acabou de ser identificada, a digitação prévia do n.º de empregado a que se seguirá a apresentação da característica biométrica perante o sensor”. Por fim, determina a obrigatoria eliminação dos dados biométricos “no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou no caso da cessação do contrato de trabalho”.

²¹ “6 – O tratamento de dados biométricos dos trabalhadores só é considerado legítimo para controlo de assiduidade e para controlo de acesso às instalações do empregador, devendo assegurar-se que apenas se utilizem representações dos dados biométricos e que o respetivo processo de recolha não permita a reversibilidade dos referidos dados.”

controle de acesso, sejam adotados sistemas biométricos que não deixem vestígios, ou quando não, que fiquem junto a cartão pessoal do trabalhador, e não registrados em computador central; *iii*) aceitar a oposição por parte do trabalhador, na medida em que os sistemas biométricos não se revelam 100% fiáveis, haja vista que podem ser de difícil leitura em caso de acidente ou mesmo em razão da transpiração da pessoa; *iv*) eliminação dos dados biométricos no momento da transferência do trabalhador para outro local ou cessação do contrato de trabalho, consoante art. 18.º do Código de Trabalho que proíbe tratamento posterior com finalidade incompatível à apresentada quando da coleta original.²²

Portanto, em Portugal o uso da biometria é permitido para controle de acesso e frequência ao local de trabalho, desde que os dados sejam anonimizados, ou seja, mediante o uso de técnicas que não permitam a reversibilidade dos dados sem que sejam levados a efeito desproporcionais investimentos financeiros e tecnológicos para tal efeito, ressalvado posicionamento doutrinário supracitado que defende o uso também para o controle da jornada de trabalho.

2. USO DA BIOMETRIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: PROJEÇÕES NO BRASIL

2.1. Ausência de disciplina legal

Por força do art. 5.º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), inciso I, o dado biométrico é considerado como dado sensível, ou seja, com maior potencial de lesão aos direitos dos titulares. Afora tal disposição, inexistem outras referências à biometria.

Destarte, diferentemente de Portugal, no Brasil não há qualquer regulamentação específica quanto ao uso da biometria, menos ainda nas relações de trabalho.

2.2. Controle de ingresso, assiduidade e jornada de trabalho

O Brasil não possuía uma legislação e nem uma cultura de proteção de dados, de tal arte que a coleta da biometria se generalizou. Com a entrada em

²² TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho...*, cit., pp. 234-235.

vigor da LGPD, passa-se a perquirir qual a base legal para o uso da biometria para efeito de controle de ingresso, assiduidade e jornada de trabalho.

O consentimento parece necessário para efeito de uso da biometria como instrumento de validação para ingresso na empresa e assiduidade, ou mesmo teria de avaliar se há legítimo interesse a validar os procedimentos.

Já o registro de ponto poderia ser enquadrado na base cumprimento de obrigação legal, diante da regra do art. 74.º, § 2.º da CLT, regulado pela Portaria 1.510/2009, determinando o controle de jornada quando a empresa possui mais de 20 (vinte) empregados.

No entanto, antes de se buscar o enquadramento nas bases que autorizam o tratamento, mister reflexão à luz dos princípios que regem a LGPD aplicado às situações concretas.

Com efeito, para o ingresso na sede das empresas e controle de assiduidade – ainda que consagrado o uso da biometria – a questão deve ser (re)analisada sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito, sempre preservando o núcleo essencial do direito não lhe impondo sacrifício que implique ferir de morte.

Na LGPD, tamanha a importância, os subprincípios ganham status de princípios autônomos consoante art. 6.º, destacadamente: adequação (inciso II) e necessidade (inciso III).

Pelo princípio da adequação, não há valoração, basta verificar se o meio adotado cumpre a finalidade informada, referindo o dispositivo legal que deve haver compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas, de acordo com o contexto do tratamento. Ou seja, se a biometria cumpre a finalidade informada, o princípio da adequação está cumprido.

Já na aplicação do princípio da necessidade, imperioso questionar acerca do possível uso de meio menos invasivo com a mesma eficácia. O princípio da necessidade orienta, pois, que deve ser adotado o meio menos invasivo, porém só se podem comparar medidas que detenham a mesma eficácia.

O princípio da necessidade representa, consoante previsto na LGPD, a imposição de limitação do tratamento ao mínimo necessário para alcançar a finalidade informada, devendo os dados coletados não se mostrarem

excessivos em relação à finalidade, além de serem proporcionais (aqui aparece o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Na prática, veja-se que há diferença na eficácia do uso de controles mais simples como um crachá para uma organização com 10.000 (dez mil) colaboradores e outra com 10 (dez), isso porque naquela é possível até mesmo que um colaborador passe o crachá no ingresso ou registre a jornada do outro, ao passo que numa corporação com pequeno número de empregados tal risco possivelmente não exista.

Logo, a aplicação do princípio da necessidade será diferente ante a eficácia da adoção da biometria, comparadas as duas situações hipoteticamente lançadas.

Se a medida ultrapassar tal valoração, de imediato, na forma prevista no art. 6.º, inciso III da Lei 13.709/2018, já se aplica o teste da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, devendo-se analisar se o sacrifício imposto na limitação aos direitos da privacidade, intimidade e proteção de dados se justifica ante o bem que se pretende proteger.

E aqui, retomando a conjectura lançada, será o momento de avaliar quais os riscos impostos ao empregador se não adotada a biometria em uma empresa com 20.000 (vinte mil) empregados, e se estes riscos justificam a implementação do controle de dados sensíveis em detrimento de forma mais suave.

A autoridade francesa – CNIL sugere o uso de sistema de crachás para efeito de controle de acesso, orientando que caso o acesso ocorra por biometria deverá ser levado a efeito Relatório de Avaliação de Impacto à Proteção de Dados, visando identificar os riscos associados aos dados pessoais, procurando mitigar os riscos, e preconizando ainda que, na sua compreensão, a biometria é um meio desproporcional quando utilizada para o controle da jornada de trabalho.²³

2.2.1. ANPD e Projeções para o Brasil

No Brasil, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) lavrou a Nota Técnica n. 4/2023/CGTP/ANPD, de 11.05.2023, tendo por assunto

²³ CNIL – COMISSÃO NACIONAL DE INFORMATICA E LIBERDADES, «*L'accès aux locaux et le contrôle des horaires sur le lieu de travail*», CNIL, 2018, in <https://www.cnil.fr/fr/lacces-aux-locaux-et-le-contrôle-des-horaires-sur-le-lieu-de-travail> (18.05.2023).

*Alinhamento de conformidade com a LGPD e sua aplicação no varejo farmacêutico.*²⁴ No entanto, ao abordar o uso da biometria – ainda que nas farmácias – a Autoridade Nacional pode ter deixado importantes pistas de como a questão pode ser entendida no campo das relações de trabalho, para efeito de controle de ingresso nas empresas, assiduidade e jornada.

Dentre as suas diversas colocações, faz referência a dispositivos da LGPD, destacando-se: art. 5.º, inciso XII, que trata do consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, § 3.º do art. 8.º da mesma lei que veda o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento, assim como alerta, com esboço no art. 11.º quanto à necessidade de consentimento qualificado quando se trata de dados pessoais sensíveis, como os biométricos.

Pois bem, no item 24, relativo ao Tratamento de Dados Biométricos, inicia explicando que tal “envolve a autenticação de identidade de indivíduos por meio de características físicas e biológicas personalíssimas, como o reconhecimento de digitais, da voz, da face, da íris e até mesmo de DNA” (item 24.1).

Em seguida, expõe que a biometria deve ser considerada como parte do tripé de identificação do titular, que consiste em saber: “i) o que o usuário tem (chave, token, cartão, crachá etc.); ii) o que o usuário sabe (nome ou ID de usuário, senha etc.); e, iii) o que o usuário é (dados biométricos)”, já alertando que o uso de tais fatores costuma guardar proporcionalidade com as necessidades de autenticação do titular, e complementando:

“... quanto mais imprescindível for a acurácia de sua identificação, (para fins de prevenção de uma fraude financeira, por exemplo), mais fatores costumam ser empregados. Como consequência dessa utilização de múltiplos fatores de autenticação de identidade, as medidas de segurança necessárias à salvaguarda dos dados dos titulares também devem acompanhar o uso desses fatores” (item 24.2).²⁵

²⁴ GOV.BR, «[ANPD divulga nota técnica sobre tratamento de dados pessoais no setor farmacêutico — Autoridade Nacional de Proteção de Dados](https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-nota-tecnica-sobre-tratamento-de-dados-pessoais-no-setor-farmaceutico)», *Gov.br*, 2023, in <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-nota-tecnica-sobre-tratamento-de-dados-pessoais-no-setor-farmaceutico> (15.05.2023).

²⁵ GOV.BR, «[ANPD divulga nota técnica...](#)», *cit.*

E veja-se aqui a possível dica da ANPD quanto à sua compreensão no que tange ao uso da biometria ao propor análise sob o ponto de vista do princípio da necessidade, considerando que

“dados biométricos não constituem a única forma de verificação de identidade, é importante ressaltar que poderiam ser (sic) empregadas também outras ferramentas de tratamento de dados, menos gravosas em relação à utilização de dados tão sensíveis quanto as biometrias digitais ou até mesmo faciais.” (item 24.9)²⁶

E complementa, ainda no item 24.9:

“na eventualidade de a verificação da identidade de cadastros de clientes poder ser realizada por meio de dados pessoais não sensíveis, pondera-se se há justificativa e contrapartida adequada em termos de segurança da informação para a coleta de dados biométricos para os mesmos fins.”²⁷

A ANPD explica que o vazamento de dados biométricos “têm o potencial de representar grave prejuízo aos titulares e à sua privacidade, considerando que não podem ser substituídos ou alterados de forma a preservar sua identidade”, ou seja, perde-se para toda a vida (item 24.10). A partir daí orienta a verificar se as medidas de segurança informadas, tais como criptografia e não compartilhamento com terceiros, são suficientes para a proteção de dados sensíveis.

Arremata orientando que se considere o emprego de dados biométricos mediante ponderação de outros fatores relacionados à privacidade e proteção de dados, observados princípios como finalidade, adequação, necessidade e segurança, previstos no art. 6.º da LGPD.

Quer parecer, pois, que a ANPD dá mostras de como pretende orientar e fiscalizar o uso da biometria, podendo servir de diretriz para o ingresso nas organizações, controle de assiduidade e jornada nas relações do trabalho, na mesma esteira das compreensões exaradas linhas atrás, ou seja, mediante aplicação dos princípios que regem a LGPD, sobretudo questionando se há outra medida menos gravosa do que a coleta da biometria a fim de cumprir a finalidade pretendida com a mesma eficácia.

²⁶ GOV.BR, «[ANPD divulga nota técnica...](#)», [cit.](#)

²⁷ GOV.BR, «[ANPD divulga nota técnica...](#)», [cit.](#)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maior estruturação de Portugal no que se refere à uma cultura de proteção de dados, inclusive com legislação voltada a regular o uso da biometria no campo das relações de trabalho serve para poderosas reflexões, podendo oferecer subsídios para a regulação do tema no Brasil.

A ANPD, no uso da sua autoridade fiscalizadora, parece estar indicando o caminho que irá adotar, no sentido de orientar a aplicação dos princípios de que tratam a LGPD, com especial olhar voltado ao princípio da necessidade, devendo-se, no caso concreto, avaliar, sobretudo, se há outro meio menos intrusivo que a biometria para efeito de controle de ingresso nas organizações, assiduidade e jornada de trabalho, optando-se por outro, de menor risco aos dados pessoais do trabalhador, se existir maneira diversa de obtenção da finalidade informada com a mesma eficácia.

REFERÊNCIAS

BIONI, BRUNO RICARDO, *Ecologia: uma narrativa inteligente para a proteção de dados pessoais nas cidades inteligentes*, 27.06.2018, in

<https://brunobioni.com.br/blog/2018/06/27/ecologia-uma-narrativa-inteligente-para-a-protecao-de-dados-pessoais-nas-cidades-inteligentes/> (15.05.2023)

BIONI, BRUNO RICARDO, *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2021

CNIL – COMISSÃO NACIONAL DE INFORMATICA E LIBERDADES, «Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail», *CNIL*, 08.09.2021, in <https://www.cnil.fr/fr/les-questions-reponses-de-la-cnil-sur-le-teletravail> (15.05.2023)

CNIL – COMISSÃO NACIONAL DE INFORMATICA E LIBERDADES, «Télétravail : les règles et les bonnes pratiques à suivre», *CNIL*, [s.d], in <https://www.cnil.fr/fr/teletravail-les-regles-et-les-bonnes-pratiques-suivre> (15.05.2023)

CNPD – COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS, *Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade*, 2004, in

<https://www.cnpd.pt/media/uqunywgn/principios-biom-assiduidade-acesso.pdf> (15.05.2023)

GOV.BR, [«ANPD divulga nota técnica sobre tratamento de dados pessoais no setor farmacêutico — Autoridade Nacional de Proteção de Dados»](#), *Gov.br*, 2023, in

<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-nota-tecnica-sobre-tratamento-de-dados-pessoais-no-setor-farmaceutico> (15.05.2023)

LOPES, INÊS CAMARINHA, «O consentimento como fundamento de licitude do tratamento de dados pessoais e o privacy paradox», in *O Sentir do Direito – Estudos em Homenagem ao Professor José Tavares de Sousa*, André Lamas Leite, Fernando da Silva Pereira e Tiago Azevedo Ramalho (coord.), Edit. AAFDL, Lisboa, 2022, 197-217

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI DE, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 788-789

MISSÃO DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO, *Livro Verde para a sociedade da informação em Portugal*, p. 5, in <http://www.missao-si.mct.pt>. (15/05/2023)

MOREIRA, TERESA COELHO, *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, Coimbra, 2010

MOREIRA, TERESA ALEXANDRA COELHO, *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Coimbra, Almedina, 2010

MOREIRA, TERESA COELHO, *Direito do Trabalho na Era Digital*, Coimbra, Almedina, 2022

NEGROPONTE, NICHOLAS, *A vida digital*, Tradução: Sergio Tellaroli, Supervisão Técnica Ricardo Rangel, Companhia das Letras, São Paulo, 1995

PINTO, PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA. «A protecção da vida privada e a constituição». *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, 2000, v. 2000, n. 76, 153-204

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, «*Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho*». VI Colóquio sobre Direito do Trabalho subordinado aos temas Desafios atuais do processo do trabalho e Direitos de personalidade na relação de trabalho, Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça, em 22.10.2014, Lisboa

REDINHA, MARIA REGINA GOMES, *Da protecção da personalidade no Código do Trabalho*, Coimbra Editora Coimbra, 2004

REDINHA, MARIA REGINA GOMES, 1ª Sessão: Os desafios sociais no contexto europeu e brasileiro, [Participantes: Nair Portela Silva Coutinho, Nídia Maria de Moraes Cardoso de Menezes Abrunhosa, Pedro Garrido Rodríguez, Rafael De Sousa Castelo, Ruy Celso Barbosa Florence], *I Congresso Global de Direitos Humanos*, Lamego, Portugal, 2019, in <https://doity.pt/GDH.LAMEGO> (15.05.2023)

REDINHA, MARIA REGINA GOMES, «Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão», *A Reforma do Código do Trabalho*,

Coimbra Editora, Coimbra, 2005, in <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/18699/2/49726.pdf> (15.05.2023)

SCHWAB, KLAUS, *A Quarta Revolução Industrial*, Tradução Daniel Moreira Miranda, Edipro, São Paulo, 2016

SOLOVE, DANIEL J., «Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma», *Harvard Law Review* 1880, 2013, v. 126, n. 7, in <https://harvardlawreview.org/print/vol-126/introduction-privacy-self-management-and-the-consent-dilemma/> (15.05.2023)