

A DISCRIMINAÇÃO DE TRABALHADORES PORTADORES DE HIV

ELSA SILVA¹

elsasilva_topo@hotmail.com

RESUMO

No presente artigo começaremos por dizer o que é o HIV/VIH, para depois analisar a doença no contexto laboral, nomeadamente no que diz respeito aos direitos e deveres do trabalhador infetado e aos direitos e deveres do empregador. A abordagem deste tema passará essencialmente pela análise de alguns princípios fundamentais da nossa Constituição e do Código do Trabalho, desde logo os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da integridade física e moral, da reserva da vida privada e da não discriminação. Será debatida qual a posição que o trabalhador infetado deve tomar e se este pode ou não desempenhar as suas funções sem criar um risco para os que o rodeiam. Por sua vez, será também debatida qual a posição que o empregador deve adotar e se este pode exigir informações da vida privada do trabalhador, nomeadamente no que diz respeito a questões de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: VIH/SIDA; direitos e deveres do trabalhador; posição do empregador; segredo médico.

I. INTRODUÇÃO

O HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), em português VIH (Vírus da Imunodeficiência Humana), é um vírus que enfraquece o sistema imunitário do corpo humano, ou seja, o sistema de defesa do organismo vai ficando desprotegido contra as várias agressões externas, como infeções microbianas e determinados tipos de cancro, e conduz, por fim, ao aparecimento da AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome), em

¹ Licenciada em Direito pela Universidade do Minho, Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, encontrando-se atualmente a escrever a Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direitos Humanos, também na Universidade do Minho. Inscrita na Ordem dos Advogados como Advogada-Estagiária desde Dezembro de 2011, encontrando-se atualmente a estagiar num escritório de advogados em Fafe.

português SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), que é a última fase do vírus HIV.

Estima-se que atualmente cerca de 38 milhões de pessoas no mundo estejam infetadas com o vírus VIH/SIDA e, desse número, pelo menos 26 milhões são trabalhadores, com idades compreendidas entre os 15 e os 49 anos, ou seja, adultos em idade produtiva e reprodutiva.

O preconceito em relação ao VIH faz com que as pessoas tenham receio de conviver com portadores do vírus, não só o empregador mas também os colegas de trabalho. Existe medo da doença e, conseqüentemente, do seu portador, – motivo pelo qual a seropositividade tem sido e continua a ser um fator de discriminação entre os seres humanos.

A discriminação de que os portadores do vírus VIH são alvo vai contra diversos princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), no Código do Trabalho (CT) e no Código Civil (CC), sendo o primeiro desses princípios a dignidade da pessoa humana, do qual decorrem os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da reserva da intimidade da vida privada, e da não discriminação. São, contudo, muito poucos os países cujas leis proíbem especificamente a discriminação com base no VIH.

Em Portugal, surgiu em 2004 o projeto da Plataforma Laboral contra a SIDA, como “a resposta necessária e urgente dos intervenientes do mundo do trabalho aos desafios colocados pela infeção pelo VIH/SIDA”². Este projeto tem vários parceiros, desde logo, a Associação Empresarial Portuguesa (AEP), a Associação Industrial Portuguesa (AIP), a Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP), a Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), a Confederação da Indústria Portuguesa (CIP), a Confederação do Turismo Português (CTP), a Confederação Geral dos Sindicatos Independentes (CGSI), a Confederação Geral dos Trabalhadores Intersindical (CGTP-IN), a Confederação Nacional dos Jovens Agricultores de Portugal (CNJAP), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a União Geral de Trabalhadores (UGT), a União dos Sindicatos Independentes (USI) e a Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA (CNLCS).

² Cf. SILVESTRE, António Meliço (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA: a resposta do meio laboral ao VIH-SIDA*. 1ª ed., Lisboa, Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA, 2005, disponível em <[http://www.act.gov.pt/\(ptPT\)/SobreACT/CooperacaoParcerias/Paginas/PlataformaLaboralContraaSida.aspx](http://www.act.gov.pt/(ptPT)/SobreACT/CooperacaoParcerias/Paginas/PlataformaLaboralContraaSida.aspx)> [12.01.2012], p. 10.

Estes parceiros tentam conciliar os interesses do empregador e do trabalhador, de forma a fazer face à infeção pelo VIH/SIDA.

Em contexto laboral, o VIH/SIDA deve ser encarado como qualquer doença grave existente no local de trabalho. Os trabalhadores infetados não devem ser discriminados com base no seu estado de saúde, pois isso dificulta o seu tratamento e o combate na prevenção do vírus, além de lesar princípios e direitos fundamentais do cidadão³. Mais informação sobre a doença aumenta a capacidade dos trabalhadores se protegerem contra a mesma e pode até levar a uma mudança de atitude e de comportamento.

II. PROTEÇÃO CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E PELO CÓDIGO DO TRABALHO

A Constituição da República Portuguesa, enquanto fonte de Direito do Trabalho, contempla um conjunto de normas e princípios relativos ao trabalho, que se têm designado por “Constituição laboral” ou “Constituição do trabalho”⁴. Estando os princípios fundamentais do Direito do Trabalho contidos na CRP, esta Constituição laboral aponta “a necessidade de recolocar a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico e coloca indiscutivelmente como questão central do Direito do Trabalho o respeito pelos direitos dos trabalhadores”⁵.

As leis laborais não podem violar o disposto na Constituição, devendo ser interpretadas em conformidade com a mesma. Ora, a nossa Constituição proclama desde logo a dignidade da pessoa humana, que se encontra consagrada no seu artigo 1.º⁶. A dignidade da pessoa humana foi proclamada oficialmente por diversas constituições europeias após a Segunda Guerra Mundial, “como reacção contra os regimes totalitários que precederam o conflito”⁷, sendo este o valor principal do nosso ordenamento jurídico,

³ Nesse sentido, cf. SILVESTRE, António Meliço (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA*, op. cit., p.22.

⁴ Cf. GOMES CANOTILHO, J. J. E MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 702 ss.

⁵ Cf. ABRANTES, José João, “O Código do Trabalho e a Constituição”, in António Moreira (coord.), *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 154.

⁶ Artigo 1º da CRP: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

⁷ Cf. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico” in Guilherme de Oliveira (coord.), *Direito da Medicina – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p.16.

logo “os direitos fundamentais, em que essa dignidade se traduz, não podem deixar de prevalecer sobre outros bens”⁸.

Outro dos princípios fundamentais do sistema jurídico português é o princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da CRP, que consagra:

- “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Este princípio contém no seu n.º 1 uma cláusula geral, segundo a qual a lei tem de ser aplicada a todos os seus destinatários do mesmo modo; e no seu n.º 2 uma cláusula específica, uma vez que se baseia em “cláusulas de desigualdade específicas”⁹. Mas os fatores indicados no n.º 2 não têm um carácter exaustivo, têm sim carácter meramente exemplificativo, sendo igualmente ilícitas todas as diferenciações de tratamento que se fundem em outros motivos que sejam contrários à dignidade humana.

O princípio da igualdade consiste em tratar por igual o que é essencialmente igual e em tratar diferentemente o que essencialmente for diferente. A igualdade não proíbe que a lei estabeleça distinções, proíbe sim as distinções arbitrárias e sem fundamento e proíbe também que se dê um tratamento igual a situações diferentes, proibindo ainda toda e qualquer discriminação¹⁰, isto porque “o princípio da igualdade terá de ser aplicado mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados”¹¹.

Um tratamento diferenciado não será, à partida, inconstitucional se se fundar numa distinção objetiva das situações, se tiver um fundamento razoável e se obedecer a um fim legítimo, sendo certo que o tratamento diferenciador tem de ser idóneo à realização desse fim.

Mas o princípio da igualdade encontrava já consagração na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que dispõe no seu artigo 1.º “*Os homens*

⁸ Cf. ABRANTES José João, “O Código do Trabalho e a Constituição”, *op. cit.*, p.155.

⁹ Cf. QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 109.

¹⁰ Nesse sentido, Acórdãos 433/87, 181/87, 39/88, 371/89, 169/90, 186/92, 226/92 do Tribunal Constitucional, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html> [17.01.2012].

¹¹ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 262.

nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe no seu artigo 1.º “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” e no seu artigo 7.º “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

É no princípio da igualdade que se funda a proibição da adoção de comportamentos discriminatórios por parte do empregador e a obrigação de igualdade no acesso ao emprego e no trabalho, como consagram o artigo 24.º do CT no seu n.º1, “O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos”; e o artigo 25.º, também no seu n.º1, “O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão nomeadamente dos factores referidos no n.º 1 do artigo anterior”, ressalvando contudo no seu n.º2 que “Não constitui discriminação o comportamento baseado em factor de discriminação que constitua 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”.

Além disso, o trabalhador deve ver respeitados os seus direitos de personalidade, sendo o primeiro destes direitos o direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no n.º 1 do artigo 26.º da CRP, que estabelece “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”; o

artigo 16.º do CT, estabelece no n.º 1 que “*O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada*” e no nº2 “*O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas*”; e ainda no artigo 80.º do CC, que consagra no seu n.º1 que “*Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem*”.

A CRP consagra ainda o direito à integridade física e moral, previsto no artigo 25.º, cujo n.º 1 estabelece “*A integridade física e moral das pessoas é inviolável*”; direito este que também vem consagrado no artigo 15.º do CT, segundo o qual “*O empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respectiva integridade física e moral*”.

III. A POSIÇÃO DO TRABALHADOR

O candidato a emprego/trabalhador não é obrigado a informar o empregador sobre circunstâncias que não interfiram na sua aptidão para exercer determinadas funções, designadamente informações sobre a sua vida privada (artigo 16.º do CT) e sobre a sua saúde (artigo 17.º do CT), pois “*efectivamente, deve considerar-se que existe um direito ao silêncio do candidato ao emprego sobre aspectos da sua vida que não tenham relevância directa para a aquisição do posto de trabalho*”¹². Contudo, o trabalhador tem o dever de informar o empregador sobre qualquer circunstância que possa ser prejudicial para o exercício das suas funções, como estabelece o n.º 2 do artigo 106.º do CT, “*O trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral*”, não só no início do contrato mas também durante a sua vigência.

A qualidade de seropositivo nem sempre implica a impossibilidade da prestação de serviços, uma vez que o trabalhador pode desempenhar as suas funções sem criar um risco para as pessoas que o rodeiam. É claro que é necessário ter certos cuidados, principalmente quando a profissão acarreta um maior risco de contaminação, como é o caso de enfermeiros, dentistas ou cirurgiões, que se encontram em contacto permanente com sangue ou fluidos corpóreos. Nestes casos, a discriminação é ainda maior, seja no

¹² Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008, p.241.

aceso ao emprego, no exercício de funções ou na rescisão do contrato de trabalho. A discriminação de que o trabalhador possa ser alvo deve ser evitada pois em consequência da mesma ele pode esconder ainda mais o seu estado de saúde e não procurar tratamento adequado, correndo-se o risco de novas infeções.

Daqui decorre que o portador do vírus pode e deve ter uma atitude responsável, tomando medidas que previnam e impeçam que o vírus se transmita. No entanto, “o portador do vírus pode encontrar-se durante um longo período de tempo sem que se registre qualquer sintoma, apesar de já ser seropositivo”, o que faz com que possa “haver transmissão do vírus sem que uma pessoa tenha sintomas”¹³.

No caso do VIH, os riscos de contágio por parte do trabalhador infetado são perfeitamente controláveis e este pode exercer diversas atividades. Se o trabalhador está apto a desempenhar as suas funções, não lhe deve ser vedado o acesso ao emprego ou a continuidade/manutenção do mesmo. Contudo, o trabalhador infetado com o vírus pode ver a sua capacidade de trabalho reduzida, o que constitui “uma barreira ao normal desempenho das suas funções”¹⁴.

Essenciais para que se crie um ambiente de confiança e para que as pessoas queiram saber se são portadoras do vírus VIH/SIDA são a garantia da confidencialidade médica e a proteção de dados pessoais. O teste/despiste do VIH/SIDA deve resultar sempre de um consentimento claro e voluntário e tem de ser realizado por alguém qualificado para o efeito, em condições de estrita confidencialidade. O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, revogado em 2008, consagrava no seu artigo 85.º o segredo médico enquanto condição essencial para a relação médico-doente; e consagrava no seu artigo 6.º a proibição da discriminação no exercício da atividade médica¹⁵.

No caso da medicina do trabalho, o médico tem uma dupla responsabilidade, na medida em que tem uma relação com o doente e outra com uma pessoa ou instituição a quem presta também serviços clínicos. Nestes casos, embora o médico se encontre

¹³Cf. RUEFF, Maria do Céu, “Pessoas com HIV/SIDA e Médico com Dupla Responsabilidade (MDR)”, in DUQUE, Vitor M. Jorge Duque, PEREIRA, André Dias, *A infeção VIH/SIDA e o Direito*, Santarém, Sida-Net, Associação Lusófona, 2010. Disponível em <<http://www.aidscongress.net/9congresso@15.aspx>> [10.01.2012], p.58.

¹⁴ Cf. SILVESTRE, António Meliço, (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA*, op. cit., p.21.

¹⁵ Artigo 6º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (revogado em 2008): “O médico deve prestar a sua actividade profissional sem qualquer forma de discriminação”;

Artigo 85º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (revogado em 2008): “O segredo médico é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança”.

vinculado ao doente, encontra-se também vinculado a um terceiro (na maior parte dos casos a entidade patronal), com quem também mantém uma relação profissional. Por este motivo, “ a relação que se estabelece com um terceiro relativamente à relação médico-doente pode vir a colocar o profissional de saúde numa situação de concurso e (ou) conflito de deveres ”¹⁶.

O Novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos, consagra no seu artigo 97.º que “*O Médico encarregado de funções de carácter pericial, tais como serviços biométricos, Juntas de Saúde, Médico de Companhias de Seguros e Médico do Trabalho, deve submeter-se aos preceitos deste Código, nomeadamente em matéria de segredo profissional, não podendo aceitar que ponham em causa esses preceitos*”, daqui decorrendo que mesmo que o médico se encontre vinculado a um terceiro deve respeitar o segredo profissional, sobe pena de incorrer no crime de violação de segredo, previsto e punido no artigo 195.º do Código Penal (CP), que estipula que “*Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão de 1 ano ou com pena de multa até 240 dias*”.

Mas, se o médico se encontrar perante um conflito de deveres, a lei penal prevê a exclusão da ilicitude, nos termos do artigo 36.º, n.º1 do CP, “*Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar*”.

Por sua vez, a recolha de sangue para rastreio do vírus VIH/SIDA no âmbito de um exame médico constitui uma ofensa à integridade física da pessoa em causa e, se for efetuada pelo médico sem o consentimento do paciente, estamos perante o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto e punido no artigo 156.º do CP, que consagra “*As pessoas indicadas no artigo 150.º¹⁷ que, em vista das finalidades*

¹⁶ Cf. RUEFF, Maria do Céu, “Pessoas com HIV/SIDA e Médico com Dupla Responsabilidade (MDR)”, *op. cit.*, p.60.

¹⁷ Artigo 150º do Código Penal: “1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”.

nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Os testes e exames médicos, em contexto laboral, vêm regulados no artigo 19.º do CT e são objeto de várias restrições, pois fazem parte da esfera da vida íntima do trabalhador, “sendo que o seu acesso ou divulgação não viola apenas o direito à privacidade, mas também a integridade moral ou física do trabalhador”¹⁸. O artigo 19.º, n.º1 consagra que “*Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a 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, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação*”, daqui resultando a proibição de realização de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas do candidato a emprego ou do trabalhador, ou seja, não é lícito estabelecer testes que destinem a verificar se o trabalhador é ou não seropositivo.

Contudo, devemos ter em atenção a parte do artigo que diz “*quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem*”, que é o caso de atividades médicas ou de enfermagem, como reconhece o Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida quando defende que,

[na] prática de certas actividades e em determinadas situações, o teste da SIDA deve ser exigível às seguintes pessoas: profissionais de saúde, que entrem em contacto directo com órgãos ou líquidos biológicos humanos; dadores de sangue, de esperma, de tecidos e órgãos, grávidas, sobretudo as que pela sua história clínica (por exemplo de prostituição ou de toxicoddependência), se revelem de alto risco e com probabilidade de terem sido infectadas pelo vírus HIV¹⁹.

Por sua vez, artigo 19.º, n.º3 do CT consagra que “*O médico responsável pelos testes ou exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade*”, sendo também nesse sentido o n.º2 do artigo 17.º do CT, mas esta regra pode ser ultrapassada se o trabalhador autorizar, por escrito, a divulgação de informações relativas ao seu estado de saúde.

¹⁸ Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 171.

¹⁹ Relatório Parecer sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA – 16/CNECV/96.

O Código Penal de 1982 inseriu o consentimento do ofendido no elenco de causas que excluem a ilicitude (artigo 31.º, n.º2, *al .d*) e artigo 38.º)²⁰, mas traçou como seus pressupostos formais a “capacidade natural para consentir”, a “seriedade e liberdade do consentimento” e a “anterioridade do consentimento ao acto”²¹. Também o Novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos estabelece no seu artigo 38.º o dever de esclarecimento do paciente, devendo o consentimento ser sempre livre, esclarecido e atual. Mas o consentimento informado está consagrado, desde logo, no artigo 3.º, n.º2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabelece “*No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei*”; e no artigo 5.º da Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina, que estabelece “*Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido*”.

IV. A POSIÇÃO DO EMPREGADOR

O empregador, na escolha do trabalhador, deve ter em consideração a sua aptidão para exercer determinada função, não devendo atender a outros elementos que não tenham qualquer relação com a função a ser desempenhada. Deve também adotar medidas contra a discriminação em relação aos trabalhadores portadores de VIH, partindo do princípio de que o trabalho não gera risco de contaminação ou transmissão do VIH, e não deve permitir qualquer prática que discrimine os trabalhadores infetados pelo vírus. Um trabalhador infetado pelo VIH não deve ser tratado de forma menos favorável em relação, por exemplo, a outro trabalhador que sofra de uma doença grave, nomeadamente no que diz respeito a remuneração, subsídios e adaptação do local de trabalho, sendo certo que, como é defendido na Plataforma Laboral Contra a SIDA,

²⁰ Artigo 31.º, n.º2, *al.d*) Código Penal: “2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: (...) d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado”.

Artigo 38.º do Código Penal: “1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

²¹ Cf. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico”, *op. cit.*, pp. 26/27.

[os] governos, os empregadores e as organizações de trabalhadores devem tomar todas as medidas necessárias para garantir que os trabalhadores infectados pelo VIH, ou doentes de SIDA e suas famílias, não sejam excluídos da plena protecção e prestações dos sistemas de Segurança Social e de regimes profissionais existentes²².

A intromissão do empregador na vida privada do trabalhador não é admissível, “sendo somente lícitas actuações que visem garantir a segurança, higiene e saúde do trabalhador e colegas de trabalho”²³.

Daqui decorre que o empregador deve respeitar a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, como denota, desde logo, o n.º 2 do artigo 16.º do CT (já referido anteriormente); e a alínea a) do n.º 1 do artigo 17.º do CT “*O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas: à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação*”, ou seja, o empregador não pode exigir ao trabalhador informações sobre a sua vida privada, a não ser que estas sejam relevantes para avaliar a sua capacidade para cumprir as funções que lhe estão destinadas. O trabalhador não pode ser discriminado devido à aquisição de certas doenças que não perturbem a prestação do seu trabalho, encontrando-se o seu estado de saúde protegido, a não ser que se revele prejudicial para a prestação do seu trabalho. O estado de saúde do trabalhador faz parte da sua vida íntima, merecendo por isso uma protecção absoluta, a não ser que tal informação seja absolutamente necessária para avaliar a aptidão do trabalhador para desempenhar determinada função.

O empregador deve respeitar os princípios da igualdade, da não discriminação e da confidencialidade e deve zelar para que o ambiente de trabalho seja saudável, tendo em consideração a prevenção, assistência e apoio; não só em relação ao trabalhador infetado mas em relação a todos os outros. É dever do empregador garantir a segurança, a higiene e a saúde do trabalhador no local de trabalho, em observância do disposto no n.º 2 do artigo 281.º do CT, “*O empregador deve assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os aspectos relacionados com o trabalho, aplicando as*

²² Cf. SILVESTRE, António Meliço (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA*, op. cit., p.110.

²³ Cf. MARTINEZ, Pedro Romano, “Considerações Gerais Sobre o Código do Trabalho” in António Oliveira (coord.), *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 51.

medidas necessárias tendo em conta princípios gerais de prevenção”, o que tem como objetivo prevenir os riscos profissionais e promover a saúde dos trabalhadores.

No exercício de qualquer atividade profissional existe um certo risco, por mais pequeno que seja, de infeção por VIH, cabendo ao empregador, ponderando os diferentes bens em jogo, adotar medidas preventivas. Nas atividades em que há um maior risco de contágio tem de haver uma grande ponderação: por um lado, existe o direito dos trabalhadores à sua intimidade e ao acesso e estabilidade no emprego, mas, por outro lado, há também a necessidade de evitar a transmissão do vírus. As profissões que comportam risco de contágio são aquelas que envolvem uma alta probabilidade de contágio, como é o caso de profissões médicas. Nestes casos, admite-se uma conduta preventiva, embora não se admita, como é óbvio, uma conduta discriminatória.

V. CASOS CONCRETOS

Analisaremos em primeiro lugar um caso em que foi diagnosticada seropositividade para o VIH a um médico-cirurgião²⁴ pelos serviços da medicina do trabalho, tendo sido tal situação comunicada à Diretora do Hospital em que o mesmo exercia as suas funções. É de questionar aqui, desde logo, a legitimidade de submeter o médico-cirurgião a um teste para o VIH no âmbito da medicina do trabalho, tendo em consideração o seu direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado nos artigos 26.º da CRP, 80.º do CC e 16.º do CT. No entanto, como estamos perante um profissional de saúde, que poderá entrar em contacto com órgãos ou líquidos biológicos humanos, uma vez que estamos perante um médico-cirurgião, poderia admitir-se a realização de tal teste.

Não se sabe se o médico da medicina do trabalho acedeu ao estatuto serológico do médico-cirurgião com ou sem o consentimento deste, caso em que incorreria no crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, previsto e punido no artigo 156.º do CP, ou se foi o médico-cirurgião que deu o seu consentimento para a realização do teste. De qualquer das formas, o médico da medicina do trabalho estava obrigado ao sigilo médico, o que não respeitou, indo comunicar à Diretora do Hospital o estatuto serológico do médico-cirurgião, violando assim o disposto no artigo 19.º, n.º3 do CT e o disposto nos artigos 67.º e 68.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, entretanto revogado, sendo tal

²⁴ Nesse sentido, Cf. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, “Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 4:8 (2007). Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/2797>> [10.01.2012].

conduta punida nos termos dos artigos 192.º e 195.º do CP. O médico da medicina do trabalho apenas deveria informar a Diretora do Hospital da aptidão ou não aptidão do médico-cirurgião para exercer as suas funções, embora a ilicitude da sua conduta possa ser excluída tendo em atenção o conflito de deveres em que o médico da medicina do trabalho se encontrava: de um lado, o dever de sigilo médico relativamente ao estatuto do médico-cirurgião; de outro lado, “o dever de zelar pelas melhores condições de funcionamento da instituição de saúde onde desempenha a sua actividade”²⁵.

O médico-cirurgião, além de exercer funções cirúrgicas exercia também funções de investigação e ensino, de gestão e administração e ainda serviços de consulta médica, sendo certo que o seu estatuto serológico em nada influenciava o exercício destas últimas.

Cabia então ao Conselho de Administração do Hospital apurar quais as funções que o médico-cirurgião estaria ou não apto a desempenhar, de forma a não colocar em risco a saúde dos pacientes. O Conselho de Administração tem também de respeitar o dever de confidencialidade e o dever de não discriminação, devendo ainda “promover e apoiar a requalificação profissional do jovem médico, nomeadamente no reforço das suas competências na área da consulta médica, nas tarefas de ensino e investigação e nas funções de gestão e administração da saúde”²⁶.

Num segundo caso, analisaremos a situação de um cozinheiro (doravante designado por A) que começou a trabalhar num hotel em 1997, exercendo no início as funções de cafeteiro e passando mais tarde a exercer funções de cozinheiro. Em Outubro de 2002 foi-lhe diagnosticada tuberculose, motivo pelo qual esteve cerca de um ano de baixa médica. Em Dezembro de 2003 voltou ao serviço e foi enviado ao médico do trabalho do hotel, que pediu ao médico assistente do cozinheiro mais dados sobre a sua situação clínica. O médico assistente informou o médico da medicina do trabalho de que A era VIH positivo, mas que estava apto para retomar a atividade laboral e não apresentava qualquer perigo para os colegas. No entanto, o médico da medicina do trabalho considerou-o inapto para exercer as suas funções a título definitivo.

Em 2004, a gerência do hotel enviou uma carta a A comunicando-lhe a caducidade do contrato de trabalho por inaptidão para o exercício das funções

²⁵ Cf. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, “Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *op. cit.*, p.10.

²⁶ Cf. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, “Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *op. cit.*, pp. 22/23.

correspondentes à respetiva categoria profissional. A considerava que tal despedimento havia sido ilícito, pois encontrava-se totalmente apto para exercer as funções de cozinheiro.

Segundo a gerência do hotel, quando A se apresentou ao serviço demonstrava sinais de grande debilidade física, o que não lhe permitia desempenhar as suas funções, motivo pelo qual foi enviado ao médico da medicina do trabalho, que o considerou inapto para exercer as suas funções, como já foi referido. Não tendo outras funções que pudesse atribuir a A, a gerência entendeu que o contrato havia caducado pela impossibilidade deste desempenhar as suas funções – decisão esta que nada teve a ver com o facto de A ser VIH positivo, facto que a gerência do hotel desconhecia.

A recorreu então aos tribunais de forma a contestar este despedimento, chegando a causa ao Supremo Tribunal de Justiça²⁷. Contudo, todas as instâncias entenderam não haver qualquer discriminação em relação a A em virtude do seu estatuto serológico nem qualquer ofensa à sua integridade pessoal, uma vez que o contrato de trabalho havia efetivamente caducado em virtude da impossibilidade de A desempenhar as suas funções.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o vírus VIH se tenha verificado inicialmente em homossexuais, consumidores de drogas injetáveis e pessoas submetidas a várias transfusões de sangue, o certo é que o vírus pode afetar qualquer pessoa, independentemente da idade, raça, sexo, estado clínico e hábitos sexuais. O vírus VIH afeta pessoas de todos os continentes e dos mais diversos setores da sociedade.

Até à data, a medicina ainda não encontrou um tratamento que se mostre eficaz no combate a este vírus, embora em alguns portadores do VIH a doença não se manifeste tão rapidamente e estes sobrevivam durante muito tempo.

A transmissão do vírus dá-se através do contacto sexual (sémen), de transfusões de sangue e de seringas infetadas, embora já se tenha verificado a presença do vírus na saliva, no suor e nas lágrimas. Pode ocorrer a transmissão vertical, de mãe para filho, durante a gestação ou na fase da amamentação. A infeção pelo VIH/SIDA não se transmite por contactos laborais, sendo certo que o contacto social com pessoas infetadas não implica risco de contágio. O vírus não se transmite através do trabalho nem da partilha

²⁷ Acórdão do STJ de 24.09.2008, Documento nº SJ20080924037934.

de instalações de trabalho, não se transmite através da partilha de roupas, de refeitórios ou de casas de banho, nem mesmo através de abraços ou beijos. A relação diária com pessoas infetadas pode ser perfeitamente normal, não importando qualquer risco de contágio se certos cuidados forem tomados.

Esse é mais um motivo para que o trabalhador infetado não seja discriminado e para que se façam os possíveis para que este se integre no local de trabalho. Isto porque devemos encarar o portador do vírus HIV/SIDA como “uma pessoa portadora de uma deficiência irreversível no sistema de imunodeficiência humana”, que necessita de se integrar, cabendo também ao Estado o desenvolvimento de uma “pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com tais cidadãos”²⁸.

É certo que, na formação do contrato de trabalho, tanto o empregador como o trabalhador devem reger a sua conduta pelas regras da boa-fé, e se o trabalhador sabe ser portador do vírus VIH, embora não seja obrigado a informar a entidade patronal sobre o seu estado de saúde, deve fazê-lo. Essa atitude, por si só, criaria um vínculo de confiança entre as partes, embora o medo da reação da entidade patronal possa levar o trabalhador a esconder o seu estado. O sentimento de preconceito em relação aos portadores do vírus VIH é frequente, mas se as pessoas estiverem informadas sobre a doença, isso não só vai prevenir novas infeções como vai atenuar a discriminação existente.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João, “O Código do Trabalho e a Constituição”, ” in António Moreira (coord.), *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Coimbra, Almedina, 2004.
- ALMEIDA LOPES, J.J., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 6.^a revisão, Coimbra, Almedina, 2005.
- ABRANTES, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- APOSTOLIDES, Sara Costa, *Do Dever Pré-contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na Formação do Contrato de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008.

²⁸ Cf. RUEFF, Maria do Céu, “Segredo Médico e VIH/SIDA: Perspectiva Ético-Jurídica”, *Acta Médica Portuguesa*, v. 17, n. 6, 2004, p. 5. Disponível em: <<http://www.actamedicaportuguesa.com/pdf/2004-17/6/451-464.pdf>> [8.01.2012].

- DIAS PEREIRA, André Gonçalo, “Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 4:8, 2007. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/2797> [10.01.2012].
- GOMES CANOTILHO, J.J. e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008.
- MARTINEZ, Pedro Romano, “Considerações Gerais Sobre o Código do Trabalho” in António Oliveira (coord.), *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Coimbra, Almedina, 2004.
- QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- QUINTAS, Paula, *Manual de Segurança e Saúde do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2011.
- QUINTAS, Paula e QUINTAS, Hélder, *Código do Trabalho - Anotado e Comentado*, 5.^a edição, Coimbra, Almedina, 2007.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2010.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico” in Guilherme de Oliveira (coord.), *Direito da Medicina – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- RUEFF, Maria do Céu, *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- _____, “Pessoas com HIV/SIDA e Médico com Dupla Responsabilidade (MDR)”, in DUQUE, Vitor M. Jorge Duque, PEREIRA, André Dias, *A infecção VIH/SIDA e o Direito*, Santarém, Sida-Net, Associação Lusófona, 2010. Disponível em <http://www.aidscongress.net/9congresso@15.aspx> [10.01.2012].
- _____, “Segredo Médico e VIH/SIDA: Perspectiva Ético-Jurídica”, *Acta Médica Portuguesa*, v. 17, n. 6, 2004. Disponível em: <http://www.actamedicaportuguesa.com/pdf/2004-17/6/451-464.pdf> [8.01.2012].

- SILVESTRE, António Meliço (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA: a resposta do meio laboral ao VIH-SIDA*. 1ª ed., Lisboa, Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA, 2005, disponível em <[http://www.act.gov.pt/\(ptPT\)/SobreACT/CooperacaoParcerias/Paginas/PlataformaLaboralcontraaSida.aspx](http://www.act.gov.pt/(ptPT)/SobreACT/CooperacaoParcerias/Paginas/PlataformaLaboralcontraaSida.aspx)> [12.01.2012].
- VICENTE, Joana Nunes e ROUXINOL, Milena da Silva, “Em torno do VIH/SIDA: subsídios para uma cultura laboral de saúde e justiça”, in *A infecção do VIH e o Direito*, IX Congresso Virtual HIV/AIDS, Santarém, Sidnet, 2010. Disponível em <<http://www.aidscongress.net/9congresso@15.aspx>> [09.09.2012].
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.