

DISCRIMINAÇÃO DE UM TRABALHADOR PORTADOR DE VIH/AIDS: REFLEXÃO À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS¹

*André Gonçalo Dias Pereira*²

Palavras-chave: AIDS (SIDA), discriminação, sigilo médico, despedimento ilícito, contrato de trabalho.

Resumo: Neste artigo analisamos a resposta do direito português a uma situação real de violação do dever de sigilo médico, e o subsequente despedimento de um trabalhador do Restaurante de um Hotel portador de VIH. Serão tomados em consideração também os instrumentos normativos europeus e internacionais mais relevantes nesta matéria.

Descrição do caso e enquadramento jurídico dos factos apresentados

A Direcção de determinado Hotel de Lisboa tomou conhecimento através do médico de serviço à empresa, da situação de portador de VIH de um dos seus empregados. Subsequentemente, promoveu o despedimento desse trabalhador, com o fundamento de este “não se encontrar em condições de manipular alimentos” e “não terem outro lugar para o colocar”.

Assim, procurando a identificação dos problemas jurídicos podemos afirmar:

1. Numa consulta de medicina do trabalho o médico tomou conhecimento da seropositividade do trabalhador. Posteriormente terá revelado esta informação à Direcção do Hotel. Estes factos poderão consubstanciar um caso de violação do **sigilo profissional**.
2. Posteriormente, a Direcção do Hotel moveu um processo de despedimento do trabalhador com fundamento na sua seropositividade, o que poderá

¹ Artigo publicado em *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, N.º 6, 2006, pp. 121-135.

² Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Civil e em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra; Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-civilísticas pela Universidade de Coimbra. Secretário Científico do Centro de Direito Biomédico; Curador da Fundação Portuguesa “A Comunidade Contra a SIDA”; Membro do Conselho Nacional de Medicina Legal.

configurar um **despedimento sem justa causa** e a prática de um acto de **discriminação**.

I – A violação do dever de sigilo profissional

Os factos apresentados levam-nos a presumir que o médico teve conhecimento do estado de seropositividade do trabalhador durante a consulta e que terá de seguida revelado esses factos à Direcção do *Hotel*.

Não sabemos se o trabalhador revelou ao médico o seu estado e seropositividade ou se o médico prescreveu a realização de um teste do VIH. Seja como for, a divulgação desta informação do foro clínico é ilícita.

A comprovarem-se estes factos estamos perante uma clara violação do direito fundamental à intimidade da vida privada (artigo 26.º CRP) e a realização de um ilícito criminal, civil e disciplinar.

1. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar está consagrado em diversos documentos internacionais e europeus.³ O artigo 26.º da

³ *Declaração Universal dos Direitos do Homem* – artigo 12.º: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.”

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – artigo 17.º “Ninguém será objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação.”

Convenção Europeia dos Direitos do Homem – artigo 8.º “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina – artigo 10.º: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde.”

Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados pessoais (elaborada em 1981 no Conselho da Europa, e aprovada pela Resolução nº 23/93, de 9 de Julho e ratificada pelo Decreto Presidencial nº 21/93, de 9 de Julho; entrou em vigor para Portugal em 1 de Janeiro de 1994, de acordo com o Aviso nº 227/93, de 5 de Novembro). O art. 6.º desta Convenção insere os dados de saúde entre as *Categorias especiais de dados*: “Os dados de carácter pessoal que revelem a origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou outras, bem como os dados de carácter pessoal relativos à saúde ou à vida sexual, só poderão ser objecto de tratamento automatizado desde que o direito interno preveja garantias adequadas. O mesmo vale para os dados de carácter pessoal relativos a condenações penais.”

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – art. 7.º (*Respeito pela vida privada e familiar*) “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.” e o art. 8.º (*Protecção de dados pessoais*) “Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto na lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados colhidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

Constituição da República Portuguesa (CRP) acolhe e proclama este direito fundamental.⁴ Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, este direito inclui dois direitos menores: a) direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; e b) direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem.⁵

A doutrina portuguesa aceita como boa a *teoria das três esferas* ou dos *três degraus*, segundo a qual se deverá distinguir a esfera da *intimidade*; a esfera da *privacidade* e a esfera da *vida normal da relação*.⁶ No âmbito *esfera da intimidade* deveremos incluir, entre outros, os dados relativos ao *estado de saúde*,⁷ pelo que não restam dúvidas que neste caso o direito constitucionalmente protegido à intimidade da vida privada e familiar foi desrespeitado. Com efeito, a *Lei de Protecção de Dados Pessoais* (Lei nº 67/98 de 26 de Outubro) prevê um regime especial para os dados de saúde, considerando-os “dados sensíveis” (artigo 7.º) e impondo ‘medidas especiais de segurança’ (artigo 15.º), quando esses dados forem objecto de tratamento, o que demonstra a natureza especialmente protegida destas informações.

O artigo 16.º do Código do Trabalho consagra o direito à *reserva da intimidade da vida privada*, prescrevendo o n.º 2 que “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.” Assim, esta norma

⁴ Artigo 26.º (Outros direitos pessoais): “ 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, (...) à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* e à *protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de *informações relativas às pessoas e famílias*.”

⁵ J.J. GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 181.

⁶ Sobre a teoria das três esferas ou três degraus (*Dreistufentheorie*) vide, Manuel da COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 95 e ss. e no âmbito da doutrina juslaboral, vide MENEZES LEITÃO, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 38.

⁷ Helena MONIZ, “Notas Sobre a Protecção de Dados Pessoais perante a Informática”, *Revista Portuguesa Ciência Criminal*, ano 7.º, n.º 2, 1997, p. 237. Segundo a autora, fazem parte da *esfera íntima* da pessoa: os dados relativos à filiação, residência, número de telefone, estado de saúde, vida conjugal, amorosa e afectiva, os factos que decorrem dentro do lar, as informações transmitidas por carta ou outros meios de telecomunicações, os factos passados que caíram no esquecimento, etc.” Vide, também, Paulo MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada,” *Boletim da Faculdade de Direito [BFD]*, 69 (1993), 479-585 e Paula LOBATO FARIA, “Protecção e Confidencialidade de dados pessoais – panorama jurídico em Portugal,” *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, , Vol. 11, nº 2, pp. 35 e ss.

vai mais longe do que o art. 80.º do Código Civil visto que abrange “quer o *acesso*, quer a *divulgação* de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, o que significa que para além da *intromissão*, também a *difusão* de tais elementos não é permitida.”⁸

Acresce ainda que nos termos do art. 19.º, n.º3, do Código do Trabalho “O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador *está ou não apto* para desempenhar a actividade, *salvo autorização escrita deste*.”⁹ Ou seja, o empregador não tem o direito de tomar conhecimento sobre o estado de saúde do trabalhador, competindo ao médico atestar a sua aptidão ou não para o trabalho e disso informar a entidade patronal.

Por seu turno, no âmbito da legislação que regula a medicina do trabalho, o seu n.º 2 do art. 20.º do Decreto-Lei n.º 109/2000, de 30 de Junho¹⁰, preceitua que “A ficha encontra-se sujeita ao regime do segredo profissional, só podendo ser facultada às autoridades de saúde e aos médicos da Inspecção-Geral do Trabalho.” E mais acrescenta o n.º 3 que “Quando o trabalhador deixar de prestar serviço na empresa, ser-lhe-á entregue, a seu pedido, cópia da ficha clínica.”¹¹ E o mesmo conteúdo normativo se

⁸ Guilherme DRAY, in Pedro ROMANO MARTINEZ/ Luís MONTEIRO/ Joana VASCONCELOS/ Pedro BRITO/ Guilherme DRAY/ Luís SILVA, *Código do Trabalho*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, p. 102. Note-se que na doutrina juscivilista Paulo MOTA PINTO, “*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*,” *BFD*, 69 (1993), p. 531, já defendia esta distinção.

⁹ Para uma crítica da possibilidade de o trabalhador dar o seu consentimento, vide José João ABRANTES, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, in *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, p. 165, n. 52.

O Parecer n.º 8/2003 – sobre o Novo Código do Trabalho da Comissão Nacional de Protecção de Dados afirma: “(...) A posição em que o trabalhador se encontra é um bom exemplo da falta de liberdade de decisão, razão pela qual se justifica que a lei afaste qualquer dúvida que se possa colocar neste domínio. Em face do poder de autoridade que caracteriza o contrato de trabalho e da posição de subordinação em que se encontra o trabalhador tem entendido a jurisprudência, de forma pacífica, que a renúncia a certos direitos na vigência do contrato de trabalho se caracteriza por uma “vontade não inteiramente livre, na medida em que pode, de algum modo, ser determinada por imposição da parte detentora do referido poder”. Para a jurisprudência, o trabalhador, na vigência do contrato de trabalho, “encontra-se dominado pela relação de subordinação, não dispondo do exercício pleno da sua liberdade de decidir, pelo menos psicologicamente”. (...) “Em face do exposto, entendemos que deveria ser eliminada qualquer possibilidade de a entidade empregadora ter acesso a dados relativos a testes ou exames médicos, não se apresentando a autorização escrita do trabalhador como um “consentimento livre”.”

¹⁰ Altera o Decreto-Lei n.º 26/94, de 1 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 7/95, de 29 de Março, e pela Lei n.º 118/99, de 11 de Agosto, que contém o regime de organização e funcionamento das actividades de segurança, higiene e saúde no trabalho.

¹¹ O artigo 21.º regula a “Ficha de aptidão” nos seguintes termos: “1 - Face aos resultados dos exames de admissão, periódicos e ocasionais, o médico do trabalho deve preencher uma ficha de aptidão e remeter uma cópia ao responsável dos recursos humanos da empresa. No caso de inaptidão, deve ser indicado que outras funções que o trabalhador poderia desempenhar. 2 - Sempre que a repercussão do trabalho e das condições em que é prestado se revele nociva à saúde do trabalhador, o médico do trabalho deve, ainda, comunicar tal facto ao responsável pelos serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho e, bem assim,

encontra previsto, no direito actualmente em vigor, na Lei 35/2004, de 29 de Julho, que regulamenta o Código do Trabalho.¹²

Numa palavra, para além do comando constitucional e da legislação geral, o Direito impõe ao médico, no âmbito da medicina do trabalho, especiais exigências de *confidencialidade*.

Note-se, aliás, que quando o próprio legislador permitiu – na versão originária do Código do Trabalho – a revelação à entidade patronal de informações relativas à saúde do candidato ao emprego ou do trabalhador, tal disposição foi considerada inconstitucional! Com efeito, o Tribunal Constitucional (*Acórdão n.º 306/03*) decidiu que a norma constante do segundo segmento do n.º 2 do artigo 17.º do Código do Trabalho – *na medida em que permite o acesso directo do empregador a informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador* – viola o princípio da proibição do excesso nas restrições ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP.¹³

quando o seu estado de saúde o justifique, solicitar o seu acompanhamento pelo médico assistente do centro de saúde a que pertence ou por outro médico indicado pelo trabalhador. 3 - A ficha de aptidão não pode conter elementos que envolvam segredo profissional. 4 - O modelo da ficha de aptidão referida nos números anteriores será aprovado por portaria do Ministro da Saúde.”

¹² Destacam-se as seguintes normas:

Artigo 247.º (*Ficha clínica*): “1 — As observações clínicas relativas aos exames de saúde são anotadas na ficha clínica do trabalhador. 2 — A ficha clínica está sujeita ao segredo profissional, só podendo ser facultada às autoridades de saúde e aos médicos da Inspeção-Geral do Trabalho. 3 — O médico responsável pela vigilância da saúde deve entregar ao trabalhador que deixar de prestar serviço na empresa, a pedido deste, cópia da ficha clínica.”

Artigo 248.º (*Ficha de aptidão*): “1 — Face ao resultado do exame de admissão, periódico ou ocasional, o médico do trabalho deve preencher uma ficha de aptidão e remeter uma cópia ao responsável dos recursos humanos da empresa. 2 — Se o resultado do exame de saúde revelar a inaptidão do trabalhador, o médico do trabalho deve indicar, sendo caso disso, outras funções que aquele possa desempenhar. 3 — A ficha de aptidão não pode conter elementos que envolvam segredo profissional. 4 — Sempre que a repercussão do trabalho e das condições em que o mesmo é prestado se revelar nociva para a saúde do trabalhador, o médico do trabalho deve, ainda, comunicar tal facto ao responsável pelos serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho e, bem assim, se o estado de saúde o justificar, solicitar o seu acompanhamento pelo médico assistente do centro de saúde, ou outro médico indicado pelo trabalhador. 5 — O modelo da ficha de aptidão é fixado por portaria do ministro responsável pela área laboral.”

Artigo 249.º (*Informação técnica*): “O médico do trabalho tem acesso às informações referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 243.º, sujeitas a sigilo profissional nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.”

Artigo 484.º (*Serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho*): 2 — Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto (...) nos n.ºs 1 e 4 do artigo 248.º. 3 — Constitui contra-ordenação leve a violação do disposto no artigo 249.º.”

¹³ Segundo o *Parecer na Comissão Nacional de Protecção de Dados (Parecer n.º 8/2003)* – sobre o *Novo Código do Trabalho*: “Caso não seja feita esta precisão [segundo qual apenas o médico tem acesso à informação de saúde, transmitindo à entidade patronal apenas se o trabalhador está ou não apto],

Assim, o segredo profissional só poderá ser quebrado havendo uma causa de justificação. E, para além da possibilidade de quebra do sigilo através do *consentimento* do titular dos dados, há *disposições legais* expressas que permitem a divulgação de informação clínica.¹⁴ Todavia, nenhuma dessas leis seria de aplicar a este caso.

2. O Direito Penal, o ramo jurídico que visa proteger os bens jurídicos fundamentais da vida em comunidade face às mais fortes e intoleráveis agressões,¹⁵ protege o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

“O teste positivo da AIDS faculta ao médico o conhecimento de um facto cuja pertinência à área de confidencialidade e reserva – mesmo à área irreductível e última da *intimidade* – se afigura manifesta. A sua *revelação* ou *divulgação arbitrarias e não justificadas* configuram um atentado socialmente intolerável a bens jurídicos criminalmente tutelados. E podendo, como tal, ser punida já a título de *Devassa da vida privada* (artigo 192.º do Código Penal), já sob a forma de *Violação de segredo* (artigo 195.º do Código Penal).”^{16 17}

entendemos que as disposições do artigo 17.º n.º 1 e 2 do Código contrariam os artigos 26.º e 18.º n.º 2 da Constituição da República por a limitação da intimidade da vida privada dos trabalhadores se revelar excessiva, não adequada, desproporcionada e desnecessária, traduzindo-se numa efectiva aniquilação de um direito fundamental sem se atender aos princípios da “mútua compressão” que deve nortear a harmonização de direitos fundamentais. (...) Ora, é evidente que, no caso em apreço, a entidade empregadora não precisa de conhecer os dados – nomeadamente aqueles que se referem à saúde ou à vida privada – bastando que o médico se pronuncie no sentido de que o trabalhador está apto a desempenhar as funções a que se candidata. Só o médico está em condições de, em função do estado de saúde, aferir a aptidão e capacidade do trabalhador (ou candidato) para desempenhar a actividade profissional.”

¹⁴ Será o caso da Lei de Bases da Luta contra as Doenças Contagiosas (Lei n.º 2036, de 9/8/1949) e a Portaria 1071/98, de 31 de Dezembro, que enuncia as doenças de Declaração Obrigatória, as disposições do Código de Processo Penal (art. 135.º) e do Código de Processo Civil (art. 519.º). Existe outra legislação avulsa (v.g., sobre acidentes de trabalho) que impõe uma “obrigação de comunicação”. Nos termos do artigo 28.º n.º 2 do DL 143/99, de 30 de Abril, o médico assistente (v.g., da seguradora) tem acesso a “toda a documentação clínica respeitante ao sinistrado em poder do estabelecimento hospitalar”. Também o artigo 33.º do mesmo diploma obriga os estabelecimentos hospitalares a “fornecer aos tribunais do trabalho todos os esclarecimentos e documentos que lhes sejam requisitados relativos a observações e tratamentos feitos a sinistrados”.

Actualmente a infecção pelo VIH passa a integrar a lista de doenças de declaração obrigatória (Portaria n.º 258/2005, de 16 de Março); contudo, essa notificação não contém elementos de identificação pessoal.

¹⁵ Trata-se da característica da *subsidiariedade* e *fragmentariedade* do Direito Penal, vide Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo 1: *Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 15 e ss.

¹⁶ Manuel da COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico. Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.162.

¹⁷ Mencione-se ainda o crime de devassa por meio de informática (ar. 193ºCP).

O crime de devassa da vida privada¹⁸ é um *crime comum*, isto é, não depende da qualidade específica do agente. Neste caso concreto assume menor relevo prático, visto que, sendo o agente um médico, verifica-se uma relação de *concurso aparente* com o crime de violação de segredo (artigo 195.º CP).

O crime de violação de segredo encontra-se previsto e punido no artigo 195.º CP,¹⁹ o qual visa proteger o bem jurídico *privacidade*.²⁰ A factualidade típica contém vários elementos: 1) Terá que se tratar de um *segredo*, isto é, de a) factos conhecidos de um número circunscrito de pessoas; que b) haja vontade de que os factos continuem sob reserva e c) existência de um interesse legítimo, razoável ou justificado na reserva; 2) Terá que ser um segredo *alheio*; 3) obtido *no exercício da profissão*: “só é segredo médico aquilo que o médico sabe de outra pessoa, apenas porque é médico;” “não é segredo penalmente relevante aquilo que o agente conhece em veste puramente “privada”.

Desde que se prove que o médico revelou informações sobre a saúde²¹ do trabalhador à Direcção do Hotel parece estar preenchido o tipo legal de crime. E não parece que haja qualquer causa de justificação:²² nem o trabalhador terá *consentido* nessa revelação da informação a terceiros,²³ nem a lei *autoriza* uma tal comunicação.

O médico está assim vinculado ao mais rigoroso dever de sigilo, mesmo face à Direcção do Hotel. Nem se objecte que a revelação destas informações seria *necessária*

¹⁸ Artigo 192.º CP (Devassa da vida privada): “1 - Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual: d) Divulgar factos relativos à vida privada ou a *doença grave de outra pessoa* é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.”

¹⁹ Artigo 195.º CP: “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 até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.”

²⁰ Cf. COSTA ANDRADE, in Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Org.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 771 e ss. Quanto ao *Bem Jurídico protegido*, no direito português: “(...) tudo se conjuga no sentido da prevalência ou primado da dimensão pessoal-individual, isto é, da *elevação da privacidade à categoria de bem jurídico típico* (...)”. O autor invoca o elemento sistemático, o elemento literal e o elemento histórico (conversão em crime semi-público). Assim, o Bem Jurídico no direito português é a Privacidade em sentido material, ou seja, actos e factos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública: sentimentos, acções e abstenções. Mas apenas na medida em que é mediatizada por um segredo profissional. Sendo que, em segunda linha, é possível identificar a tutela de valores comunitários como o *prestígio e a confiança em determinadas profissões* (cf. artigo 135.º, n.º 5 do CPP).

²¹ Cf. o artigo 2.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que contém uma definição de *informação de saúde*.

²² Vide, para mais desenvolvimentos, COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico*, pp. 211 e ss.

²³ O que é permitido pelo artigo 17.º do Código do Trabalho, embora seja justamente criticado pela melhor doutrina, vide J.J. ABRANTES, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, *cit.* E Parecer n.º 8 da Comissão Nacional de Protecção de Dados.

para acautelar perigo de contágio dos outros trabalhadores ou dos clientes. Isso a ser razoável careceria em primeiro lugar do *consentimento* do próprio ou, no limite, de *justificação* devidamente fundamentada, o que não acontece neste caso.

Mesmo que se defenda que a seropositividade é um facto relevante para aferir da *aptidão* para o trabalho de um empregado de uma cozinha de um hotel (tese que parece não respeitar o princípio da proporcionalidade), em caso algum se poderia admitir a divulgação desse facto a terceiros!

Assim, o médico que violou o seu dever de sigilo está sujeito à responsabilidade penal. Trata-se de um crime semi-público, pelo que seria necessária a apresentação de *queixa*.²⁴

3. O ilícito civil decorre directamente do artigo 80.º do Código Civil (CC) – *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*.²⁵ A violação deste direito acarreta *responsabilidade civil por danos patrimoniais e não patrimoniais*, bem como a possibilidade de requerimento das “*providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.*”

O artigo 70.º CC prevê uma tutela geral da personalidade²⁶ e o artigo 483.º CC sanciona com o dever de indemnizar a violação de direitos de outrem, nomeadamente os direitos de personalidade. Deste modo, provando-se o comportamento ilícito e culposo do médico, poderia o lesado intentar uma acção de indemnização contra o médico responsável solicitando o ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais (artigo 496.º CC) decorrentes do ilícito praticado.²⁷

4. No plano disciplinar, os artigos 67.º e 68.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos) regulam a matéria relativa ao segredo médico.²⁸ Na raiz da

²⁴ Cf. artigo 198.º do Código Penal.

²⁵ Artigo 80.º do Código Civil: “1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.”

²⁶ Vide, por todos, Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

²⁷ Também a *Lei de Bases da Saúde* prevê o direito à confidencialidade na Base XIV, nº 1, al. d).

²⁸ Código Deontológico - Artigo 67.º (Segredo profissional): O segredo profissional impõe-se a todos os Médicos e constitui matéria de interesse moral e social.

protecção da confidencialidade médica está a não revelação de segredos conhecidos no exercício da profissão, em ordem a proteger a esfera de segredo e de privacidade do paciente.²⁹ Neste sentido, o artigo 68.º do Código Deontológico procura incluir no âmbito de protecção do segredo profissional factos a que o médico tenha acesso privilegiado pela conversa e observação do doente. Assim sendo, qualquer interessado poderia ‘participar’ junto da Ordem dos Médicos estes factos, instaurando-se um processo disciplinar.³⁰

II – A discriminação do trabalhador e a ilicitude do despedimento

5. O princípio da igualdade e da não discriminação tem base constitucional (artigo 13.º) e dá corpo ao direito fundamental consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da CRP: o direito à “*protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

Por outro lado, o artigo 18.º, n.º 1, CRP³¹ consagra a vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. A Constituição contém, pois, uma “*força geradora*” de direito privado.³² A chamada *eficácia externa* – ou “*Drittwirkung*” – dos direitos fundamentais é pacificamente reconhecida. Essa eficácia horizontal impõe-se porque “não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder político, é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa

Artigo 68.º (Âmbito do segredo profissional): 1. O segredo profissional abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do Médico no exercício do seu mister ou por causa dele, e compreende especialmente: a) Os factos revelados directamente pelo doente, por outrem a seu pedido ou terceiro com quem tenha contactado durante a prestação de cuidados ou por causa dela; b) Os factos apercebidos pelo Médico, provenientes ou não da observação clínica do doente ou de terceiros; c) Os factos comunicados por outro Médico obrigado, quanto aos mesmos, a segredo profissional. 2. A obrigação de segredo existe quer o serviço solicitado tenha ou não sido prestado e quer seja ou não remunerado. 3. O segredo é extensivo a todas as categorias de doentes, incluindo os assistidos por instituições prestadoras de cuidados de saúde. É expressamente proibido ao Médico enviar doentes para fins de diagnóstico ou terapêutica a qualquer entidade não vinculada a segredo profissional Médico a menos que para tal obtenha o seu consentimento expresso ou que o envio não implique revelação do segredo.

²⁹ Adolf LAUFS/ Wilhelm UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München, 2002, p. 548.

³⁰ Vide o *Estatuto Disciplinar dos Médicos* (aprovado pelo DL 217/94 de 20 de Agosto): artigos 6º, n.º 2 e 7º.

³¹ Artigo 18.º, n.º1 da CRP: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

³² C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 73.

pelas demais pessoas.”³³ Se a aplicação dos direitos, liberdades e garantias no direito privado é *segura*, discute-se, contudo, o seu *âmbito e alcance*.³⁴ Com efeito, os direitos fundamentais não são mais apenas um tema de direito público. Actualmente aceita-se em geral que os direitos fundamentais têm eficácia no direito privado, sendo embora discutido se tem eficácia directa ou indirecta.³⁵ No âmbito do direito do trabalho, essa eficácia deve considerar-se *natural*.³⁶

Em suma, o artigo 26.º, n.º 1, da CRP é a “*expressão subjectivada* do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º.”³⁷ Este direito é directamente aplicável e impõe-se mesmo nas relações entre privados (artigo 18.º, n.º 2 CRP).

No plano infra-constitucional, o artigo 23.º do Código do Trabalho reforça esse direito, pelo que o trabalhador poderá lançar mão dos mecanismos juslaborais de protecção da sua esfera jurídica, nomeadamente: (a) o direito à reintegração por despedimento injustificado e/ou (b) o direito à indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados.

6. O Código de Trabalho, partindo de uma concepção personalista, dedica várias normas aos *direitos de personalidade* e à *igualdade e não discriminação*.

a) Direitos de personalidade

No que respeita aos direitos de personalidade do trabalhador, o Código estabelece normas relativas à realização de testes de saúde (artigo 19.º - Testes e exames médicos). Esta norma já foi objecto de crítica por parte da doutrina, já que este tipo de profissões de grande risco (para o próprio e para terceiros) estão sujeitas ao controle de autoridades administrativas, pelo que deveriam ser estas e não o empregador a acautelar

³³ Jorge MIRANDA/ Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2005, p. 157.

³⁴ Há já um acervo de literatura jurídica muito importante nesta matéria. Veja-se, entre outros, C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., 2005, p. 73 e ss., bem como Jorge MIRANDA/ Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 156-158. José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, J.J. ABRANTES, “Labour Contract and Fundamental Rights,” *BFD* 80, p. 613-630 e Guilherme DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, pp. 130 e ss.

³⁵ Saliente-se que, ao nível do direito comparado, esta “eficácia horizontal” dos direitos tem vindo a ser aceite não apenas nos sistemas de direito continental (tendo como ordenamento impulsor o alemão), mas também já no direito de “Common Law”, especialmente após a entrada em vigor, no direito inglês, do *Human Rights Act* de 1998.

³⁶ Cfr. José João ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos fundamentais*, 2005, p. 205.

³⁷ Jorge MIRANDA/ Rui MEDEIROS, *ob. Cit.*, p. 294.

estes interesses. Este artigo pode constituir uma porta aberta para testes abusivos e discriminações no acesso e no âmbito da relação laboral.³⁸

Neste sentido, a *Comissão Nacional de Protecção de Dados* afirmou que “não se vislumbra que haja razões suficientes para fazer estes exames fora do âmbito das competências dos serviços de medicina do trabalho. Efectivamente, se consultarmos as disposições sobre as medidas a adoptar pelo empregador em sede de medicina do trabalho (artigos 267.º e 270.º) verificamos que as “finalidades de protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros” e as “particulares exigências inerentes à actividade” estão subjacentes, nomeadamente, às previsões do artigo 267.º n.º 2 al. c) e artigo 270.º alíneas b), e) e i). (...) Concluímos, por isso, que a realização de exames fora do contexto dos serviços de medicina do trabalho apresenta um grande perigo de proliferação de tratamentos de dados de saúde e da vida privada dos trabalhadores, com riscos acrescidos de exames “coercivos” desenquadrados de uma prevenção integrada de promoção e vigilância da saúde do trabalhador. Por outro lado, há um risco acrescido de interconexão de tratamentos tendentes a integrar “informação exhaustiva” sobre o estado de saúde do trabalhador, na medida em que não está regulada a relação de interdependência entre os médicos referidos no artigo 19.º n.º 3 e os médicos do trabalho.

Num âmbito mais geral, relativo à admissibilidade de obrigar os trabalhadores ou candidatos ao emprego à realização de exames médicos, o *Acórdão do Tribunal Constitucional 368/02*, de 25 de Setembro, afirmou que “no âmbito das relações laborais, tem-se por certo que o direito à protecção da saúde, a todos reconhecido no artigo 64º, n.º 1 CRP, bem como o dever de defender e promover a saúde, consignado no mesmo preceito constitucional, não podem deixar de credenciar suficientemente a

³⁸ Cfr. Carlos LOPES DO REGO, “Comentário”, in *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro 2002, pp. 149-158. e João PALLA LIZARDO, “Exames Médicos Obrigatórios e Direitos de Personalidade – o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-10-2000”, *Questões Laborais*, 24, Ano XI, 2004, pp. 215-224, especialmente p. 220: os trabalhadores das “profissões de risco” estão sujeitos “a controlos públicos mais ou menos apertados quanto às capacidades físicas para o desempenho da respectiva actividade, como sucede no exemplo dos pilotos de avião invocado pelos juizes do Tribunal Constitucional./ Porém, no controle público, as condições da aptidão física para o desempenho dessa actividade são comuns a todos os cidadãos, independentemente do seu estatuto laboral, o que assegura total independência à entidade fiscalizadora, enquanto que, no segundo caso, o profissional, que, à partida, está fisicamente capaz para o desempenho desta actividade, passa a estar sujeito a um duplo controle, só porque é trabalhador por conta de outrem, o que, aparentemente, não pode ser visto senão como uma situação de desigualdade sem qualquer justificação.”

*obrigação para o trabalhador de se sujeitar, desde logo, aos exames médicos necessários e adequados para assegurar – tendo em conta a natureza e o modo de prestação do trabalho e sempre dentro de critérios de razoabilidade – que ele não representa um risco para terceiros: por exemplo, para minimizar os riscos de acidentes de trabalho de que outros trabalhadores ou o público possam vir a ser vítimas, em função de deficiente prestação por motivo de doença no exercício de uma actividade perigosa; ou para evitar situações de contágio para os restantes trabalhadores ou para terceiros, propiciadas pelo exercício da actividade profissional do trabalhador.”*³⁹⁴⁰

Resulta deste Acórdão e da regulamentação legal que os testes de seropositividade para o VIH, no âmbito da relação laboral, segundo uma *interpretação conforme à Constituição*, serão justificados em muito poucos casos. Isto é, *serão muito raras as profissões que poderão justificar a exigência de um teste de VIH.*

Com efeito, recomenda o *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida* (Parecer 16/CNECV/96): “Os trabalhadores atingidos pela SIDA [AIDS] deverão ser tratados numa base idêntica à dos trabalhadores atingidos por outras doenças graves que afectem o desempenho da sua função. Quando a condição física destes trabalhadores se deteriorar, convirá proceder, se possível, à reorganização dos locais e dos horários, a fim de lhes permitir continuar a trabalhar durante o maior período de tempo possível.”

“O CNECV reconhece que na prática de certas actividades e em determinadas situações, o teste da SIDA [AIDS] deve ser exigível às seguintes pessoas: *profissionais de saúde, que entrem em contacto directo com órgãos ou líquidos biológicos*

³⁹ DR II.^a Série de 25/10/2002. No mesmo sentido, *vide* Paulo MOTA PINTO, “A Protecção da Vida Privada e a Constituição”, *BFD*, 76, p. 183, quando refere que o recurso a testes de saúde dos trabalhadores deve ser limitado “aos casos em que sejam necessários para protecção de interesses de segurança de terceiros (assim, por exemplo, testes de estabilidade emocional de um piloto de avião) ou do próprio trabalhador, ou de outro interesse público relevante, e apenas se se mostrarem realmente adequados aos objectivos prosseguidos.” Para uma leitura crítica deste Acórdão do Tribunal Constitucional, *vide* Carlos LOPES DO REGO, “Comentário”, in *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro 2002, pp. 149-158.

⁴⁰ Veja-se, no âmbito da jurisprudência comunitária, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1992 (in *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do tribunal de Primeira Instância*, 1992-9, p. II 2197”), o Acórdão do Tribunal Europeu de Justiça de 5 de Outubro de 1994 (*Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, 1994-10, I-4781 a 4793) e o Acórdão do Tribunal Europeu de Justiça (5.^a Câmara) de 29 de Abril de 2004 (Processos C-482/01 e C-493/01). Sobre esta matéria, *vide* António BERNARDO COLAÇO, “O infectado de VIH: a aguardar cidadania plena em sede laboral (Resenha jurisprudencial; pistas para uma solução jurídica)”, *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2003, N.º 93, pp. 101-112.

humanos;⁴¹ *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 revelam de alto risco e com probabilidade de terem sido infectadas pelos vírus HIV.”⁴²

E quando tal solução se justifique deve estar sempre garantido o direito à privacidade e, em caso de resultado positivo, deverá permitir-se uma mudança na actividade funcional do trabalhador, a qual não deverá acarretar perda de regalias, nos termos da legislação do trabalho.

Por seu turno, A *Comissão Nacional de Protecção de Dados*⁴³ defende que o portador de VIH, na qualidade de candidato a emprego, não está obrigado nem a fornecer informação que lhe diga respeito nem a ser submetido a qualquer teste. Este tipo de informação não pode ser utilizada para impedir alguém de obter um emprego, nem para fundamentar o seu despedimento.⁴⁴ A CNPD visa assim respeitar o Código de Conduta da Organização Internacional do Trabalho segundo o qual: “Uma infecção por VIH não pode ser causa de despedimento. Pessoas com doenças relacionadas com esta infecção devem poder trabalhar enquanto se encontram aptas do ponto de vista clínico.”⁴⁵

Todos estes elementos reunidos conduzem-nos à conclusão de que só em casos excepcionais seria legítimo impor um teste de VIH a um candidato ao emprego ou a um trabalhador, e que isso, em caso algum, justificaria a violação do segredo profissional.

b) Igualdade e não discriminação

A Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprova o Código do Trabalho, bem como a Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho (que regulamenta este Código) transpõem a

⁴¹ Cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional italiano, de 2 de Julho de 1994, (Ac. TC n.º 218/1994) que considerou inconstitucional os n.ºs 3 e 5 do artigo 5.º da L. n.º 135, de 5 de Junho de 1990, na parte em que não prevêem certificados sanitários de ausência de seropositividade como condição para o exercício de actividades que comportem riscos para a saúde de terceiros.

⁴² Relatório-Parecer (16/CNECV/96) sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA.

⁴³ Vide a Deliberação n.º 86/98, publicada no Relatório de 1998 e a Autorização n.º 59/97, publicada no Relatório da CNPD. Nos últimos anos a Comissão tem-se pronunciado em diversas ocasiões sobre a problemática do VIH/AIDS; veja-se, entre outras, a Deliberação n.º 132/02 e a Deliberação n.º 45 / 2003.

⁴⁴ Cfr. Catarina SARMENTO E CASTRO, “A protecção de dados pessoais dos trabalhadores”, *Questões Laborais*, 20, Ano IX (2002), p. 150.

⁴⁵ Ponto 4.8. do Código de Conduta sobre o VIH/AIDS da O.I.T., publicado em 2001, *apud* Catarina CASTRO, “A protecção de dados pessoais dos trabalhadores”, *cit.*, p. 150.

Directiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de Novembro, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional.^{46 47}

Verifica-se, pois, uma densa regulamentação legal que visa a *proibição da Discriminação* no ambiente laboral, dando assim cumprimento aos princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, previstos no artigo 13.º Constituição da República e no artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Estas normas têm por objectivo estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência ou *doença crónica*, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional. A Directiva 78/2000/CE não se refere à discriminação com base em doença crónica, o que parece demonstrar uma especial sensibilidade da lei portuguesa para esta questão. Assim afirma Guilherme Dray: “Relativamente ao artigo 13.º da CRP e aos diplomas supra enunciados, o preceito sob anotação inclui novos elementos característicos que podem constituir factores de discriminação – a orientação sexual, o património genético, a capacidade de trabalho reduzida, a doença crónica e a filiação sindical.”⁴⁸

Numa palavra, o legislador nacional não se limitou a transpor a Directiva, mas foi mais longe, pelo que mais longe pode ir o intérprete à luz da lei portuguesa.

7. O VIH/AIDS como doença crónica

⁴⁶ Destaca-se o artigo 22.º do Código do Trabalho (Direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho) que determina: “(...) 2 - Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode 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, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, *doença crónica*, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.” A protecção dos trabalhadores seropositivos poderá ser alcançada pela interpretação do conceito de “*doença crónica*”.

⁴⁷ No âmbito da luta contra a discriminação na União Europeia merece referência também a Directiva 2000/43/CE, que estabelece o princípio da igualdade de tratamento das pessoas independentemente da sua origem racial ou étnica. Sobre esta Directiva *vide* Heinrich E. HÖRSTER, “A Directiva 2000/43/CE e os Princípios do Direito Privado – Esboço de Algumas Reflexões, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume II, A Parte Geral do Código e A Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 159-182 e Dulce LOPES e Lucinda DIAS DA SILVA, “Xadrez policromo: a Directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não discriminação em razão da raça e origem étnica,” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, 2002, pp. 393-437.

⁴⁸ In Pedro ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho Anotado*, 3.ª Edição 2004, p. 116.

O Projecto de Lei n.º 385/IX que *Proíbe a Discriminação dos Portadores de VIH/AIDS ou de Doença Crónica*, apresentado a 1 de Dezembro de 2003, pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, visava regular com precisão este e outros problemas de discriminação, sendo de destacar a equiparação estabelecida entre o HIV/AIDS e as outras doenças crónicas⁴⁹ A sua não aprovação, porém, nada significa em termos de apuramento da *mens legislatoris*. Sobretudo, não significa uma recusa de conferir protecção legal a estes cidadãos já directamente tutelados pela Constituição. Assim, apesar de não ter sido aprovada esta lei, parece que, no âmbito da relação laboral, as normas do Código do Trabalho, se adequadamente interpretadas, permitirão atingir os resultados aí propostos.

O artigo 23.º do Código do Trabalho deve ser interpretado no sentido de abranger a proibição de discriminação baseada no facto de o trabalhador ou candidato ao emprego ser seropositivo, já que este síndrome se insere no conceito de “doença crónica”.⁵⁰

Em sentido próximo, Teresa Moreira defendeu a aplicação ao caso do VIH/AIDS da Convenção n.º 159 da O.I.T. aprovada na 69.ª Sessão em 1983, relativa à reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes, assim como a

⁴⁹ Projecto de Lei n.º 385/IX: *Proíbe a discriminação dos portadores de VIH/SIDA ou de doença crónica*. Esse Projecto de Lei previa no artigo 5.º “1 — Consideram-se práticas discriminatórias contra as pessoas portadoras de VIH/SIDA ou de doença crónica, as acções ou omissões dolosas ou negligentes que, em razão da doença, violem o princípio da igualdade, designadamente: a) Adopção de procedimento, medida ou critério, directamente pela entidade empregadora ou através de instruções dadas aos seus trabalhadores ou a agência de emprego, que subordine a oferta de emprego, a cessação de contrato de trabalho, a recusa de contratação ou qualquer aspecto da relação laboral ao facto do candidato a trabalhador ou do trabalhador ser portador de VIH/SIDA ou de doença crónica.” 2 — É proibido despedir, aplicar sanções ou prejudicar por qualquer outro meio o cidadão portador de VIH/SIDA ou de doença crónica por motivo de exercício de direito ou de acção judicial contra prática discriminatória.”

Mais especificamente sobre a Discriminação no emprego, afirmava o Artigo 6.º: “1 — As práticas discriminatórias definidas na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º não constituirão discriminação se, em virtude da natureza ou do contexto da actividade profissional em causa, a situação de doença afecte níveis e áreas de funcionalidade que constituam requisitos essenciais e determinantes para o exercício dessa actividade, na condição do objectivo ser legítimo e o requisito proporcional. 2 — A aplicação do disposto no número anterior, depende de prévia análise e parecer da comissão contra a discriminação dos portadores de VIH/SIDA e de doença crónica relativamente à viabilidade da entidade empregadora realizar as transformações necessárias, face à situação concreta, para que a pessoa portadora de doença tenha acesso a um emprego, ou possa nele progredir.”

⁵⁰ Com efeito a ciência médica vem estabelecendo a equiparação do VIH/SIDA às doenças crónicas. É muito expressivo, no sentido da tese aqui advogada, o título da publicação da *Organização Mundial da Saúde – Gabinete Regional da Europa: WHO Regional Office for Europe, HIV/AIDS in Europe: Moving from death sentence to chronic disease management*, 2006.

Recomendação n.º 168, relativa à mesma matéria, Convenção que foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 63/98, de 2 de Dezembro.⁵¹

Finalmente, revela-se muito importante em termos prático-processuais, a *inversão do ónus da prova* prevista no n.º 3 do artigo 23.º do Código do Trabalho, segundo a qual: “Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n.º 1.”

Por outro lado, sendo o VIH/AIDS uma doença crónica, uma doença que não implica a impossibilidade de realização da prestação, deveria seguir-se o regime previsto artigos 73.º e seguintes do Código do Trabalho, que prevê, entre outras medidas, o *princípio da igualdade de tratamento*, a realização de *medidas de acção positiva do empregador* e a concretização de *medidas de protecção*.

8. O despedimento baseado em discriminação

Partindo do comando constitucional, previsto no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa, que visa a tutela da *estabilidade no emprego*, o trabalhador goza de certas garantias fundamentais. Assim, “i) São, desde logo, formalmente proibidos os despedimentos imotivados, sem justa causa; ii) A impossibilidade temporária de execução da prestação laboral, devida a um facto não imputável ao trabalhador, determina a suspensão do vínculo contratual; iii) As ausências ao trabalho motivadas por doença são qualificadas como faltas justificadas, não configurando uma violação do dever de assiduidade por parte do trabalhador; iv) O empregador está obrigado a proporcionar ao trabalhador acções de formação profissional adequadas à sua qualificação...”⁵²

O ordenamento jurídico português não permite, pois, o despedimento do trabalhador em razão de *doença*. O regime humanista e que respeita os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê, em casos mais extremos, o regime da redução da actividade e da *suspensão do contrato* (artigos 333.º e ss. do Código do Trabalho) e,

⁵¹ Teresa MOREIRA, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o controlo do Empregador*, Studia Iuridica, 78, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 493.

⁵² João LEAL AMADO, “Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro,” *Questões Laborais*, 25, Ano XII, 2005, p. 112.

tendo em conta a primazia dos interesses do trabalhador, acompanhado do dever de adopção de medidas de segurança e do dever de readaptação do trabalhador. Só em situações limite, há lugar à *caducidade* do contrato de trabalho (artigo 387.º do Código do Trabalho), tendo a partir daí o direito da *segurança social* o papel decisivo na protecção do cidadão.⁵³

Este é o entendimento que várias instâncias internacionais vêm advogando. Assim, o *Conselho de Ministros da Saúde dos Estados-Membros da União Europeia* consideraram, em 15/12/88, que “as pessoas contaminadas com HIV ou atingidas pela AIDS não constituem um risco para os seus colegas de trabalho”, não se justificando “os testes de despistagem de anticorpos de HIV no momento da contratação nem por ocasião do exame médico periódico no local de trabalho” (ponto III.7).

Por outro lado, despedir com base na detecção da seropositividade do trabalhador é exactamente o contrário do que é proposto pelo Conselho da Europa.⁵⁴

⁵³ A Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde vem reforçar este quadro normativo.

⁵⁴ São a este propósito elucidativas as recomendações n.º R (87) 25 e R (89) 14 do Conselho da Europa e as repetidas tomadas de posição dos Ministros da Saúde dos Estados-Membros da CEE (15.05.87, 31.05.88, 15.12.88, 22.12.89 e 04.06.91). A Recomendação R (89) 14, de 24 de Outubro de 1989, pronuncia-se sobre os deveres dos Estados no sentido de lutar contra a discriminação dos portadores de HIV/SIDA na relação laboral e que dada a sua importância aqui se transcreve no original (em inglês):

“A. Employment. It is recommended that competent authorities ensure that:

- *before employment*: - any practice by public or private employers to compel a prospective employee to submit to a test for evidence of HIV infection should be vigorously opposed; the prospective employee should not be subjected to pressure to disclose whether he/she is infected with HIV; - no sanction should be imposed subsequently if evidence later emerges of an HIV positive test prior to recruitment.

- *During employment*: - employees should not be compelled to undergo screening for evidence for HIV infection nor to reveal detailed information about personal behaviour; - employers should see to it that their staff management policies provide HIV infected employees with the same rights and benefits offered to employees with other predispositions, illnesses and disabilities; - employees with any disease or disability, including HIV infection, should be treated fairly and with understanding and should be allowed to continue working as long as they are able to do so.

- *In relation to occupational health services*: - occupational health care staff should on no account be compelled by an employer to carry out HIV screening on applicants or employees; - occupational health care staff if informed by an employee of a possible HIV infection, should treat the employee's case with the usual rules of confidentiality and use such information only in the interest of the patient's health; - on no account should the occupational health care staff reassess his aptitude in the light of such information (unless the employee might risk exposure to factors in the workplace potentially detrimental to his health), on no account should they be required to inform the employer of the condition of any worker who is HIV infected; - employers should have a duty to protect the confidentiality of medical information relating to their employees, particularly as concerns HIV infection; therefore health data should only be handled and stored by authorised personnel who are bound by rules on medical confidentiality.

- *In relation to staff management policies and information programmes*: - employers, top level management and trade union leadership should openly and unequivocally adopt non-discriminatory employment policies and initiate, support and finance educational programmes about HIV infection, its

E de acordo com a melhor interpretação do direito português configura um comportamento *discriminatório, desproporcionado* (artigo 18.º CRP) e *ilícito* da entidade patronal.

Para decidir se é razoável a tomada de medidas relativamente a um trabalhador seropositivo devemos considerar dois aspectos: por um lado, (a) o risco para terceiros, isto é o de contágio de colegas de trabalho e/ou de clientes; por outro, (b) a incapacidade para o desempenho de tarefas por razão de doença.

(a) Ora, como é sabido, a transmissão do VIH só se efectua ou através de relações sexuais não protegidas ou por via endovenosa ou por via materno-fetal. Nenhum destes chamados “comportamentos de risco” é específico do ambiente laboral. Não está provado que um empregado de uma cozinha possa no exercício das suas funções e por causa delas transmitir a outrem o vírus HIV.

A própria O.I.T. numa declaração conjunta com a O.M.S.⁵⁵ refere que na maior parte das profissões o trabalho não acarreta nenhum risco de contágio ou contaminação pelo VIH, seja entre trabalhadores, seja entre estes e clientes e vice-versa. “Afirma-se que os trabalhadores infectados pelo VIH que estão sãos devem ser tratados como qualquer outro e os que tenham uma doença relacionada com a AIDS deverão ser tratados como qualquer outro trabalhador doente. Esta Declaração dispõe ainda que a infecção pelo VIH não constitui motivo capaz de fundamentar a cessação do contrato de trabalho e, como ocorre com as demais doenças, as pessoas deverão continuar a trabalhar quando estão em condições de ocupar um emprego apropriado. Esta alusão a emprego apropriado conduz à conclusão de uma possível alteração nas condições de trabalho das pessoas afectadas pelo VIH mas que continuam aptas para o trabalho. Recomenda-se, ainda, que sejam adoptadas pelas autoridades públicas procedimentos e políticas sobre AIDS ao nível do trabalho, ouvidos sempre os parceiros sociais, os quais poderão sugerir medidas visando combater as discriminações.”⁵⁶

Mesmo que se provasse a existência de algum risco para os outros trabalhadores ou para terceiros, haveria medidas mais adequadas e menos violentadoras do *direito à*

transmission and preventive measures; - the occupational health doctor should cooperate closely in the development of such programmes”.

⁵⁵ Reunião consultiva entre a O.M.S. e a O.I.T. sobre “A AIDS no local de trabalho” realizada entre 27 e 29 de Junho de 1988.

⁵⁶ Teresa MOREIRA, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o controlo do Empregador*, p. 492.

integridade física e moral (artigo 25.º CRP),⁵⁷ *do direito à intimidade da vida privada e familiar* (artigo 26.º, n.º1 CRP) e *do direito a não ser discriminado* (artigo 26.º, n.º1 CRP) e *do direito ao trabalho* (artigo 58.º CRP).⁵⁸

(b) Por outro lado, o VIH, tem um período de latência de muitos anos, isto é, o período assintomático é bastante prolongado, não causando incapacidade física para o trabalho. Nesta medida, não parece fundamentado um parecer de *não aptidão* imposto a um seropositivo assintomático. A corroborar esta orientação, refira-se um caso paralelo analisado no Parecer o *Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República*, no qual se defende que a lei não exclui a emissão, relativamente a indivíduos portadores de VIH, do atestado de robustez física e de perfil psíquico previsto no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro.⁵⁹

Destarte, parece injustificado considerar o trabalhador como *não apto* para a realização de tarefas no Restaurante do Hotel.

9. Consequências do despedimento ilícito

A saúde ou a falta dela integra a esfera íntima, ou secreta, da vida privada de cada pessoa e, por isso, ninguém poderá ser sancionado ou despedido com justa causa devido ao seu estado de saúde. Está em causa a tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada, a dignidade da pessoa e o princípio da igualdade e da não discriminação.⁶⁰

Com o Código do Trabalho de 2003 houve o reconhecimento (expresso) do direito ao ressarcimento de danos não patrimoniais em caso de discriminação⁶¹ bem como o estabelecimento de molduras para a fixação, pelo tribunal, de indemnização

⁵⁷ Para mais, afirma a Associação ABRAÇO que: “No dia seguinte era admitido nos serviços de urgência do Hospital, em estado de grande debilidade física, imobilismo e desidratação.”

⁵⁸ Na medida em que trazemos à colação um direito fundamental dos trabalhadores (art. 58.º), transcrevemos a afirmação de João CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 108: “os direitos fundamentais dos trabalhadores são fundamentais na medida em que visam assegurar condições de vida dignas, no sentido de minimamente compatíveis com o desenvolvimento da personalidade humana, e de garantir as condições materiais indispensáveis ao gozo efectivo dos direitos de liberdade

⁵⁹ Conclusão do 7.º Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de 25.05.95, in *Diário da República*, II Série, de 24/04/97, n.º 96. Cfr. António BERNARDO COLAÇO, “O infectado de VIH: a aguardar cidadania plena em sede laboral (Resenha jurisprudencial; pistas para uma solução jurídica)”, *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2003, N.º 93, p. 105.

⁶⁰ Teresa MOREIRA, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o controlo do Empregador*, p. 489.

⁶¹ Prescreve o artigo 26.º do Código do Trabalho: “Sem prejuízo do disposto no Livro II, a prática de qualquer acto discriminatório lesivo de um trabalhador ou candidato a emprego confere-lhe o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais nos termos gerais.”

devida em caso de despedimento ilícito e o reconhecimento expresso do direito ao ressarcimento de danos não patrimoniais em caso de ilicitude do despedimento (artigo 439.º). Por outro lado, a discriminação constitui *contra-ordenação muito grave* (artigo 641.º do Código do Trabalho).

O artigo 429.º do Código do Trabalho apenas apresenta como causa de ilicitude do despedimento na sua alínea b) os “motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso.” Porém, deve interpretar-se esta norma – lançando mão do argumento *sistemático* e *teleológico* – de acordo com o previsto em sede de *direitos de personalidade e igualdade e não discriminação* (previstos no Capítulo I – *Disposições gerais*) e afirmar que qualquer despedimento baseado em *discriminação injustificada*, no sentido amplo previsto no artigo 23.º, é ilícito.

Assim, o despedimento baseado em *doença crónica* do trabalhador, incluindo no conceito de doença crónica, a seropositividade, deve ser considerado ilícito, para efeitos do artigo 429.º. Consequentemente, nos termos do artigo 436.º do Código do Trabalho, o empregador deve ser condenado a indemnizar o trabalhador *ou* a reintegrar o trabalhador, se este assim optar.⁶²

Isto sem embargo da indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais, a calcular nos termos gerais do direito civil, causados pelo acto ilícito de discriminação e de despedimento sem justa causa.

Conclusão:

1. Caso se prove que o médico violou o dever de sigilo, este está sujeito à responsabilidade penal, pelo crime de *violação de segredo* (artigo 195.º do Código Penal), a *responsabilidade disciplinar* e a *responsabilidade civil*.
2. A entidade patronal terá violado o artigo 23.º do Código do Trabalho ao discriminar o trabalhador em virtude da sua “doença crónica”.
 - a. Destarte, o despedimento é ilícito, o que confere *direito a indemnização ou direito à reintegração* do trabalhador

⁶² Cfr. Pedro ROMANO MARTINEZ *et. al.*, *Código do Trabalho Anotado*, p. 697.

- b. Por outro lado, o acto de discriminação pode ser sancionado com uma coima (contra-ordenação muito grave) e dá lugar a uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais nos termos gerais.

O estudo deste caso merece-me ainda a consideração das seguintes *Recomendações*:

- À semelhança do que acontece com os testes genéticos no âmbito da relação laboral,⁶³ também os testes de VIH deveriam ser levados a cabo por uma *agência independente*.
- Uma comissão médico-legal deveria elaborar uma lista dos casos em que é admissível a solicitação de exames ao VIH em ambiente laboral.

⁶³ Cfr. n.º 5 do art. 13.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro. Sobre esta lei vide João LEAL AMADO, “Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro,” *Questões Laborais*, 25, Ano XII, 2005, pp. 111-120.