



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O trabalhador seropositivo
Discriminação e outras questões jurídico-laborais

Catarina Carvalho Oliveira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O trabalhador seropositivo
Discriminação e outras questões jurídico-laborais

Catarina Carvalho Oliveira

Orientador: Professora Doutora Milena Rouxinol

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2020

Agradecimentos

Aos meus pais por todo o amor incondicional e por serem o meu mais sólido suporte.

Aos meus amigos pela compreensão e apoio em todos os momentos.

À Professora Doutora Milena Rouxinol pelo papel fulcral que teve nas várias fases do meu percurso académico, por todo o acompanhamento e dedicação e, em especial, por fazer brotar em mim o gosto pelo Direito do Trabalho.

Resumo/Abstract

A presente dissertação visa analisar o problema da discriminação do trabalhador seropositivo e refletir sobre o impacto da infecção pelo VIH nos direitos fundamentais do seu portador, mormente no seu direito à reserva da intimidade da vida privada.

Para o efeito, estudaremos se, como e em que medida o quadro normativo internacional, europeu e nacional protege o infetado pelo VIH contra práticas discriminatórias no domínio laboral, procurando ainda dar resposta à questão de saber se a patologia se pode reconduzir ao conceito de deficiência à luz da Diretiva 2000/78.

Por fim, iremos centrar-nos no médico cirurgião seropositivo, discutindo se e em que condições pode este continuar a exercer a profissão médica.

Palavras-chave: VIH/SIDA; discriminação; deficiência; direito à reserva da intimidade da vida privada; médico cirurgião seropositivo

This master's thesis aims to analyze the major problem of HIV-positive workers' discrimination and to reflect on the impact that being infected may have on fundamental rights, in particular on the right to privacy.

For this purpose, we will study how and to what extent the International, European and National legal framework protect HIV infected workers against discriminatory practices and analyze whether the infection can be considered as a disability under Directive 2000/78.

Finally, we will focus our attention on the HIV-positive surgeon and discuss if and under what conditions he/she is able to continue medical practice.

Key words: HIV/AIDS; discrimination; disability; right to privacy; HIV-positive surgeon

Índice

1. Introdução	10
2. O VIH/SIDA — impacto da patologia no exercício da prestação laboral	11
3. O princípio da igualdade e a proibição da discriminação em razão da seropositividade	13
3.1. No Direito Internacional	14
3.2. No Direito Europeu	15
3.2.1. No Conselho da Europa	15
3.2.2. No Direito da União Europeia	17
3.2.2.1. No Direito Originário	17
3.2.2.2. No Direito Derivado	19
3.2.2.3. Integração do VIH/SIDA no conceito de <i>deficiência</i> para efeitos da tutela antidiscriminatória da Diretiva 2000/78	20
3.3. No Direito Interno	25
4. A tutela do trabalhador seropositivo contra práticas discriminatórias	26
4.1. O <i>direito à opacidade serológica</i>	26
4.2. Limites ao <i>direito à opacidade serológica</i>	29
4.3. A seropositividade no exercício de funções de risco <i>qualificado</i> de contágio, <i>maxime</i> na prática médico-cirúrgica	32
5. Conclusão	40
6. Bibliografia	42

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL —	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AA.VV. —	Autores Vários
Ac. —	Acórdão
AG —	Advogado Geral
AIDS —	Acquired Immunodeficiency Syndrome
al. —	alínea
AMM —	Associação Médica Mundial
APODIT —	Associação Portuguesa de Direito do Trabalho
art. —	artigo
BFD —	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ —	Boletim do Ministério da Justiça
CC —	Código Civil
CDFUE —	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CDPD —	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CEDH —	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEDS —	Comité Europeu dos Direitos Sociais
Cf. —	Confrontar/Conferir
CNECV —	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
coord. —	coordenação
CP —	Código Penal
CRP —	Constituição da República Portuguesa
CSE —	Carta Social Europeia
CSER —	Carta Social Europeia Revista
CT —	Código do Trabalho

CT03 —	Código do Trabalho de 2003
DR —	Diário da República
DUDH —	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ed. —	edição
EM —	Estado-membro
EU —	European Union
EUA —	Estados Unidos da América
HIV —	Human Immunodeficiency Virus
n.º —	número
n.ºs —	números
OIT —	Organização Internacional do Trabalho
OM —	Ordem dos Médicos
OMS —	Organização Mundial de Saúde
<i>op. cit.</i> —	obra citada
<i>op. ult. cit.</i> —	última obra citada
PDT —	Prontuário de Direito do Trabalho
PIDCP —	Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos
PIDESC —	Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos Sociais e Culturais
Proc. —	Processo
Prof. —	Professor
Profs. —	Professores
QL —	Questões Laborais
RAMB —	Revista da Associação Médica Brasileira
RDP —	Revista de Direito Público
rev. —	revista

RLJ —	Revista de Legislação e de Jurisprudência
RMP —	Revista do Ministério Público
SIDA —	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ss. —	seguintes
STJ —	Supremo Tribunal de Justiça
TC —	Tribunal Constitucional
TCE —	Tratado da Comunidade Europeia
TEDH —	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE —	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ —	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL —	Tribunal da Relação de Lisboa
TUE —	Tratado da União Europeia
UE —	União Europeia
v. —	ver
VIH —	Vírus da Imunodeficiência Humana
Vol. —	Volume
vs. —	<i>versus</i>
WHO —	World Health Organization

1. Introdução

Com a presente dissertação propomo-nos estudar o problema da discriminação do trabalhador infetado pelo VIH no domínio juslaboral, cumprindo-nos analisar se, como e em que medida podem ser atingidos os direitos fundamentais do infetado — mormente o direito à reserva da intimidade da vida privada — em virtude da sua seropositividade, quando em confronto com outros direitos fundamentais — *maxime* o direito à saúde — daqueles com quem contacta no exercício da prestação laboral.

Assim, num primeiro momento caracterizaremos a patologia, referindo as vias através das quais opera a transmissão do vírus, o quadro sintomatológico inerente a cada um dos estágios da doença e o seu reflexo na (in)capacidade do trabalhador para desempenhar a sua atividade, consoante a natureza da mesma.

De seguida, debruçar-nos-emos sobre o princípio da igualdade e da não discriminação, analisando de um ponto de vista holístico se e como é que a proibição de atos discriminatórios em razão da seropositividade é assegurada pelos vários níveis de jurisdição, a saber, pelo Direito Internacional, pelo Direito Europeu e pelo ordenamento jurídico nacional. Ademais, dissecaremos a questão controversa de saber se é possível subsumir a seropositividade ao conceito de deficiência à luz da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27/11/2000 (doravante Diretiva 2000/78 ou Diretiva), bem como o impacto que uma resposta afirmativa tem, entre nós, na proteção do trabalhador portador de VIH.

Feito o enquadramento jurídico-formal, centrar-nos-emos no estudo do *direito à opacidade serológica* como garante do desiderato antidiscriminatório do trabalhador, analisando os direitos fundamentais constitucional e infraconstitucionalmente protegidos com aquele conexas e os mecanismos consagrados pelo legislador português para a sua proteção. Ademais, examinaremos em que circunstâncias e em que medida podem estes direitos ser comprimidos e ainda quais os deveres que nascem na esfera quer do empregador, quer do trabalhador seropositivo nos casos em que as funções que exerce comportam um risco qualificado de contágio.

Por fim, centrando-nos no cirurgião seropositivo, analisaremos a possibilidade de este continuar a exercer as suas funções habituais e as repercussões que se verificam na relação laboral caso se advogue pela impossibilidade.

2. O VIH/SIDA — impacto da patologia no exercício da prestação laboral

A infeção pelo VIH traduz-se na presença no organismo humano de um vírus que se revela num ataque ao sistema imunitário, debilitando os mecanismos de defesa do seu portador, tornando-o propenso a um conjunto de infeções de natureza vária e proliferação de tumores, cuja ocorrência determina o momento em que padecerá de SIDA.

A afirmação da SIDA como um fenómeno pandémico resulta diretamente da eficiência com que opera o contágio do vírus. Com efeito, tendo sido encontrado em diversos fluidos corporais — sangue, esperma, secreções vaginais e leite materno — são identificadas como principais formas de transmissão do vírus: a via sexual, o contacto com sangue e demais líquidos orgânicos e a via fetal.

Ademais, o VIH trata-se de uma patologia peculiar, na medida em que comporta duas fases distintas. Um primeiro momento, que pode subsistir entre dois a quinze anos, no qual o portador do vírus não apresenta qualquer sintoma associado — fase assintomática — e um segundo momento em que é notória a debilidade do seu sistema imunitário, revelando sintomas como a inflamação dos gânglios linfáticos, infeções bacterianas frequentes, estando ainda mais suscetível a doenças oncológicas como o sarcoma de *Kopsi* e o carcinoma invasivo do colo do útero — fase sintomática¹. O quadro clínico e sintomatológico é mais ou menos grave consoante o momento do diagnóstico e o tipo de tratamento a que o infetado é submetido. Note-se que, imediatamente a seguir ao contágio inicia-se um “período de janela” de duração variável, entre duas a oito semanas, no qual a presença de anticorpos ao VIH não é detetada nos exames serológicos, muito embora a infeção exista e a possibilidade de transmissão seja real.

Apesar de ser considerada como um dos maiores problemas de saúde pública mundial, nos dias de hoje a infeção pelo VIH² já não é encarada como uma *sentença de morte*³, deixando de pertencer à categoria de patologias infecciosas fatais para ser

¹ Para mais informação sobre as formas transmissão e de manifestação do VIH/SIDA vide PAIXÃO, M./PÁDUA, E., “Transmissão da infeção por VIH”, in *Manual sobre SIDA*, Permanyer Portugal, Lisboa, 2009, 3.^a ed., 109-116.

² Segundo dados recentes da OMS, no final de 2018 existiam aproximadamente 37,9 milhões de pessoas infetadas pelo VIH. Cf. OMS, *HIV/AIDS — Key Facts*, 15/11/2019, (v. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>).

³ Até ao presente existem dois casos de pacientes infetados pelo VIH — comumente designados como *paciente de Berlim* e *paciente de Londres* e conhecidos respetivamente em 2011 e 2019 — que, após o transplante de células estaminais de doadores com um gene resistente ao VIH (CCR5) conjugado com radioterapia e quimioterapia, deixaram de ter a infeção ativa sem a toma de medicamentos antirretrovirais. De acordo com GUPTA, R., *et alii*, “Evidence for HIV-1 cure after CCR5Δ32/Δ32 allogeneic haemopoietic stem-cell transplantation 30 months post analytical treatment interruption: a case report”, *The Lancet HIV*,

pacificamente entendida pela comunidade jurídica e científica como uma doença crónica⁴, porquanto, dependendo do estágio em que a doença for diagnosticada, o portador do vírus consegue viver por um longo período de tempo com qualidade de vida, submetendo-se aos tratamentos antirretrovirais adequados⁵.

A condição de seropositivo assintomático, em regra, não importa uma diminuição das condições físicas, pelo que, na generalidade dos casos, a infeção neste estágio não tem consequências na capacidade do portador realizar eficientemente a prestação laboral. Por seu turno, no trabalhador com SIDA verificar-se-ão períodos de redução ou mesmo incapacidade para o trabalho, convocando-se, por conseguinte, o regime jurídico das faltas ou da suspensão do vínculo e, em *ultima ratio*, a extinção do mesmo, estando em causa o conceito clínico de doença.

Porém, caso o trabalhador assintomático exerça funções que comportam um risco relevante de contágio do vírus, verifica-se uma inaptidão legal para a execução da prestação laboral, dado que a impossibilidade de prestar trabalho se traduz no facto de o empregador não poder desenvolver a sua atividade em conformidade com os imperativos da ordem jurídica respeitantes à tutela da segurança e saúde dos trabalhadores e de terceiros⁶.

2020, 340 (v. [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanhiv/PIIS2352-3018\(20\)30069-2.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanhiv/PIIS2352-3018(20)30069-2.pdf)), no dia 04/03/2020 a infeção pelo VIH no *paciente de Londres* encontrava-se há 30 meses em remissão, não tendo sido detetados vestígios do vírus em amostras de sangue líquido cefalorraquidiano, sémen, tecido intestinal e linfoide. Porém, os cientistas advertem para o facto de que, dada a agressividade do tratamento, a sua realização não é viável em doentes não oncológicos, pelo que não será acessível a todos infetados. No entanto, o avanço médico-científico feito nesta área em virtude do sucesso tratamento adotado em ambos os pacientes, poderá ser um indício de que a cura para o VIH poderá passar pela terapia genética.

⁴ A este propósito NEGRÃO, M., “O Direito ao sigilo e a infeção VIH/SIDA no ambiente hospitalar”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 8, n.º 16, 26, afirmando o VIH/SIDA como uma doença crónica, destaca a forma de transmissão do vírus e o tempo que pode levar a manifestar-se, como elementos que configuram o seu carácter distintivo em relação às demais doenças infetocontagiosas.

⁵ Evidenciando a alteração de paradigma quanto à esperança média de vida com qualidade do portador de VIH, GAZZARD, B./S.JONES, R., “From death to life: two decades of progress in HIV therapy”, in *HIV/AIDS in Europe Moving from death sentence to chronic disease management*, WHO Regional Office for Europe, Denmark, 2006, 111, destacam a importância dos tratamentos desenvolvidos para que se deixasse de ambicionar apenas o tratamento das doenças oportunistas potenciadas pelo vírus, mas também da própria infeção. De notar que o nome da publicação da OMS é elucidativo quanto ao entendimento da mesma quanto à qualificação do VIH como uma doença crónica.

⁶ Neste sentido, VICENTE, J./ROUXINOL, M., “Entre o Direito à saúde e o direito a estar doente — comentário ao Acórdão do TRL, de 29 de Maio de 2007”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 5, n.º 10, 183.

3. O princípio da igualdade e a proibição da discriminação em razão da seropositividade

O princípio da igualdade e da não discriminação tem vindo a afirmar-se como um dos princípios basilares na proteção dos direitos humanos. Partindo da premissa de que todos somos diferentes, proíbe-se o tratamento diferenciado de pessoas ou situações em razão de um determinado fator que nunca poderia justificar esta diferença de tratamento. O problema central coloca-se não tanto no ato de diferenciar, mas no seu fundamento⁷.

Por regra o VIH/SIDA não aparece como um fator proibido de discriminação autónomo nos instrumentos jurídicos⁸ nacionais, europeus⁹ e internacionais. De facto, apenas excepcionalmente alguns países em que a epidemia se faz sentir de forma mais evidente incluem a infeção por VIH como um motivo específico protegido na legislação relativa à igualdade e à não discriminação. Refira-se, na Costa Rica, a *Ley General sobre el VIH/SIDA* (Lei n.º 7771, de 29/04/1998) e em Moçambique, a Lei n.º 5/2002, de 05/02.

De forma a suportar juridicamente a proibição da discriminação em razão da seropositividade, poderá apelar-se àqueles instrumentos internacionais, europeus e nacionais que consagram genericamente a proibição da discriminação, apresentando uma lista aberta de fatores proibidos de discriminação. Note-se que, pese embora a maioria destes instrumentos tenha sido criada numa altura em que a epidemia da SIDA era desconhecida, acompanhando a evolução dos tempos, têm sido interpretados, em algumas ocasiões, no sentido de proteger os portadores de VIH de condutas discriminatórias.

⁷ MESTRE, B., “Sobre o conceito de discriminação — uma perspectiva contextual e comparada”, in *Direito e Justiça — Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, 381.

⁸ A este propósito COLAÇO, A., “O infectado de VIH: a aguardar cidadania plena em sede laboral (resenha jurisprudencial; pistas para uma solução jurídica)”, *RMP*, ano 24, n.º 93, 103, alerta para a necessidade de a lei dar uma resposta clara dirigida ao problema do VIH no âmbito laboral.

⁹ Não se negam, porém, os esforços envidados pela UE para a proteção do portador de VIH contra práticas discriminatórias. Veja-se, por exemplo, a *Dublin Declaration on Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia* criada na Conferência Ministerial a 23 e 24/02/2004 denominada “*Breaking the Barriers – Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia*” ou a *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Combating HIV/AIDS in the European Union and neighbouring countries, 2009-2013*, de 26/10/2009.

3.1.No Direito Internacional ¹⁰

No Direito Internacional são vários os instrumentos normativos de relevo que albergam o princípio da igualdade e proibem a discriminação, a saber, designadamente, a DUDH, o PIDCP, o PIDESC e a CDPD. Muito embora estes diplomas internacionais não consagrem expressamente o VIH/SIDA como um fator proibido de discriminação, o cidadão seropositivo inclui-se na sua esteira de proteção. De facto, a Comissão dos Direitos Humanos (atual Conselho dos Direitos Humanos) das Nações Unidas já se pronunciou neste sentido ao interpretar a expressão “outra situação” em razão da qual são proibidas condutas discriminatórias, presente em vários diplomas internacionais sobre os direitos humanos, como incluindo o VIH/SIDA¹¹. Assim, é fortalecida a proteção dos portadores do vírus, conferindo-se uma maior abertura aos tribunais dos Estados que ratificaram aqueles diplomas para abordarem a discriminação em razão do VIH/SIDA mesmo não estando este previsto nos ordenamentos jurídicos nacionais como um fator *suspeito* de discriminação¹².

¹⁰ Entre nós, na esteira do art. 8.º/2 CRP, vigora o sistema da *recepção automática* das Convenções Internacionais na ordem jurídica interna que, após ratificadas pelo Estado Português e publicadas no DR, passam a fazer parte da mesma, sem necessidade de transposição das seus normativos para a lei ordinária. Neste sentido, *vide* MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 19.ª ed., 81-82. Como bem afirma CARVALHO, C., “A adaptabilidade e o Banco de horas à luz do Direito Europeu e internacional”, in RAMALHO, M./MOREIRA, T. (coord.), *Estudos APODIT: Tempos de Trabalho e Tempos de Não trabalho — O Regime Nacional do Tempo de Trabalho à luz do Direito Europeu e Internacional*, AAFDL, Lisboa, 2018, 92, cumpre ao julgador fazer um *controlo da convencionalidade*, assegurando uma interpretação dos dispositivos nacionais em conformidade com o preceituado nas Convenções ratificadas, bem como afastando-os quando sejam contrários às normas internacionais, que, por serem suficientemente claras e precisas podem ser aplicadas diretamente na resolução de litígios. As considerações ora tecidas valem *infra* para o ponto 3.2.1, quanto às fontes emanadas pelo Conselho da Europa.

¹¹ Cf. Resolução n.º 1995/44, de 03/03 ou Resolução n.º 2005/84, de 21/04. Para esta e mais informação sobre as fontes internacionais relevantes para o nosso tema *vide* a publicação da OIT, *VIH e Sida e direito do trabalho: um manual para juízes e profissionais da área jurídica*, Genebra, 2013, 13-58 (v. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666282.pdf).

¹² MCTIGUE, P., “The disorganised nature of European Disability: Rethinking protection for HIV positive individuals”, *CELTS Online Paper Series*, Vol. 3, 2014, 3 (v. http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/8408/1/PubSub4501_McTigue.pdf), quando discorre sobre a falta de proteção específica nos instrumentos jurídicos europeus conferida ao portador de VIH/SIDA, afirma em tom crítico que tal lacuna dá liberdade aos EM para decidirem se pretendem ou não proteger os cidadãos seropositivos contra condutas discriminatórias em razão da infeção. Acompanhando CARVALHO, R., “A infeção por VIH/SIDA como Deficiência na Aceção da Diretiva 2000/78/CE — Realidade ou Mera Possibilidade — Breve Análise do Problema à Luz da Evolução da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”, *RDP*, ano 9, n.º 18, 124 (nota 14), entendemos que, muito embora seja legítima a preocupação do autor inglês — de facto, de acordo com o panorama legislativo e jurisprudencial atual, os EM têm uma ampla margem para decidir se pretendem consagrar nos seus instrumentos jurídicos internos a proteção em concreto do infetado por VIH em virtude dessa condição — o que é certo é que essa liberdade nunca se poderá saldar na total desproteção do cidadão seropositivo, sob pena se atentar contra a dignidade humana, cujo respeito se impõe.

Para além das fontes genéricas mencionadas, no âmbito do Direito Internacional juslaboral, assume especial relevância a produção normativa da OIT sob forma de Convenções e Recomendações, muito embora apenas as primeiras tenham força vinculativa para os Estados que as ratificam, sendo as segundas um auxílio para sua compreensão e interpretação. Refiram-se como relevantes para o nosso tema a Convenção n.º 111 sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, a Convenção n.º 155 sobre segurança e saúde dos trabalhadores e a Convenção n.º 159 sobre a readaptação profissional e o emprego dos portadores de deficiência, todas ratificadas por Portugal.

Destaca-se ainda a Recomendação n.º 200 como o primeiro instrumento internacional a prever a proteção dos portadores de VIH/SIDA em contexto laboral. O diploma baseia-se nos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e adverte, designadamente, para a necessidade da adoção de medidas de combate à discriminação no acesso ou exercício da profissão e na manutenção do vínculo em razão do estatuto real ou presumido de infetado.

A propósito da repercussão da seropositividade na relação laboral em matéria de igualdade e não discriminação, refira-se um princípio basilar explicitado na Declaração conjunta da OMS com a OIT sobre a SIDA e local de trabalho: *os portadores de VIH assintomáticos devem ser tratados como qualquer outro trabalhador e os sintomáticos como qualquer outro trabalhador doente*¹³.

3.2. No Direito Europeu

3.2.1. No Conselho da Europa

Sob o impulso do Conselho da Europa destacamos a CEDH¹⁴ que no seu art. 14.º sob a epígrafe “Proibição da discriminação”, consagrando uma cláusula antidiscriminatória aberta, permite a inclusão do portador de VIH no seu escopo de proteção ao prever uma lista exemplificativa de fatores proibidos de discriminação, reforçando a tutela *in fine*, proibindo a discriminação qualquer que seja o elemento

¹³ Cf. *Principes et éléments sur le SIDA et le lieu de travail tenue à Genève du 27 au 29 juin par l'Organisation Mondiale de la Santé en association avec le Bureau International du Travail*. Este princípio basilar é reproduzido no nosso ordenamento jurídico no art. 85.º/1 CT.

¹⁴ Adotada em 1950, foi ratificada por Portugal em 1978.

diferenciador do indivíduo¹⁵. Neste sentido, pronunciou-se o TEDH¹⁶ no caso *Novruk e outros vs. Rússia*¹⁷, afirmando que a discriminação em razão do estado de saúde, em especial a infeção pelo VIH, estava coberta pela tutela do art. 14.º, reconduzindo-se ao conceito de “outra situação”.

Destacamos ainda a CSER¹⁸ como diploma do Conselho da Europa complementar à CEDH¹⁹ que, enfatizando e protegendo mormente os direitos sociais²⁰, garante a todos, “sem qualquer distinção baseada, nomeadamente, na raça, na cor, no sexo, na língua, na religião, nas opiniões políticas, ou em quaisquer outras opiniões, na ascendência nacional ou na origem social, na saúde, na pertença a uma minoria nacional, no nascimento ou em qualquer outra situação”²¹, um conjunto de direitos basilares, demonstrando uma especial preocupação nomeadamente com os portadores de deficiência²².

Face ao exposto, pelas mesmas razões aduzidas *supra* quanto à CEDH, a amplitude com que é consagrada a proibição de condutas discriminatórias na CSER garante ao trabalhador portador de VIH proteção bastante, não podendo a seropositividade ser

¹⁵ Referindo-se a esta norma LOPES, D., “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação”, *Julgar*, n.º 14, 2011, 49, afirma que “O que se pretende, enfim, é evitar que a igualdade seja afirmada, ao passo que a discriminação — a forma mais infame de desigualdade — continue a ser praticada.”

¹⁶ O TEDH é o órgão jurisdicional autónomo responsável pela fiscalização do cumprimento, implementação e interpretação da CEDH.

¹⁷ Cf. Ac. do TEDH, de 15/03/2016, Recursos n.º 31039/11, 48511/11, 76810/12, § 91. Veja-se no mesmo sentido o Ac. do TEDH, de 10/03/2011, Recurso n.º 2700/10 ou Ac. do TEDH, de 03/10/2013, Recurso n.º 552/10.

¹⁸ Adotada em Turim em 1961, em 1996 a CSE apresenta-se na sua versão revista (CSER), tendo esta última sido ratificada por Portugal em 2002. Segundo ALVES, F., “Compreender a Carta Social Europeia Revista: convenções internacionais e os seus efeitos nas ordens jurídicas nacionais”, *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, n.º 7, 2017, 19, a CSER trata-se de uma versão “mais musculada” da CSE.

¹⁹ Referindo-se às críticas tecidas à CSE por ter ficado aquém da CEDH em termos de efetividade de aplicação e de fiscalização do seu cumprimento *vide* AKANDJI-KOMBE, J., “Charte Sociale Européenne et Convention Européenne des droits de l’Homme:quelles perspectives pourles 10 prochains?”, in AA.VV. (coord. SCHUTTER, O.), *The European Social Charter: a social Constitution for Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 148. Já CHURCHILL, R./KHALIQ, U., “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?”, *European journal of international law*, n.º 3, 2004, 418, caracterizam a CSE como contraparte da CEDH no domínio dos direitos sociais e económicos.

²⁰ De facto, para SCHWARZ, R. “A concretização dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais: alguns elementos para um pensar e um agir garantistas e democráticos”, *Julgar Online*, 2015, 8, (v. <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Direitos-sociais-como-direitos-humanos-fundamentais-Rodrigo-Schwarz.pdf>) é *mister* a proteção dos direitos sociais, exaltando-se a indivisibilidade e igual importância de todos os direitos.

²¹ Cf. Parte V (E).

²² A implementação e monitorização do cumprimento da CSER e a interpretação dos seus normativos cumpre ao CEDS através dos sistemas de relatórios e de reclamações coletivas. A este propósito, COSTA, A., “O arrojado do Comité Europeu dos Direitos Sociais na tutela da segurança e saúde no trabalho”, *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, n.º 7, 2017, 247 (nota 7), realça o facto de o mecanismo dos relatórios ter uma dimensão pedagógica para os Estados, prevenindo o recurso a mecanismos sancionatórios.

fundamento de restrição de direitos por ela conferidos, designadamente, no domínio laboral.

3.2.2. No Direito da União Europeia

3.2.2.1. No Direito Originário

Num momento inicial a preocupação com a igualdade e a proibição da discriminação surge como uma necessidade para alcançar o bom funcionamento do mercado comum e não como um direito fundamental de todos os indivíduos. Com um objetivo vincadamente económico, o Tratado de Roma proíbe a discriminação (apenas) em razão da nacionalidade e garante a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, acreditando o legislador europeu que os direitos fundamentais estariam suficientemente protegidos através das soluções domésticas previstas, nomeadamente, nas Constituições dos Estados.

Porém, com a evolução das comunidades e da jurisprudência do TJ, conclui-se que só com a tutela efetiva dos direitos fundamentais, entre os quais o direito à igualdade e à não discriminação, se iria lograr alcançar uma União de Direito e garantir qualidade de vida aos sujeitos que a integram. Com o Tratado de Amesterdão deu-se o maior salto em matéria de igualdade e não discriminação, superando-se a exclusiva finalidade económica da consagração deste princípio, assegurando-se a sua proteção a todos os níveis pelas políticas comunitárias. Assim, foi consagrada uma cláusula geral antidiscriminatória (art. 13.º TCE, atual art. 19.º TFUE)²³, sendo o Conselho autorizado a adotar medidas para combater as várias formas de discriminação em razão de um conjunto restrito de fatores, entre os quais não consta, porém, a infeção pelo VIH/SIDA.

Igual reflexo da tutela antidiscriminatória europeia é o art. 2.º TUE, no qual a igualdade aparece como um valor basilar para uma sociedade europeia “caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”. Ademais, o art. 3.º/3 TUE fixa como um dos grandes objetivos da UE o combate à discriminação, concluindo-se no art. 9.º TUE que “em todas as suas atividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos”. De resto, também

²³ Consagrando um *numerus clausus* de fatores em razão dos quais se proíbem condutas discriminatórias, prevê o n.º 1 do art.19.º TFUE como critérios *suspeitos* de discriminação o sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

o TFUE dispõe que na definição e execução das suas políticas a UE deverá combater a discriminação, contudo, em razão de um conjunto limitado de fatores (art. 10.º).

De grande relevo neste domínio, destaque-se ainda a CDFUE que, adotada em 2000, com o Tratado de Lisboa, em 2009, adquiriu força vinculativa, passando-lhe a ser reconhecido o mesmo valor jurídico dos Tratados (art. 6.º/1 TUE)²⁴. A CDFUE dedica o seu Capítulo III por inteiro ao princípio da igualdade, sendo o instrumento que mais amplamente protege os cidadãos contra condutas discriminatórias, elencando exemplificativamente no art. 21.º/1²⁵ um conjunto de fatores em razão dos quais aquelas são proibidas, permitindo, deste modo, que sejam abrangidos pelo seu escopo de proteção os trabalhadores seropositivos²⁶. Porém, o contributo para o desiderato antidiscriminatório que este instrumento potencialmente pode importar é em larga medida posto em causa pela própria limitação ao seu campo de aplicação consagrada no art. 51.º, do qual resulta a mera eficácia vertical do diploma, não podendo, à luz da sua letra, os direitos por este consagrados ser invocados no âmbito de uma relação entre particulares (como é a relação laboral).

Assim, bem se compreendem as críticas ao campo restrito de aplicação da CDFUE que, de resto, é motivo de discussão na doutrina²⁷. Como bem afirma SOFIA PAIS, “afirmar que a Carta só tem efeitos verticais tende a esquecer que hoje se esbate, cada vez mais, a distinção entre a esfera pública e a privada e que a proteção dos direitos fundamentais assume um relevo crescente nas relações que se estabelecem entre os particulares.”²⁸

²⁴ Note-se que, como relembra LOPES, D., “Principais Contributos da União Europeia em Matéria de Não Discriminação”, *Debater a Europa*, n.º 4, 2011, 38, mesmo antes do Tratado de Lisboa, a CDFUE já era utilizada pelo TJ como um critério indispensável para a interpretação e concretização do Direito da UE.

²⁵ BARRERO ORTEGA, A., “Artículo 21. No discriminación”, in AA.VV., *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blach, Valencia, 2019, 649-651, afirma que a consagração em preceitos distintos do direito à igualdade e da proibição da discriminação clarifica que o desiderato antidiscriminatório tem uma relevância autónoma, específica e concreta, concluindo que nem toda violação do direito da igualdade constitui um ato discriminatório, mas que toda a violação da proibição da discriminação é uma ofensa ao princípio da igualdade.

²⁶ CANOTILHO, M./SILVEIRA, A., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, 262, caracterizam o princípio da não discriminação de forma tripartida como um valor absoluto, um direito subjetivo e uma técnica jurídica relativa.

²⁷ FRANTZIOU, E., “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, *European Law Journal*, Vol. 21, 2015, 13 (v. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/eulj.12137>), afirma que as objeções à eficácia horizontal da CDFUE baseadas no teor do art. 51.º são frágeis, porquanto, por um lado, a norma não exclui expressamente essa possibilidade e, por outro lado, uma interpretação restritiva do preceito é pouco compatível com jurisprudência do TJ quanto à aplicação horizontal das normas dos Tratados que dispõem sobre direitos fundamentais.

²⁸ PAIS, S., *Estudos de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2017, 161.

Ora, parece que se vislumbra uma alteração de paradigma neste domínio quando nos Acórdãos *Cresco Investigation* e *Egenberger*²⁹, estando em causa uma relação entre privados, o TJ pugna pelo afastamento da aplicação de normas nacionais que não permitam assegurar de forma plena e efetiva as disposições do art. 21.º da CDFUE, contribuindo, deste modo, para a defensabilidade do efeito direto horizontal do diploma³⁰. De facto, permitir a aplicação *inter cives* da CDFUE assume um relevo significativo na tutela do trabalhador seropositivo, dado que aquela se diferencia quer do direito originário, quer do direito derivado, porquanto ambos os quadros normativos são taxativos no elenco dos fatores proibidos de discriminação e deles não consta a seropositividade. Assim, admitindo-se a sua eficácia horizontal, está o trabalhador legitimado a invocar as disposições da CDFUE, impondo-se ao julgador a desaplicação das normas nacionais que lhe sejam contrárias.

3.2.2.2. No Direito Derivado

Sendo um instrumento privilegiado no domínio da igualdade e da não discriminação, entre os anos 70 e 80 foram aprovadas um conjunto de Diretivas no âmbito do Direito do Trabalho e da segurança social, com referência apenas à proibição da discriminação em razão do sexo. Mais tarde, com o destaque dado pelo Tratado de Amesterdão ao princípio da igualdade e da não discriminação, outras Diretivas surgiram nesta matéria, sendo certo que para o presente estudo cumpre analisar a Diretiva 2000/78 que aprova um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, proibindo, na conjugação dos seus arts. 1.º e 2.º, a discriminação direta e indireta em razão de um conjunto taxativo de fatores a saber, religião, idade, orientação sexual e deficiência. Este último conceito reveste importância não despreciable no âmbito do tema abordado nesta dissertação. A esse ponto nos referiremos seguidamente.

²⁹ Respetivamente, Proc. C-193/17 e Proc. C-414/16. Em matéria de direito a férias, também afirmando a eficácia horizontal das disposições da CDFUE, refira-se o Ac. *Bauer* (Proc. apensos C-569/16 e C-570/16).

³⁰ Em comentário ao Ac. *Egenberger*, ZACCARONI, G., “Egenberger, or the place of non-discrimination on the ground of religion in the EU constitutional legal order”, *University of Milan-Bicocca School of Law Research Paper Series*, n.º 18-01, 2018, 9 (v. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3296239), tentando suprir a omissão do TJ em clarificar a razão pela qual optou por aplicar a CDFUE numa situação em que esta não deveria ser aplicável, sustenta que poderá manter-se a motivação já adiantada no Ac. *Danks Industri (DI)*, isto é, que o princípio da igualdade e da não discriminação se trata de um princípio *suis generis* no seio do ordenamento jurídico comunitário que gradualmente tem vindo a ganhar autonomia.

3.2.2.3. Integração do VIH/SIDA no conceito de *deficiência* para efeitos da tutela antidiscriminatória da Diretiva 2000/78

Muito embora ainda não tenha sido abordada diretamente pelos tribunais nacionais e europeus, uma das grandes questões cuja resposta afirmativa fundamentada consubstanciará, entre nós, um marco para a proteção do trabalhador seropositivo é a de saber se é possível integrar a infeção por VIH/SIDA no conceito de *deficiência* à luz da Diretiva³¹. Isto porque, na sua esteira o incumprimento do dever de adaptação razoável por parte do empregador (art. 5.º) — isto é, a omissão de medidas que, não sendo excessivamente onerosas, permitam ao portador de deficiência aceder, exercer e progredir na sua profissão em condições de igualdade com os demais — resulta na qualificação como discriminatório de qualquer ato de desfavor contra ele praticado em virtude da sua deficiência. A proibição da discriminação em razão da deficiência está expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico, na CRP³², no CT e na Lei n.º 46/2006, de 28/08, bem como em vários instrumentos jurídicos internacionais e europeus, entre os quais a CDPD, a CDFUE, a CSE e a Convenção n.º 159 da OIT.

A ligação entre o desiderato antidiscriminatório e o dever de adaptação razoável previsto pelo Direito da UE não foi consagrada pelo legislador laboral português, não se vislumbrando qualquer conexão expressa entre os imperativos de não discriminação (art. 23.º e ss. CT) dos trabalhadores com deficiência e a obrigação de adaptação razoável a cargo do empregador em relação àqueles, positivada no art. 86.º/1 CT. Assim, dado que a Diretiva elenca taxativamente os fatores específicos que estão sob a sua tutela, apenas essa convergência de conceitos, ou seja, a subsunção da seropositividade ao conceito de deficiência, permite que a adoção de um ato de desfavor em relação ao trabalhador portador de VIH, *maxime* a extinção do vínculo³³, sem que tenha sido cumprido o dever de adaptação razoável se consubstancie num ato discriminatório. Isto porque, por força do princípio da interpretação conforme, o intérprete português está vinculado a ler e

³¹ Centramo-nos neste instrumento jurídico posto que, como *supra* melhor explicitado, os demais diplomas internacionais e europeus, ao consagrarem cláusulas antidiscriminatórias abertas, tutelam o trabalhador seropositivo.

³² *Vide* em especial quanto à proteção dos portadores de deficiência, o art. 71.º CRP.

³³ O contrato de trabalho caduca, verificando-se a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de realizar a prestação laboral (art. 343.º/1-*b*) CT). Por seu turno, poderá o empregador, servindo-se da figura do *despedimento por inaptidão* (art. 375.º/1-*a*) CT), fazer cessar o contrato do trabalhador seropositivo que se mostra inapto para exercício da atividade ao pôr em risco a segurança e saúde de terceiros ou que mostre uma redução da produtividade e qualidade do trabalho associada ou não a avarias repetidas nos equipamentos, fruto da debilidade física característica do doente com SIDA.

interpretar a lei nacional à luz da Diretiva e da jurisprudência do TJ que preveem essa forma de tutela do trabalhador portador de deficiência³⁴.

A resposta afirmativa quanto à possibilidade de subsunção da seropositividade ao conceito de deficiência não se trata de uma conquista meramente teórica, assumindo relevo prático considerável para a proteção do infetado pelo VIH, na medida em que, por um lado, reforça o desvalor associado à conduta de desfavor em relação ao mesmo adotada, designadamente através do agravamento da sanção aplicada ao ato ilícito qualificado como discriminatório e, por outro lado, permite-lhe beneficiar da aplicação das normas quanto ao encargo probatório em matéria de igualdade e não discriminação³⁵. Quanto a este último aspeto, refira-se que o legislador laboral, no art. 25.º/5 CT, consagra a *partilha* do ónus da prova da discriminação, incumbindo ao demandante alegar factos concretos e precisos que permitam afirmar *prima facie* um tratamento discriminatório e que façam gerar a presunção de que o ato de desfavor se funda ilegítima e injustificadamente num critério no qual, à luz do desiderato antidiscriminatório, nunca se poderia basear tal diferenciação. De resto, cabe ao demandado (empregador) afastar esses indícios de discriminação, alegando e provando a existência de uma causa lícita justificativa da sua conduta ou que o critério, disposição ou prática é proporcional, sendo, assim, objetivamente justificado³⁶.

Posto isto, para chegar a uma conclusão sobre a questão de saber se a infeção por VIH se poderá reconduzir ao conceito de deficiência para efeitos de proteção da Diretiva cumpre aferir se as características da patologia o permitem. A noção de deficiência não se encontra definida na Diretiva, no TUE ou na CDFUE³⁷, pelo que se deverá atender à definição proposta pela CDPD³⁸, sendo esta a definição acolhida pelo TJ³⁹. Assim,

³⁴ Vide Ac. *Chacón Navas* (Proc. C-13/05), §52 e Ac. *Jette Ring* (Proc. apensos C-335/11 e C-337/11), §66 e §67.

³⁵ Neste sentido, ROUXINOL, M., “Notas em torno do imperativo de inclusão do trabalhador portador de deficiência”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, n.º 7, 2017, 291.

³⁶ A este propósito, MOREIRA, T., “O ónus da prova em casos de discriminação”, in *Estudos de Direito do Trabalho — Igualdade e não discriminação*, Almedina, Coimbra, 2013, 116-118, critica o entendimento restrito que tem vindo a ser adotado pela jurisprudência portuguesa ao incumbir o trabalhador, além de alegar factos que façam nascer a presunção de discriminação, de invocar o fator que sustentou o tratamento discriminatório, subvertendo-se, deste modo, a benesse que se pretendeu obter para o mesmo com a previsão de uma competência partilhada em matéria de prova da discriminação.

³⁷ A propósito do conceito de deficiência MOREIRA, T., “A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, in *Estudos de Direito do Trabalho — Igualdade e não discriminação*, Almedina, Coimbra, 2013, 174, aponta como principais causas para a maioria dos instrumentos normativos não o definirem: a abstração do conceito e a evolução constante do seu conteúdo e âmbito subjetivo.

³⁸ Ratificada respetivamente por Portugal e pela UE em 2009 e 2010, a CDPD define amplamente o conceito de deficiência (art. 1.º), proibindo a discriminação em razão deste fator (art. 5.º/2).

³⁹ O TJ no Ac. *Jette Ring*, §38, adere ao conceito de deficiência tal como definido pela CDPD, demonstrando uma mudança no seu entendimento quanto ao recorte deste conceito sobre o qual já se havia

cumpra aferir se a infeção por VIH se traduz numa limitação duradoura que resulta, nomeadamente, de uma incapacidade física, mental ou psíquica, cuja interação com diferentes barreiras *impede a participação plena do trabalhador na vida profissional*, em condições de igualdade com outros trabalhadores⁴⁰.

No que concerne ao primeiro elemento constitutivo do conceito elencado — limitação duradoura —, dúvidas não há quanto ao seu preenchimento quando tratamos da infeção pelo VIH, sendo certo que, como melhor explicitado *supra*, se trata de uma doença em permanente evolução desde o momento da infeção e cujas consequências para o organismo apenas poderão ser mitigadas com os tratamentos adequados. Quanto ao demais, concordamos com J. VICENTE e M. ROUXINOL⁴¹ quando chamam a atenção para a relevância que os vários estágios da doença assumem para a qualificação do trabalhador seropositivo como trabalhador portador de deficiência para efeitos da tutela antidiscriminatória no domínio laboral. De facto, é quase inequívoco afirmá-lo na fase ativa da doença (SIDA), dado que neste estágio, não raras vezes, o portador do vírus é alvo de infeções oportunistas e demais patologias duradouras que, com alguma periodicidade, o afetam fisicamente e limitam a realização da sua prestação laboral. Ademais, o reverso da medalha dos tratamentos a que se submetem os infetados, tendo em vista o prolongamento da sua vida, são os efeitos secundários que destes derivam, traduzindo-se, eles próprios, num obstáculo à sua vida laboriosa ativa⁴².

Porém, a resposta à questão em análise mostra-se menos evidente no trabalhador portador do vírus assintomático — encontrando-se a infeção em fase de latência clínica — salvo estando em causa o exercício de funções em que existe um risco *qualificado* de contágio, sobre as quais nos debruçaremos adiante. Com efeito, muito embora o vírus permaneça em constante evolução e o seu portador seja um foco de infeção, a falta de manifestações físicas ou psíquicas da patologia dificulta a subsunção da infeção pelo VIH ao conceito de deficiência na aceção da CDPD, bem como da jurisprudência do TJ, porquanto este Tribunal adota uma posição estrita, na medida em que considera que a

pronunciado no Ac. *Chacón Navas*, não sendo indiferente a esta mudança paradigma o facto de entre os dois arestos a UE ter ratificado a CDPD.

⁴⁰ Cf. Ac. do TJ, *Jette Ring*, §41.

⁴¹ VICENTE, J./ROUXINOL, M., “Sobre a readaptação do (conceito de) trabalhador seropositivo (inadaptado?)”, in *Direito da Saúde — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Almedina, Coimbra, 2016, 152.

⁴² Alguns dos efeitos secundários dos tratamentos antirretrovirais que poderão comprometer a prestação laboral são a fadiga, náuseas e as dificuldades no sono. Sobre o tema vide U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Understanding HIV/AIDS, Fact sheets, HIV Medicines and Side Effects*, 24/10/2019, (v. <https://aidsinfo.nih.gov/understanding-hiv-aids/fact-sheets/22/63/hiv-medicines-and-side-effects>)

patologia subsumível à noção de deficiência tem de representar uma limitação para a vida profissional, permitindo, deste modo, afirmar a desigualdade entre o trabalhador doente e os seus pares saudáveis⁴³.

Ora, trata-se precisamente desta exigência o que impede a transposição para o contexto europeu da linha de raciocínio seguida, nomeadamente, no ordenamento jurídico americano no qual é bastante que a limitação física de que padece o portador de deficiência tenha impacto num certo domínio da sua vida — pessoal, social, económico — sem que seja imperativo que aquela limitação afete a sua prestação laboral⁴⁴.

Posto isto, muito embora implique algum esforço interpretativo, consideramos que será demasiado redutor e, inclusive, contrário à teleologia do desiderato antidiscriminatório europeu, afirmar que se encontra totalmente vedada a hipótese de interpretação da Diretiva no sentido de se incluir o trabalhador portador de VIH assintomático no escopo da proteção conferida pela mesma ao trabalhador portador de deficiência e, portanto, defendemos que existe uma margem relevante para que o primeiro se possa subsumir ao segundo, não havendo risco de se perfilhar de uma interpretação *contra legem*.

De modo a sustentar a nossa posição veja-se, em primeiro lugar, que o TJ não restringe o espectro de situações no domínio laboral em que tem de se manifestar a limitação, pelo que, como bem afirmam J. VICENTE e M. ROUXINOL⁴⁵, “(...) a limitação relevante para efeitos da Diretiva é aquela que afeta a vida profissional do trabalhador em geral, daí resulta que estarão em cima da mesa aspectos que não se restringem à execução concreta do trabalho (...)”. Assim, questionamos, acompanhando R. CARVALHO⁴⁶, até que

⁴³ Neste sentido *vide* VICENTE, J./ROUXINOL, M., *op. cit.*, 152-154 e CARVALHO, R., *op. cit.*, 146-148. Note-se que o TJ já concluiu que a ausência de um órgão ou uma doença prolongada que exige um tratamento contínuo não se pode subsumir ao conceito de deficiência, mesmo que importe transtorno psicológico para o doente, se não limitar o exercício da prestação laboral (Cf. Proc. C-363/12, §77-82).

⁴⁴ Nos EUA, o *Supreme Court*, no caso *Bragdon vs. Abbott*, pronunciou-se no sentido de ser possível considerar o portador de VIH assintomático como portador de deficiência à luz do *Americans with Disabilities Act* (ADA), de 1990, porquanto o conceito de deficiência deverá ser entendido como uma limitação passível de afetar uma atividade essencial da vida do ser-humano (*major life activity*), sendo inequívoco que o infetado pelo VIH padece de um limite físico a uma das mais básicas funções do Homem — a reprodução. De resto, apesar de a tónica ter sido colocada na limitação à reprodução, o Tribunal deixa em aberto a possibilidade de o VIH afetar outras atividades humanas essenciais, porém, sem as especificar. Para mais desenvolvimentos sobre este e outros casos americanos sobre o tema *vide* ZIMMER, M./SULLIVAN, C./WHITE, R., *Cases and materials on employment discrimination*, Wolters Kluwer, New York, 2013, 490-571. Ademais, GORDON, A., “End Around: HIV Discrimination in the Post-Amendments Act Workplace”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 36, 2015, 228 (v. <https://pdfs.semanticscholar.org/a8c6/aca4769ef5599cfed1b951cd9daf0f86f84a.pdf>), salienta que após a alteração ao ADA, em 2008, queda claro que o diploma visa proteger amplamente os trabalhadores infetados pelo VIH contra condutas discriminatórias.

⁴⁵ VICENTE, J./ROUXINOL, M., *op. cit.*, 156.

⁴⁶ CARVALHO, R., *op. cit.*, 146-148.

ponto é que o portador do vírus assintomático está efetivamente em condições de igualdade com os demais, em especial, a partir do momento em que o seu estatuto serológico é conhecido, dado todo o estigma que, muito embora em sentido decrescente, ainda subsiste em torno da infecção pelo VIH⁴⁷. De facto, as alterações comportamentais, mesmo inconscientes e sem qualquer intuito discriminatório, que poderão advir por parte dos colegas e do empregador em virtude daquele conhecimento são suscetíveis de transformar o local de trabalho do trabalhador seropositivo num ambiente hostil, de verdadeira tensão e consternação e, conseqüentemente, sendo uma fonte de perturbação, de ter reflexos negativos na execução da prestação laboral. Este impacto negativo poderá verificar-se ainda, a montante, no momento da seleção e contratação se, mesmo através de vias legítimas, o empregador tomar conhecimento da infecção do candidato, sendo certo que, com toda a probabilidade, este aspeto não será alheio aquando do momento da decisão⁴⁸.

Ademais, atente-se à latitude com que a própria CDPD entende o conceito de deficiência — afirmando-o como um “conceito em evolução” e reconhecendo a “diversidade das pessoas com deficiência”⁴⁹ — e à interpretação do mesmo pela jurisprudência do Comité das Nações Unidas sobre as Pessoas com Deficiência, cuja análise permite uma maior convicção quanto à possibilidade de sobreposição entre o conceito de doença e o conceito de deficiência⁵⁰. Ora, sendo a CDPD a principal fonte de referência para o TJ quanto às questões relacionadas com o conceito de deficiência, as considerações *supra* aduzidas podem ser um forte indício de que existe elevada probabilidade de o infetado pelo VIH assintomático poder vir ser considerado como portador de deficiência pelo TJ⁵¹. De resto, uma alternativa à proteção daquele será o legislador europeu prever a infecção pelo VIH como um fator *suspeito* de discriminação autónomo.

Sem prejuízo do aduzido, mesmo que não se entenda que a seropositividade assintomática se pode reconduzir ao conceito de deficiência, o portador de VIH está especialmente protegido no nosso ordenamento jurídico, sendo considerado como uma

⁴⁷ A este propósito, o AG Geelhoed, nas conclusões apresentadas ao caso *Chacón Navas*, refere que o momento do conhecimento do defeito genético é o momento decisivo a partir do qual o sujeito passa a ser um alvo privilegiado de atos discriminatórios, não querendo o empregador ou as seguradoras suportar os riscos inerentes à contratação ou à proteção através de uma apólice de seguro.

⁴⁸ Neste sentido VICENTE, J./ROUXINOL, M., *op. cit.*, 156.

⁴⁹ Cf. considerandos e) e i) da CDPD.

⁵⁰ *Vide* a decisão *Ms. S.C vs. Brazil*, de 28/10/2014.

⁵¹ No mesmo sentido CARVALHO, R., *op. cit.*, 147.

pessoa com *risco agravado de saúde* para o efeito da proteção da Lei n.º 46/2006⁵². O diploma, além de proibir condutas discriminatórias no domínio do emprego (art. 5.º/1), determina que serão assim qualificados aqueles atos de desfavor que não sejam precedidos de medidas de adaptação razoável, sempre que não padecer de uma determinada patologia se trata de um requisito determinante para o exercício da profissão (art. 5.º/3 e 4).

3.3.No Direito Interno

Entre nós, o art. 26.º/1 CRP consagra o direito à proteção contra qualquer forma de discriminação, sendo este para J. MIRANDA e R. MEDEIROS “uma expressão subjetivada do princípio da igualdade consagrado no art. 13.º”⁵³. Por seu turno, no âmbito laboral, o art. 24.º/1 CT prevê uma lista exemplificativa de fatores em razão dos quais o empregador se deve abster da prática de condutas direta ou indiretamente discriminatórias (art. 25.º/1 CT), da qual não consta o VIH/SIDA como fator *suspeito* de discriminação⁵⁴. Sem embargo, dada a amplitude da tutela concedida pelo legislador ao rejeitar um elenco fechado de critérios *suspeitos* de discriminação, o trabalhador seropositivo está protegido contra qualquer forma de discriminação em todas as fases da relação laboral⁵⁵.

De relevo para o tema que se disserta é ainda a Lei n.º 46/2006, cuja importância nos referimos no ponto anterior, para o qual ora se remete.

⁵² Assim, DIAS PEREIRA, A., “Cirurgião seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ — Revista portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 8, 111-112.

⁵³ MIRANDA, J./MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, 2ª ed. rev., 458.

⁵⁴ Entre nós, embora não tenha sido aprovado, foi apresentado a 01/12/2003 pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda o Projeto de Lei n.º 385/IX que consagrava expressamente a proibição da discriminação dos portadores de VIH/SIDA, designadamente no domínio laboral.

⁵⁵ A este propósito RODRIGUES, C., “Instrumentos Internacionais relevantes no combate à discriminação no local de trabalho em virtude da doença. Sua aplicabilidade no direito interno, com especial enfoque na Recomendação n.º 200 (OIT)”, *PDT*, 2016- I, 77, afirma existir legislação e recursos bastantes para o combate à discriminação em razão da infeção pelo VIH e pugna para que a luta seja contra o estigma e pelo garante da efetiva aplicabilidade da lei, tendo em vista a real integração no mercado de trabalho.

4. A tutela do trabalhador seropositivo contra práticas discriminatórias

4.1. O direito à opacidade serológica

Tendo como pano de fundo o explicitado no ponto anterior, dado o caráter transmissível do VIH, aliado ao facto de a sua cura ser ainda embrionária — e, para a generalidade, inacessível — e de a patologia ser, não raras vezes, conectada com a prática de atividades marginais — toxicodependência e prostituição — e/ou à homossexualidade, o certo é que o trabalhador seropositivo é um alvo privilegiado de condutas discriminatórias. Posto isto, “a incipiência do percurso rumo à aceitação da (irrelevância) da diferença ainda permite que afirmemos que esta se tolera melhor se se desconhecer.”⁵⁶

Assim, consideramos que a forma mais eficaz de neutralizar a diferença será evitar que esta seja conhecida pelos demais pelo que, acompanhando LEAL AMADO, afirmamos que o trabalhador é titular do *direito à opacidade serológica*⁵⁷, tendo, via de regra, o direito de manter o empregador e restantes colegas de trabalho na ignorância sobre o seu estatuto serológico. Com efeito, a proteção do trabalhador seropositivo contra práticas discriminatórias em razão do seu estado de saúde passa pela tutela da reserva da intimidade da vida privada, direito esse constitucional e infraconstitucionalmente protegido (art. 26.º/1 CRP e art. 80.º CC)⁵⁸ e expressamente consagrado no domínio laboral no art. 16.º CT⁵⁹. Assim, no art. 16.º/2 CT, o legislador elenca um conjunto de elementos, inclusive os respeitantes à saúde, que subsume ao conceito de intimidade da vida privada⁶⁰, não podendo o empregador aceder ou divulgar informações desta esfera do trabalhador. Como parte integrante do estado de saúde dos trabalhadores a

⁵⁶ VICENTE, J./ROUXINOL, M., “VIH/SIDA e contrato de trabalho”, in AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferreira Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 793.

⁵⁷ LEAL AMADO, J., “VIH/SIDA e proibição de discriminação dos trabalhadores: entre a “tensão para a transparência” e o “direito à opacidade”, *RLJ*, ano 139, n.º 3960, 172.

⁵⁸ A nível supranacional refira-se, em especial, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina que prevê o direito ao respeito pela vida privada no que toca a informações relacionadas com a saúde (art. 10.º).

⁵⁹ Muito embora o preceito se dirija a ambas as partes da relação contratual, compreende-se que se destine mormente à tutela do trabalhador que, inserto numa organização produtiva, se encontra sob as ordens e direção do empregador numa posição de subordinação jurídica, ficando, deste modo, a sua vida privada sujeita a maior exposição. Neste sentido, DRAY, G., “Anotação ao art. 16.º”, in ROMANO MARTINEZ, P./MONTEIRO, L./VASCONCELOS, J./BRITO, P., *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 2019, 12.ª ed., 99.

⁶⁰ Apesar de o art. 16.º/2 CT prever um catálogo exemplificativo, estão excluídos da sua tutela aqueles aspetos que, muito embora de índole pessoal, são importantes para a celebração e execução do contrato, como por exemplo, as habilitações literárias.

seropositividade faz parte da sua esfera mais íntima e reservada, a qual não deve ser, por qualquer via, devassada⁶¹.

Face ao exposto, cumpre explicitar os vários mecanismos consagrados pelo legislador laboral para o alcance do desiderato garantístico do *direito à opacidade serológica* e que, por inerência, se traduzem em mecanismos de tutela de diversos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, a saber, à dignidade da pessoa humana⁶², à não discriminação, à reserva da intimidade da vida privada e à proteção dos dados pessoais, proibindo-se a sua acessibilidade a terceiros (art. 1.º, 26.º e 35.º/4 CRP).

Com efeito, é seguro afirmar que o nosso ordenamento jurídico-laboral procura impedir o escrutínio do estatuto serológico do trabalhador. Desde logo, o art. 17.º/1-b) CT impede que o empregador exija do candidato ou trabalhador informações relativas à sua saúde, consagrando, como regra, a inviolabilidade da reserva da vida privada. Ora, sem prejuízo de maiores desenvolvimentos *infra* sobre as possíveis interrogações ao preceito em análise, saliente-se, como forma de corroborar o nosso entendimento quanto elevado nível de proteção a que estão sujeitos os dados relacionados com o estado de saúde do trabalhador, a especial preocupação e exigência prevista pelo legislador laboral quanto às circunstâncias que têm de se verificar para que se possa equacionar o conhecimento dos mesmos. De facto, muito embora o art. 16.º/2 CT subsuma os dados relativos à saúde do trabalhador à sua vida privada e o art. 17.º/1-a) CT preveja que o empregador apenas pode questionar o trabalhador quanto a aspetos da sua vida privada quando tais informações sejam “estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação”, na al. b) do art. 17.º/1 CT o legislador vai mais longe, consagrando como imperativo para tal intromissão que “particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem”⁶³. De resto, às limitações relativas aos

⁶¹ Neste sentido FRAGOSO, A., “O HIV/SIDA em Moçambique — breves considerações jurídico-laborais”, 2006, 4-5 (v. <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Fragoso-Americo-Oliveira-O-HIVSIDA-EM-MOCAMBIQUE-Breves-Consideracoes-Juridico-Laborais.pdf>).

⁶² Afirmando que a dignidade da pessoa humana, muito embora esteja subjacente a todos os direitos básicos do ser humano, no direito à intimidade se expressa de forma particularmente intensa *vide* GOÑI SEIN, J., *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los limites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, 194.

⁶³ Referindo-se ao preceito correspondente no CT03, MENEZES LEITÃO, L., “A proteção dos dados pessoais no Contrato de Trabalho”, in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 126, afirma que a autonomização prevista nos n.ºs 1 e 2 do art. 17.º se baseia na *teoria das três esferas*, dividindo-se a vida privada em esfera íntima, esfera privada e esfera pública. Para o autor, os dados sobre o estado de saúde, mas também, embora não tipificados, as convicções políticas ou os hábitos de vida tratam-se de aspetos que integram a esfera íntima, devendo ser tutelados de forma acrescida.

pedidos de informação acresce a proibição de ser solicitada a realização ou apresentação de testes de despistagem do vírus para efeitos de admissão ou permanência no emprego (art. 19.º/1 CT).

Não se olvide ainda que a assimetria característica da relação laboral potencia a ingerência por parte do empregador na esfera da vida privada do candidato ou trabalhador que, com receio de retaliações, se vê coagido a responder a questões desta índole. Com efeito, numa primeira abordagem, diríamos que é possível dirimir esta contenda chamando à colação o direito ao silêncio do candidato ou trabalhador que perante questões ilegítimas e atentatórias dos seus direitos fundamentais pode abster-se de lhes responder. Ora, como afirma LEAL AMADO⁶⁴ “*O empregador pergunta, o candidato cala, o emprego esfuma-se...*”. De facto, bem se compreende que, especialmente na fase pré-contratual, a inércia de resposta por parte do candidato possa constituir um fator decisivo para a sua não contratação, sendo dificilmente comprovável a razão que lhe vedou o acesso ao emprego⁶⁵. Neste sentido, o autor admite o “direito à mentira” do candidato e também do trabalhador perante questões ilegítimas e infundadas, nomeadamente sobre o seu estatuto serológico⁶⁶, tendo em vista a proteção do mesmo contra práticas discriminatórias, permitindo que a sua contratação não seja *à priori* comprometida, bem como que não sofra represálias no decurso da relação laboral porquanto, muito embora legitimamente, se recusou a responder⁶⁷.

⁶⁴ LEAL AMADO, J., *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 4.ª ed., 187.

⁶⁵ Alertando para a dificuldade de provar que a não contratação se deveu ao conhecimento por parte do empregador da condição de seropositividade do trabalhador *vide* MOREIRA, T., “Os direitos de personalidade nas relações de trabalho”, in LEAL AMADO, J./ROUXINOL, M./MOREIRA, T./VICENTE, J./SANTOS, C., *Direito do Trabalho — Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, 162.

⁶⁶ De facto, segundo LEAL AMADO, J., *op. ult. cit.*, 187-188, poderá o empregador, servindo-se da sua posição enquanto detentor do poder de direção e de decisão sobre inúmeros aspetos da relação laboral, de forma discreta, sem fazer uso do poder disciplinar, comprometer a posição do trabalhador que se recusa (legitimamente) a responder a uma questão intrusiva na sua vida privada. Pense-se, por exemplo, na não concessão de um prémio ou promoção ou ainda na não aprovação dos dias de férias escolhidos. Assim, defende o autor que nestes casos o “direito à mentira” extrapola a fase pré-contratual, sendo válido durante a execução do contrato. Em sentido diverso, pugnando pela existência do “direito à mentira” apenas na fase pré-contratual e já não durante a execução do contrato, na qual o trabalhador apenas poderá remeter-se ao silêncio *vide* APOSTOLIDES, S., *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008, 257 (nota 687).

⁶⁷ Note-se que este “direito à mentira” não subsiste nos casos em que as perguntas são justificadas pelas particularidades da atividade, devendo o trabalhador responder a estas com verdade, muito embora se consubstanciem numa intromissão na sua esfera íntima.

4.2.Limites ao direito à opacidade serológica

Sem prejuízo do todo o aduzido, o direito à reserva da intimidade da vida privada não é um direito absoluto, tendo de ser compatibilizado com o dever do próprio titular de não colocar em risco, com o seu comportamento, a saúde dos demais trabalhadores, dos clientes, ou do empregador⁶⁸. Neste sentido, admitem-se exceções às regras proibitivas anteriormente explicitadas quando no desempenho da sua atividade, o trabalhador exerce funções que comportam um risco *qualificado* de transmissão do vírus. Nestes casos, a proteção, mormente, do direito à saúde (art. 64.º CRP) daqueles com quem o trabalhador contacta é fundamento bastante para a restrição do seu *direito à opacidade serológica* e, comprovada a seropositividade, para o afastamento das suas funções habituais ou, em última instância, para a cessação do vínculo.

Assim, quer o art. 17.º/1-b) CT quer o art. 19.º/1 CT admitem, desde que seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação, questões sobre o estado de seropositividade, bem como a solicitação de testes de rastreio sempre que as particulares exigências da atividade o justifiquem⁶⁹. Sem embargo, tratando-se de uma intromissão na esfera mais íntima do trabalhador e, por tanto, uma restrição a um direito fundamental, apenas será legítima sob a égide do respeito dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, na esteira do art. 18.º/2 CRP⁷⁰.

No que concerne aos exames médicos, refira-se que o TC no seu Ac. n.º 368/2002, de 25/09, destaca a obrigatoriedade do médico do trabalho se cingir aos exames necessários para a concretização do fim último que é o de decidir sobre a aptidão ou inaptidão do trabalhador ou candidato a emprego para o exercício da atividade em causa. Bem se compreende esta precisão feita pelo TC, posto que, no caso da solicitação e realização de exames de despiste de certa patologia é comprimido o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador de forma ainda mais premente do que no pedido

⁶⁸ MOTA PINTO, P., “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *BFD*, Vol. LXIX, 1993, 508-509, pronunciando-se sobre o problema da tutela da *privacy*, assinala a contraposição que se pode verificar entre o interesse de cada indivíduo a manter reservados determinados aspetos da sua vida sem que ninguém lhes tenha acesso e o interesse público que, em certos casos, existe no seu conhecimento pelos demais.

⁶⁹ COLAÇO, A., *op. cit.*, 108 (nota 18), critica a redação dos preceitos equivalentes na Proposta do CT (Proposta de Lei n.º 29/IX), considerando que a amplitude das exceções admitidas compromete o principal objetivo da norma. No mesmo sentido, QUINTAS, P., *Os Direitos de Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspetiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado — Direitos (des)figurados*, Almedina, Coimbra, 2013, 284, critica a técnica legislativa nebulosa, referindo que terminologia utilizada pelo legislador ao prevalecer-se de conceitos indeterminados, atribui ao empregador a prerrogativa de avaliar e determinar se e em que medida o escopo da atividade que dirige exige que sejam prestadas informações de índole privada do trabalhador.

⁷⁰ Neste sentido pronunciou-se o TC no Ac. n.º 306/03, de 25/06.

de informações acerca do estado de saúde, e ainda o direito à integridade física, ambos direitos fundamentais que apenas podem ser restringidos na medida do permitido pelo princípio da proibição do excesso.

Note-se, porém, que quer (indiretamente) a CRP (art. 59.º/1-c)), quer a legislação ordinária (art. 281.º CT e art. 15.º da Lei n.º 102/2009, de 10/09) impõe ao empregador, sendo o detentor do domínio dos perigos subjacentes à atividade que desenvolve, que atue de forma a prevenir riscos para a saúde dos seus trabalhadores e de terceiros⁷¹, cumprindo-lhe remover todos os riscos passíveis de ser eliminados e quanto aos demais reduzi-los até ao mínimo possível⁷². No caso de o trabalhador exercer funções que comportam um risco relevante de contágio, confirmada a seropositividade, o cumprimento de tal dever traduzir-se-á na modificação do conteúdo funcional do trabalhador⁷³ ou, caso tal não seja possível, na cessação do vínculo. Tal contende, porém, com direitos fundamentais do trabalhador seropositivo, a saber, o direito ao desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e a não ser discriminado (art. 26.º CRP), o direito ao trabalho (art. 58.º CRP) — abrangendo este último o direito a ocupação efetiva compatível com as funções para as quais o profissional foi contratado — e o direito à estabilidade no emprego (art. 53.º CRP), em prol da tutela do direito à saúde e à integridade física dos demais (art. 64.º e 25.º CRP). Assim, será o juízo de proporcionalidade, razoabilidade, adequação e suficiência na restrição e tutela dos bens conflitantes que assumirá o papel limitador da ação preventiva.

Todavia, não está vedada a hipótese de o empregador, mesmo cumprindo com a sua obrigação de garante da segurança e saúde no trabalho, não conhecer, num dado momento, a inaptidão do trabalhador para o exercício das suas funções, posto que os exames de despiste do vírus, cuja a realização deve promover (art. 108.º da Lei n.º

⁷¹ Concordamos com VICENTE, J./ROUXINOL, M., *op. ult. cit.*, 811, quando afirmam que a obrigação de sujeição a testes de despiste do vírus não se justifica em nome da proteção dos interesses do próprio trabalhador, porquanto este sempre poderia realizá-los de forma autónoma e externa ao emprego. Aliás, segundo a publicação da OIT, *Recolha de directivas práticas do BIT sobre o HIV/SIDA e o mundo do trabalho*, Genebra, 2011, 24 (v. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714772.pdf), “podem ocorrer situações nas quais os trabalhadores desejem, por sua própria iniciativa, submeter-se ao teste HIV, inclusive no âmbito de programas de rastreio voluntário. Neste caso, o rastreio deve ser efectuado pelos serviços de saúde comunitários e não no local de trabalho.”

⁷² MARTINS, D., “Segurança e saúde no trabalho: breves notas introdutórias”, *PDT*, 2019- I, 348 (nota 70) adverte para o facto de muito embora o respeito pelo princípio da prevenção reduzir a probabilidade de acidentes de trabalho e de exposição a fatores de risco, o que é certo é que o esforço que comporta para o empregador tem de ser compatibilizado com o princípio da proporcionalidade.

⁷³ Neste sentido, DIAS PEREIRA, A., “Discriminação de um trabalhador portador de VIH/SIDA estudo de um caso”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 3, n.º 6, 130.

102/2009), não são diários, nem muito menos o serão as questões sobre o estatuto serológico do trabalhador. Ademais, um resultado negativo no teste serológico não significa indubitavelmente que o trabalhador não esteja infetado e não seja infetante, podendo encontrar-se no “período de janela” no qual o vírus não é detetado.

Ora, saliente-se que, não só sobre o empregador recaem deveres no domínio da segurança e saúde no trabalho. O trabalhador deve adotar uma postura zelosa e diligente, de modo a assegurar a sua segurança e velar pela sua saúde, nomeadamente, comparecendo às consultas e exames determinados pelo médico do trabalho, bem como pela saúde dos demais com quem contacta no exercício da sua profissão (art. 17.º/1-b), d) da Lei n.º 102/2009). Como notam GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, o direito à saúde consubstancia-se não só no direito à proteção da saúde do seu titular, mas também no dever jurídico do próprio de proteger a saúde dos demais, abstendo-se de condutas passíveis de a lesar, bem como, muito embora de forma mais dúbia, de afetar a sua própria saúde⁷⁴.

Posto isto, o caso do VIH é particular, na medida em que, contrariamente a outras doenças cuja transmissão opera por via aérea (gripe, tuberculose, etc.) e, por conseguinte, de forma menos controlável, a transmissão do VIH é facilmente evitável, mediante uma atitude responsável do seu portador. Assim, é *mister* a promoção da responsabilização individual do cidadão seropositivo, essa que, no domínio laboral, consideramos que se traduz em deveres de informação e de sujeição a exames de rastreio por parte dos trabalhadores que desempenham funções nas quais a possibilidade e probabilidade de transmissão do vírus é uma realidade atendível⁷⁵. Neste sentido, a doutrina⁷⁶ tem entendido que o candidato e o trabalhador⁷⁷ têm o dever de informação, revelando ao médico do trabalho a sua condição de seropositivo quando o exercício da prestação laboral importe um risco relevante de contágio do vírus, sendo tal dever um corolário do princípio da boa fé pré-contratual e contratual (art. 102.º e art. 126.º/1 CT)⁷⁸.

⁷⁴ GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V., *Constituição anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4.^a ed., 826.

⁷⁵ Neste sentido, DAUDEL, R./MONTAGNIER, L., *A SIDA*, Instituto Piaget, Lisboa, 1995, 46, 104 e 105, *Apud* NEGRÃO, M., “O Direito ao sigilo...”, *cit.*, 26.

⁷⁶ ROUXINOL, M., *A obrigação de segurança e saúde do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 251 e MOREIRA, T., *Da esfera privada do trabalhador e controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 494.

⁷⁷ Cf. art. 106.º/2 CT.

⁷⁸ Para uma definição de boa fé na relação contratual *vide* ABRANTES, J., *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 178.

Porém, mesmo nestas situações excepcionais o empregador não tem o direito de tomar conhecimento sobre o estado de saúde do trabalhador. De facto, somente o médico do trabalho tem acesso a esta informação, cumprindo-lhe comunicar ao empregador apenas a (in)aptidão do trabalhador (art. 17.º/2 CT e 19.º/3 CT), bem como, nos termos art. 110.º/2 da Lei n.º 102/2009, sendo o juízo de inaptidão, indicar, se possível, outras funções que aquele possa desempenhar. O médico está obrigado a manter segredo sobre a seropositividade do trabalhador, estando adstrito ao dever de sigilo profissional⁷⁹, sendo para o empregador apenas relevante o juízo final de (in)idoneidade profissional do trabalhador e indiferente conhecer as causas que estiverem na raiz da eventual inaptidão⁸⁰. Assim, notamos que o médico do trabalho possui uma ampla discricionariedade na avaliação e juízo sobre a possibilidade de o trabalhador ou candidato ao emprego exercer a prestação, não se lhe impondo qualquer fundamentação, e sendo aquele juízo inimpugnável⁸¹.

4.3. A seropositividade no exercício de funções de risco *qualificado* de contágio, *maxime* na prática médico-cirúrgica

Como ponto prévio, saliente-se que rejeitamos a terminologia “profissões de risco”, referindo-nos, ao invés, a funções que comportam um risco de contágio *qualificado*. Acompanhamos, deste modo, LEAL AMADO⁸² que entende o primeiro conceito como obsoleto, considerando desnecessária e demasiadamente abrangente tipificar determinadas profissões que *per se* e no seu todo representam um risco acrescido de transmissão do VIH. De facto, ao invés, dever-se-á considerar que existem atividades cujas condições em que são exercidas aumentam aquele risco, sendo exigidos cuidados acrescidos para evitar a transmissão do vírus.

⁷⁹ Cf. art. 29.º e ss. do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Anexo ao Regulamento da OM n.º 707/2016, de 21/07). Note-se que, a ficha clínica está sujeita ao segredo profissional (art. 109.º/2 da Lei n.º 102/2009) e que a violação do dever de sigilo pode consubstanciar um crime de devassa da vida privada (art. 192.º CP) e de violação de segredo (art. 195.º CP).

⁸⁰ Neste sentido, ABRANTES, J., “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2018, 147 (nota 52), critica a possibilidade consagrada no art. 17.º/3 CT03 (suprimida pela Lei n.º 7/2009, de 12/02) de o trabalhador autorizar, por escrito, o acesso por parte do empregador a informações sobre o seu estado de saúde, considerando-a atentatória dos limites do art. 18.º/2 CRP.

⁸¹ A este propósito, o TC (Ac. n.º 368/02, de 25/09) refere que, mesmo sendo o poder atribuído ao médico discricionário, não é necessário um mecanismo para impugnar a sua pronúncia, posto que, não sendo o parecer do médico vinculativo para o empregador, é este último que decide, a final, sobre a restrição de direitos ou interesses do trabalhador.

⁸² LEAL AMADO, J., “VIH/SIDA..., *cit.*”, 174.

Compreende-se este entendimento, sendo certo que, no limite, qualquer profissão pode importar risco de contágio. Pensamos, por exemplo, no caso de um trabalhador de uma fábrica ficar ferido aquando da utilização de uma ferramenta de trabalho e um outro trabalhador, com uma ferida aberta anterior, utilizar logo de seguida esse instrumento. Assim, muito embora no domínio da obrigação de proteção da segurança e saúde a cargo do empregador se venha admitir ser chamado à colação o princípio da precaução⁸³, aplicá-lo para definir profissões que importam risco de transmissão do VIH resultaria numa ampliação para lá do razoável do círculo daquelas em que é legítima a compressão de direitos fundamentais do trabalhador⁸⁴.

Aqui chegados, cumpre delimitar quais as funções que comportam um risco relevante de contágio⁸⁵ tendo como pano de fundo os conhecimentos da ciência e da medicina sobre as vias possíveis de transmissão do vírus *supra* melhor explicitadas. Este exercício delimitativo é particularmente exigente, pelo que consideramos que não basta uma mera possibilidade remota, sendo imperativa a existência de uma forte probabilidade de contágio, daí o risco ter de ser qualificado, vedando-se a possibilidade de realização de exames de despiste do VIH e mantendo-se intacta a privacidade individual nos casos em que o risco é meramente ocasional ou accidental⁸⁶. Nestes últimos, nada mais é exigível ao empregador que não seja adotar as medidas regulares de garante da segurança e saúde no exercício da atividade que detém, sendo estas, *à priori*, suficientes para obstar ao contágio⁸⁷.

⁸³ O respeito pelo princípio da precaução traduz-se na adoção de medidas de controlo de riscos incertos, cuja ocorrência ainda não se prevê com certeza e sobre os quais a ciência não apresenta dados conclusivos, mas fornece elementos que permitem identificar um fundado receio que existam.

⁸⁴ Neste sentido, advogam VICENTE, J./ROUXINOL, M., “Entre o direito..., *cit.*, 186-187.

⁸⁵ DIAS PEREIRA, A., “Discriminação de um trabalhador..., *cit.*, 135, advoga pela criação de uma comissão médico-legal responsável pela elaboração de uma lista de casos em que seria legítima a solicitação de exames ao VIH em sede laboral.

⁸⁶ De relevo para o nosso tema é o Ac. do TRL, de 29/05/2007, confirmado pelo STJ a 24/09/2008 que considerou legítima a declaração de caducidade do vínculo laboral — por impossibilidade, absoluta e definitiva de prestar trabalho — dirigida pelo empregador ao trabalhador seropositivo, na sequência do juízo de inaptidão do médico para desempenhar funções de cozinheiro num hotel. O aresto apresenta um entendimento desconforme com os conhecimentos científicos à data sobre as vias de contágio do VIH, afirmando a possibilidade de transmissão do vírus na eventualidade de haver derrame de sangue, saliva ou suor aquando da confeção dos alimentos e posterior consumo por quem tenha uma ferida ou mucosa na boca. Ademais, considerando os factos apurados, não exercendo o trabalhador funções de risco qualificado, encontramos o problema a montante de não ser legítima a solicitação de informação pelo médico do trabalho ao médico assistente sobre o estado de saúde do cozinheiro, nem a revelação pelo último da infeção pelo VIH. Esta decisão foi exaustivamente criticada pela doutrina, *vide* VICENTE, J./ROUXINOL, M., “Entre o Direito..., *cit.*, 189 e LEAL AMADO, J., “VIH/SIDA..., *cit.*, 175.

⁸⁷ Neste sentido, ROUXINOL, M., *A obrigação..., cit.*, 249-250.

Posto isto, entende-se que são os profissionais de saúde — *maxime* os médicos cirurgiões — aqueles que, contactando regularmente e não apenas excepcional ou incidentalmente com fluidos orgânicos, exercem funções que comportam um risco acrescido de contágio e, conseqüentemente, relativamente aos quais as questões e exames de deteção do VIH se afiguram legítimos e obrigatórios.

Grandes questões e inquietações surgem quando analisamos o caso do cirurgião positivo para o VIH, porquanto são as práticas médico-cirúrgicas aquelas que comportam um risco não meramente ocasional ou eventual, existindo, aquando do seu exercício uma forte probabilidade de transmissão do vírus. Isto porque, a maioria dos procedimentos cirúrgicos envolvem técnicas invasivas e a utilização de equipamentos cortantes, sendo o contacto com o sangue do paciente inerente à cirurgia, estando, assim, reunidas todas as condições para operar a transmissão da doença ou, pelo menos, para a tornar provável e não meramente possível.

Assim, no caso do cirurgião seropositivo é premente a colisão de direitos a que nos referimos no subcapítulo anterior, porquanto poderá ter de ser comprimido o seu direito a uma ocupação efetiva e coincidente com as funções para as quais foi contratado e vedada a possibilidade de progressão na carreira enquanto cirurgião, em prol do imperativo de proteção dos pacientes, evitando a exposição dos mesmos à contaminação pelo VIH aquando da cirurgia.

A este propósito, a AMM recomenda na *Declaração sobre o VIH/SIDA e a profissão médica (§18.3)*⁸⁸ que o médico seropositivo se afaste das suas competências funcionais, na medida em que a sua atividade crie risco de transmissão da doença para terceiros. Entre nós, pronunciou-se primeiramente o CNECV no seu Relatório-Parecer sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA (16/CNECV/96), afirmando que “os médicos se são seropositivos por HIV ou doentes de SIDA, pelo alto risco de transmitir a outros o vírus de HIV, através do sangue no exercício da especialidade, têm o dever de renunciar à especialidade e quedar-se por outras artes de menor risco.”⁸⁹ Posteriormente, em sentido distinto pronunciou-se a Ordem dos Médicos, dispondo no Regulamento sobre os Profissionais Médicos Seropositivos, de 19/06/2009 que “os médicos nomeadamente

⁸⁸ Adotada pela 57ª Assembleia Geral da AMM realizada em Pilanesberg, África do Sul, em 2006 e alterada pela 68ª Assembleia Geral da AMM realizada em Chicago, EUA, em 2017.

⁸⁹ Fora do nosso ordenamento jurídico, em sentido semelhante, pronunciou-se a *Corte Costituzionale*, a 23/05/1994, decidindo-se pela inconstitucionalidade de parte de uma norma italiana da iniciativa de prevenção e luta contra a SIDA que recusava a realização de exames de despiste do VIH no âmbito de profissões que integram funções que comportam elevado risco de contágio.

especialistas em áreas cirúrgicas, seropositivos para o VIH podem continuar a praticar procedimentos invasivos e intervenções cirúrgicas,” salvo na hipótese de “demonstrada incapacidade do médico para cumprir os procedimentos básicos do controlo da infeção” ou se este estiver “incapaz funcionalmente para tratar os seus doentes.”

Ora, mesmo em relação aos cirurgiões devemos ser rigorosos, aquilatando quais as tarefas integrantes do seu conteúdo funcional podem, e em que condições, ser propícias à transmissão do vírus, dado que nem todas o serão⁹⁰. Ademais, a ponderação sobre a possibilidade de restrição de direitos do cirurgião deverá ser feita à luz dos avanços científicos, devendo apurar-se se a realização de uma determinada cirurgia implica, de facto, a criação de um perigo grave e iminente para a integridade física do paciente e equacionar-se se esse perigo não pode ser superado na sua totalidade, ou reduzido até ao mínimo aceitável, pela utilização de equipamentos de segurança especiais⁹¹.

Assim, tendo como pano de fundo o princípio da proporcionalidade da restrição de direitos, cumpre, em primeira linha, definir quais as tarefas que genericamente integram o conteúdo funcional de um cirurgião, para depois concluir quais e em que medida terão de ser limitadas em prol do garante dos direitos fundamentais dos pacientes. Posto isto, dada a natureza e características das tarefas que podem incluir o objeto do contrato de trabalho de um cirurgião, a saber, cirurgia aberta, cirurgia laparoscópica, dar consultas médicas, funções de investigação ou ensino e funções de gestão e administração, parece-nos evidente que os três últimos grupos de funções referidos não deverão ser limitados em razão da seropositividade, sendo tal limitação injustificada, ilícita e, inclusivamente, passível de ser qualificada como discriminatória e, por tanto, sancionável à luz dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais a que *supra* nos referimos.

Inversamente, para a realização da cirurgia aberta e laparoscópica a seropositividade do médico será um dado relevante e um fator provavelmente limitador dessas funções. De facto, não obstante na cirurgia aberta ser manifesto o risco real de transmissão do vírus de que é portador o cirurgião seropositivo para o paciente, na cirurgia laparoscópica — na qual apenas se procede a uma pequena incisão na parede abdominal — esse contágio é também uma possibilidade relevante. Como bem relembra A. DIAS PEREIRA, sustentando-se no entendimento de alguns médicos, muito embora não seja tão evidente o risco de transmissão do vírus aquando da sua realização, o que é certo

⁹⁰ Neste sentido, ROUXINOL, M., “O Direito do profissional de saúde portador de VIH/SIDA ao exercício da sua profissão”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 8, n.º 16, 129-130.

⁹¹ Neste sentido, DIAS PEREIRA, A., “Cirurgião seropositivo...”, *cit.*, 105.

é que, por um lado, nas cirurgias laparoscópicas são frequentes as situações de emergência em que é necessário recorrer à cirurgia aberta e por outro, sendo um tipo de cirurgia invasiva e na qual há recurso a instrumentos cortantes, não é por demais improvável a concretização do contágio⁹².

Em face do exposto, mais conservadores, consideramos ser legítimo o afastamento do médico cirurgião seropositivo do exercício de técnicas médico-cirúrgicas quando não se consiga afirmar, com um grau relevante de certeza, a impossibilidade de transmissão do vírus no âmbito do exercício das suas funções. Entendemos que tal restrição não ofende o conteúdo essencial do direito ao trabalho do médico cirurgião, porquanto se mantém na carreira médica, sendo-lhe apenas vedada a realização de cirurgias, e somente assim se protege eficazmente bens jurídicos fundamentais, como a saúde e a integridade física dos pacientes⁹³.

Ademais, numa perspetiva jurídico-penal, acompanhando A. RODRIGUES⁹⁴, consideramos que esta é a única solução em conformidade com o respeito pelo dever objetivo de cuidado que impende sobre o médico no exercício da sua profissão⁹⁵, bem como sobre as entidades hospitalares que, no exercício do seu poder de direção sobre o primeiro e estando conscientes que o estado serológico do médico, aliado às funções que exerce, é suscetível de causar um risco relevante de contágio para os pacientes, devem eliminar esse risco, afastando o cirurgião do exercício dessas funções.

Em sentido algo diverso ao que perfilhamos e, deste modo, mais protetor da estabilidade do conteúdo funcional dos médicos cirurgiões, veja-se o disposto sobre esta matéria no direito norte-americano, nomeadamente na *Statement on the Surgeon and the HIV Infection*, do *American College of Surgeons* (2004), na qual se afirma que para que o cirurgião seropositivo deixe de poder realizar cirurgias invasivas é necessário provar a existência de um risco relevante de contágio, demonstrando-se que o médico está

⁹² *Idem*, 106.

⁹³ *Ibidem*. A este propósito NEGRÃO, M., “Médico cirurgião seropositivo”, *Lusíada*, série II, n.º 6, 2008, 211, considera que “é fortemente sugerido que o médico com HIV se abstenha de práticas diagnósticas ou terapêuticas invasivas, o que no caso de um cirurgião em funções julgamos implicar mudança necessária de especialidade, conquanto manutenção na carreira médica.”

⁹⁴ RODRIGUES, A., *A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal*, Almedina, Coimbra, 2013, 230.

⁹⁵ A este respeito, FIGUEIREDO DIAS, J./MONTEIRO, S., “Responsabilidade Médica em Portugal”, *BMJ*, n.º 332, 1994, 64, afirmam que a partir do momento em que o médico aceita um paciente emerge para o mesmo um dever jurídico de garante, cumprindo-lhe abster-se de práticas que possam consubstanciar uma lesão para a saúde do segundo. Pugnando pela responsabilidade individual dos trabalhadores CAMPOS, M., “O trabalhador da saúde portador do HIV: lições para biossegurança e ética”, *RAMB*, n.º 45, 1999, 167, afirma que, muito embora não seja necessário o total afastamento do profissional de saúde seropositivo do exercício da sua atividade, este não deve participar em operações suscetíveis de expor o paciente ao VIH.

funcionalmente incapaz de tratar o paciente ou não consegue cumprir com os procedimentos básicos de controlo de infeções.

Acresce que, se a atividade desempenhada comportar risco qualificado de contágio, o tratamento diferenciado dado ao trabalhador seropositivo, mormente a modificação das condições de exercício da sua atividade ou, como *ultima ratio*, a cessação do vínculo como consequência do juízo de inaptidão pelo médico do trabalho, não se saldará num comportamento discriminatório, dado que não ser portador de VIH se trata de um requisito essencial e determinante para o exercício daquelas funções (art. 25.º/2 CT).

Sem embargo, a seropositividade do médico cirurgião não poderá implicar o afastamento do mesmo da profissão médica sem mais, porquanto tal entendimento se revela manifestamente atentatório de direitos fundamentais basilares do nosso ordenamento jurídico. Assim, sendo a infeção pelo VIH pacificamente entendida como uma doença crónica, relembra-se que no art. 86.º/1 CT o legislador laboral positiva para o empregador o dever de adaptação razoável, o qual, no caso do médico cirurgião, parece-nos poder ser cumprido através da adaptação do seu quadro funcional e recolocação⁹⁶ num posto compatível com o seu quadro clínico — passando a dar consultas médicas ou executar funções de investigação ou de gestão e administração — não havendo outra medida menos lesiva, cuja existência deverá ser apurada em articulação com os avanços científicos e da medicina, designadamente com a criação de equipamentos de segurança especiais que, utilizados no decurso das cirurgias, *eliminem* o risco, impossibilitando o contágio.

Ademais, conjugando as considerações que tecemos *supra* sobre os requisitos necessários para a integração da seropositividade no conceito de deficiência com aquelas que proferimos acerca do risco relevante de contágio do vírus no decurso da cirurgia, bem

⁹⁶ Note-se que mesmo que não se considere que a recolocação do trabalhador se trata de uma medida integrante do dever de adaptação razoável, sempre se diga, na esteira de GOMES, J., *Direito do Trabalho — Relações Individuais de Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 919 e de ROUXINOL, M., “Revisitando a caducidade do contrato de trabalho devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (*maxime*, por doença)”, *PDT*, 2016- II, 148, que para o empregador poder afirmar como preenchido o requisito da impossibilidade absoluta e definitiva para prestar trabalho mostra-se necessário que aquele se encontre inapto, não apenas para desempenhar o seu posto habitual, mas também qualquer outro compatível existente na empresa, sendo, deste modo, a recolocação um requisito a montante para que possa caducar lícitamente o contrato. Em sentido diverso, ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 9.ª ed., 955-956, e PALMA RAMALHO, M., *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II — Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2019, 7.ª ed., 769, consideram, ao abrigo dos princípios civilistas, que se deverá ter por relevante para este efeito a impossibilidade de o trabalhador desempenhar as funções para as quais foi contratado, sendo o dever modificação do contrato por parte do empregador excepcional e apenas previsto em determinados domínios, como sendo os acidentes de trabalho ou o despedimento por inaptidão.

se compreende a qualificação dos cirurgiões seropositivos como portadores de deficiência em todos os estágios da doença, para o efeito da tutela antidiscriminatória nacional, internacional e europeia. De facto, sendo inequívoca a íntima conexão entre a patologia e o obstáculo ao exercício de técnicas médico-cirúrgica sem que seja lesado o conteúdo essencial de direitos fundamentais de terceiros, a proteção do cirurgião seropositivo é em larga medida acrescida, sendo qualificado como discriminatório todo o ato de desfavor em relação àquele (*maxime* a caducidade do vínculo) sem que previamente tenham sido adotadas medidas adequadas a permitir-lhe permanecer no exercício da profissão médica, conquanto afastado da realização de intervenções cirúrgicas.

De resto, entendemos que o médico cirurgião é titular da obrigação de informar o seu estado de seropositividade, bem assim como de se submeter a exames médicos de despiste do vírus, em especial no caso de ter assumido comportamentos de risco, tratando-se a omissão de comunicação ou a não realização dos testes serológicos de fundamento bastante para se afirmar a existência de uma infração disciplinar⁹⁷.

De modo a sustentar a nossa posição refira-se que determinados casos existem em que a natureza e o modo em que é executado o trabalho impõem, respeitados os critérios inerentes ao princípio da proporcionalidade em matéria de restrição dos direitos fundamentais, que o trabalhador se submeta a exames médicos periódicos obrigatórios, de modo a evitar a supressão irreversível do direito à integridade física e *maxime* à vida dos demais com quem contacta no exercício da atividade⁹⁸. A propósito dos trabalhadores cujas funções implicam o manuseamento de máquinas perigosas ou a condução de veículos e da obrigação destes realizarem exames à alcoolémia já se pronunciou o TC no Ac. n.º 319/95, de 20/06, no sentido de que, muito embora o consumo de álcool se trate de um aspeto da esfera da vida privada, nestes casos, o controlo e despiste quanto à ingestão daquela substância é adequado e necessário para o garante de bens-jurídicos de relevo.

⁹⁷ Assim, *vide* VICENTE, J./ROUXINOL, M., “VIH/SIDA.., *cit.*, 838 (nota 141). Note-se que, sendo lícita a realização do exame de despiste do VIH não se dispensa o consentimento informado do visado, estando em causa o seu direito à integridade física. Assim, é ilícita, podendo consubstanciar um crime (art. 156.º CP), a realização de exames contra a vontade ou sem o consentimento do trabalhador.

⁹⁸ Pense-se nos pilotos de aviões e controladores aéreos que têm de se submeter a testes psicológicos em prol do interesse público, sendo que a segurança de outros depende da sua capacidade anímica para o desempenho da profissão. Assim, *vide* CASTRO, C., “A Proteção dos dados pessoais dos trabalhadores”, *QL*, ano IX, n.º 20, 154.

Face a todo o exposto saliente-se que “a ignorância do seu estatuto de seropositivo não é, por si só, sinónimo de não responsabilização”⁹⁹. A este respeito, perfilhamos do entendimento de J. LOUREIRO e consideramos que aqueles que no exercício da sua profissão exercem funções que importam um elevado risco de contágio do VIH têm além do dever ético e moral, o dever jurídico de realizar testes de despiste do vírus, não sendo legítimo nestes casos chamar à colação um “direito a não saber”¹⁰⁰.

⁹⁹ LOUREIRO, J., “SIDA e discriminação social — Escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado (uma perspetiva jurídico-constitucional)”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 2, n.º 3, 29.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Já COSTA ANDRADE, M., *Direito Penal Médico. SIDA: Testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 23-29, afirma que o “direito a não saber” permite ao que suspeita da infeção conduzir a sua vida “sem o custo da presença antecipada da morte.” O conhecimento do resultado positivo para o VIH é irreversível e não será indiferente para o seu portador, levando-o a modificar a relação consigo mesmo e a forma de interação com os outros. De resto, o impacto provocado pela notícia da infeção é suscetível de debilitar o sistema anímico do doente, podendo agravar os efeitos do próprio vírus e favorecer a aceleração da doença.

5. Conclusão

Ao longo da presente dissertação procurámos analisar e refletir sobre o impacto que ser portador de VIH/SIDA tem no domínio juslaboral, mormente em matéria de igualdade e não discriminação, porquanto, sendo ainda patente o estigma em torno da doença, o trabalhador seropositivo é um alvo fácil para condutas discriminatórias em todas as fases da relação laboral.

No seguimento da análise aos quadros normativos nacional, internacional e do Conselho da Europa concluímos que a amplitude das cláusulas antidiscriminatórias naqueles previstas permitem integrar o trabalhador seropositivo no seu escopo de proteção. Já no domínio do Direito da UE, mostra-se de especial relevo para o reforço da tutela do portador de VIH a abertura do TJ para a possibilidade de aplicação nas relações *inter cives* do art. 21.º da CDFUE, consagrando este normativo uma lista aberta de fatores *suspeitos* de discriminação.

Quanto à questão de saber se a infeção por VIH se pode reconduzir ao conceito de deficiência para efeitos de proteção da Diretiva 2000/78, não temos dúvidas quanto a uma resposta afirmativa no caso do doente com SIDA, dadas as infeções e manifestações físicas regulares, características neste estágio da doença, que limitam o exercício da atividade. Maiores dúvidas levanta a convergência dos conceitos de seropositividade assintomática e de deficiência, caso não esteja em causa o exercício de funções que comportam um risco relevante de contágio. Porém, consideramo-la defensável, por um lado, dada a amplitude do conceito de deficiência previsto na CDPD, e, por outro, porque entendemos que o trabalhador infetado pelo VIH não se encontra em condições de igualdade em relação aos seus pares saudáveis. De facto, dado todo o estigma ainda existente em torno da doença, caso esta seja conhecida pelo empregador e/ou pelos colegas, não será improvável o surgimento de um clima de tensão e hostilidade em relação ao trabalhador seropositivo, clima esse, naturalmente, suscetível de se refletir negativamente na prestação laboral.

Ademais, concluímos ser *mister* para a proteção do trabalhador seropositivo contra práticas discriminatórias a tutela do *direito à opacidade serológica* conferida pelo legislador laboral ao vedar a possibilidade ao empregador de ilegítima e injustificadamente questionar ou solicitar a realização de exames de despiste do vírus. Assim, entendemos que caso seja confrontado com questões sobre o seu estatuto serológico, fora dos casos excecionalmente admissíveis, o candidato ou trabalhador é titular do “direito à mentira”, não sendo o silêncio, na imparidade da relação laboral,

suficiente para assegurar a sua proteção contra condutas persecutórias por parte do empregador. Sem embargo, caso o trabalhador exerça funções em que o risco de transmissão do vírus é *qualificado*, a salvaguarda, mormente, do direito à saúde daqueles com quem contacta justifica a restrição do seu direito à reserva da intimidade da vida privada, bem como, confirmando-se a seropositividade, o afastamento das suas funções habituais e no limite a cessação do vínculo.

Assim, sendo as práticas médico-cirúrgicas aquelas em que se verifica o maior e mais relevante risco de transmissão do VIH e apurando-se que este não pode ser superado através da utilização de equipamentos de proteção que *impossibilitem* o contágio — até ao momento não conhecidos — entendemos que não ofende o conteúdo essencial do seu direito ao trabalho o afastamento do cirurgião seropositivo daquelas funções, tendo o mesmo, ainda, a obrigação de comunicar o seu estado de seropositividade, bem como de realizar exames de despiste do vírus, em prol da defesa do direito à saúde e à integridade física dos seus pacientes.

De resto, constituindo a infeção pelo VIH um obstáculo ao exercício das suas funções sem ofender o conteúdo essencial de direitos fundamentais de terceiros, a seropositividade do médico cirurgião é subsumível em qualquer estágio da doença ao conceito de deficiência à luz da Diretiva, sendo, por conseguinte, entre nós, qualificado como discriminatório todo o ato de desfavor adotado em relação ao mesmo sem que tenha sido cumprido o dever de adaptação razoável. Neste sentido, devem, sempre que possível, ser-lhe atribuídas outras funções compatíveis com o seu estado clínico, permitindo-lhe exercer a profissão médica sem que seja um fator de risco de transmissão do VIH.

Bibliografia

ABRANTES, João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

ABRANTES, João, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2018, 131-149.

AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François, “Charte Sociale Européenne et Convention Européenne des droits de l’Homme:quelles perspectives pour les 10 prochains?”, in AA.VV. (coord. OLIVIER DE SCHUTTER): *The European Social Charter: a social Constitution for Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 147-165.

ALVES, Filipe, “Compreender a Carta Social Europeia Revista: convenções internacionais e os seus efeitos nas ordens jurídicas nacionais”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, n.º 7, 2017, 17-40.

APOSTOLIDES, Sara, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008.

BARRERO ORTEGA, Abraham, “Artículo 21. No discriminación”, in AA.VV., *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blach, Valencia, 2019, 645-668.

CAMPOS, M. A, “O trabalhador da saúde portador do HIV: lições para biossegurança e ética”, *RAMB*, n.º 45, 1999, 163-168.

CANOTILHO, Mariana/ SILVEIRA, Alessandra, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013.

CARVALHO, Catarina, “A adaptabilidade e o banco de horas à luz do Direito Europeu e Internacional”, in RAMALHO, Maria do Rosário/MOREIRA, Teresa (coord.), *Estudos APODIT: Tempos de Trabalho e Tempos de Não trabalho — O Regime Nacional do*

Tempo de Trabalho à luz do Direito Europeu e Internacional, AAFDL, Lisboa, 2018, 69-99.

CARVALHO, Rui, “A infeção por VIH/SIDA como Deficiência na Aceção da Diretiva 2000/78/CE — Realidade ou Mera Possibilidade) — Breve Análise do Problema à Luz da Evolução da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”, *RDP*, ano 9, n.º 18, 119-155.

CASTRO, Catarina, “A Proteção dos dados pessoais dos trabalhadores”, *QL*, ano IX, n.º 20, 139-163.

CHURCHILL, Robin/KHALIQ, Urfan, “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?”, *European journal of international law*, Vol.15, n.º 3, 2004, 417-456.

COLAÇO, António, “O infectado de VIH: a aguardar cidadania plena em sede laboral (resenha jurisprudencial; pistas para uma solução jurídica)”, *RMP*, ano 24, n.º 93, 101-112.

COSTA, Ana, “O arrojo do Comité Europeu dos Direitos Sociais na tutela da segurança e saúde no trabalho”, *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, n.º 7, 2017, 244-265.

COSTA ANDRADE, Manuel, *Direito Penal Médico. SIDA: Testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

DIAS PEREIRA, André, “Cirurgião seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 8, 97-114.

DIAS PEREIRA, André, “Discriminação de um trabalhador de VIH/SIDA estudo de um caso”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 3, n.º 6, 121-135.

DRAY, Guilherme, “Anotação ao art. 16.º”, in ROMANO MARTINEZ, Pedro/MONTEIRO, Luís/VASCONCELOS, Joana/BRITO, Pedro, *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 2019, 12.^a ed., 99-102.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge/MONTEIRO, Sinde, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *BMJ*, n.º 332, 1994, 21-79.

FRAGOSO, Américo, “O HIV/SIDA em Moçambique — breves considerações jurídico-laborais”, 2006, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Fragoso-Americo-Oliveira-O-HIVSIDA-EM-MOCAMBIQUE-Breves-Consideracoes-Juridico-Laborais.pdf>.

FRANTZIOU, Eleni, “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, *European Law Journal*, Vol. 21, 2015, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/eulj.12137>.

GAZZARD, Brian/S.JONES, Rachel, “From death to life: two decades of progress in HIV therapy”, in *HIV/AIDS in Europe Moving from death sentence to chronic disease management*, WHO Regional Office for Europe, Denmark, 2006, 101-117.

GOMES CANOTILHO, Jorge/MOREIRA, Vital, *Constituição anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4.ª ed.

GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho — Relações Individuais de Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GOÑI SIN, Jose, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los limites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988.

GORDON, Andrew, “End Around: HIV Discrimination in the Post-Amendments Act Workplace”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 36, 2015, 215-260, disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/a8c6/aca4769ef5599cfed1b951cd9daf0f86f84a.pdf>.

GUPTA, Ravindra, *et alii*, “Evidence for HIV-1 cure after CCR5Δ32/Δ32 allogeneic haemopoietic stem-cell transplantation 30 months post analytical treatment interruption:

a case report”, *The Lancet HIV*, 2020, 340-347, disponível em [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanhiv/PIIS2352-3018\(20\)30069-2.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanhiv/PIIS2352-3018(20)30069-2.pdf).

LEAL AMADO, João, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 4.^a ed.

LEAL AMADO, João, “VIH/SIDA e proibição de discriminação dos trabalhadores: entre a “tensão para a transparência” e o “direito à opacidade”, *RLJ*, ano 139, n.º 3960, 170-175.

LOUREIRO, João, “SIDA e discriminação social — Escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado (uma perspetiva jurídico-constitucional)”, *Lex Medicinae — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* ano 2, n.º 3, 9-54.

LOPES, Dulce, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação”, *Julgar*, n.º 14, 2011, 47-75.

LOPES, Dulce, “Principais Contributos da União Europeia em Matéria de Não Discriminação”, *Debater a Europa*, n.º 4, 2011, 32-61.

MARTINS, David, “Segurança e saúde no trabalho: breves notas introdutórias”, *PDT*, 2019- I, 311-354.

MCTIGUE, Peter, “The disorganised nature of European Disability: Rethinking protection for HIV positive individuals”, *CELTS Online Paper Series*, Vol. 3, 2014, disponível em http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/8408/1/PubSub4501_McTigue.pdf.

MENEZES LEITÃO, Luís, “A proteção dos dados pessoais no Contrato de Trabalho”, in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 123-138.

MESTRE, Bruno, “Sobre o conceito de discriminação — Uma Perspetiva contextual e comparada”, in *Direito e Justiça — Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, 377-410.

MIRANDA, Jorge /MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I,

Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, 2ª ed. rev.

MONTEIRO FERNANDES, António, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 19.ª ed.

MOREIRA, Teresa, *Da esfera privada do trabalhador e controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

MOREIRA, Teresa, “A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, in *Estudos de Direito do Trabalho — Igualdade e não discriminação*, Almedina, Coimbra, 2013, 165-223.

MOREIRA, Teresa, “O ónus da prova em casos de discriminação”, in *Estudos de Direito do Trabalho — Igualdade e não discriminação*, Almedina, Coimbra, 2013, 79-127.

MOREIRA, Teresa, “Os direitos de personalidade nas relações de trabalho”, in LEAL AMADO, João/ROUXINOL, Milena/MOREIRA, Teresa/VICENTE, Joana/SANTOS, Catarina, *Direito do Trabalho — Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, 105- 207.

MOTA PINTO, Paulo, “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *BFD*, Vol. LXIX, 1993, 479-586.

NEGRÃO, Maria Do Céu, “Médico cirurgião seropositivo”, *Lusíada*, série II, n.º 6, 2008, 195-211.

NEGRÃO, Maria Do Céu, “O Direito ao sigilo e a infeção VIH/SIDA no ambiente hospitalar”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 8, n.º 16, 25-36.

OIT, *VIH e Sida e direito do trabalho: um manual para juizes e profissionais da área jurídica*, Genebra, 2013, disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666282.pdf.

OIT, *Recolha de directivas práticas do BIT sobre o HIV/SIDA e o mundo do trabalho*, Genebra, 2011, disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714772.pdf.

OMS, *HIV/AIDS — Key Facts*, 15/11/2019, disponível em <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>.

PAIS, Sofia, *Estudos de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2017.

PAIXÃO, Maria/PÁDUA, Elizabeth, “Transmissão da infeção por VIH”, in *Manual sobre SIDA*, Permanyer Portugal, Lisboa, 2009, 3.ª ed., 109-116.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II — Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2019, 7.ª ed.

QUINTAS, Paula, *Os Direitos de Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspetiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado — Direitos (des)figurados*, Almedina, Coimbra, 2013.

RODRIGUES, Álvaro, *A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal*, Almedina, Coimbra, 2013.

RODRIGUES, Cristina, “Instrumentos Internacionais relevantes no combate à discriminação no local de trabalho em virtude da doença. Sua aplicabilidade no direito interno, com especial enfoque na Recomendação n.º 200 (OIT)”, *PDT*, 2016 - I, 73-77.

ROUXINOL, Milena, *A obrigação de segurança e saúde do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

ROUXINOL, Milena, “O Direito do profissional de saúde portador de VIH/SIDA ao exercício da sua profissão”, *Lex Medicinae — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 8, n.º 16, 127-133.

ROUXINOL, Milena, “Notas em torno do imperativo de inclusão do trabalhador portador de deficiência”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, n.º 7, 2017, 266-301.

ROUXINOL, Milena “Revisitando a caducidade do contrato de trabalho devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (maxime, por doença)”, *PDT*, 2016- II, 132-152.

ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 9.^a ed.

SCHWARZ, Rodrigo “A concretização dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais: alguns elementos para um pensar e um agir garantistas e democráticos”, *Julgar Online*, 2015, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Direitos-sociais-como-direitos-humanos-fundamentais-Rodrigo-Schwarz.pdf>.

U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Understanding HIV/AIDS, Fact sheets, HIV Medicines and Side Effects*, 24/10/2019, disponível em <https://aidsinfo.nih.gov/understanding-hiv-aids/fact-sheets/22/63/hiv-medicines-and-side-effects>.

VICENTE, Joana/ROUXINOL, Milena, “Entre o Direito à saúde e o direito a estar doente — comentário ao Acórdão do TRL, de 29 de Maio de 2007”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 5, n.º 10, 181-198.

VICENTE, Joana/ROUXINOL, Milena, “Sobre a readaptação do (conceito de) trabalhador seropositivo (inadaptado?)”, in *Direito da Saúde — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Almedina, Coimbra, 2016, 137-168.

VICENTE, Joana/ROUXINOL, Milena, “VIH/SIDA e contrato de trabalho”, in AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferreira Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 789-847.

ZACCARONI, Giovanni, “Egenberger, or the place of non-discrimination on the ground of religion in the EU constitutional legal order”, *University of Milan-Bicocca School of Law Research Paper Series*, n.º 18-01, 2018, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3296239.

ZIMMER, Michael/ SULLIVAN, Charles/WHITE, Rebecca, *Cases and materials on employment discrimination*, Wolters Kluwer, New York, 2013.