

O HIV/SIDA EM MOÇAMBIQUE

- BREVES CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-LABORAIS

Américo Oliveira Fragoso

SUMÁRIO¹: **1.** Considerações preliminares; **2.** Direitos Fundamentais e o HIV/SIDA; **3.** Enquadramento Laboral da temática do HIV/SIDA; **4.** Planos de análise juslaboral do HIV/SIDA; **4.1.1** Formação do Contrato de Trabalho e o HIV/SIDA; **4.1.2.** Confidencialidade e Consentimento voluntário; **4.1.3.** Ónus da Prova; **4.1.4.** Efeitos da discriminação na fase da formação do contrato; **4.2.** Execução do Contrato de Trabalho e o HIV/SIDA; **4.3** Cessação do Contrato de Trabalho e o HIV/SIDA; **5.** Considerações Finais

¹ O presente texto corresponde essencialmente, salvo alguns aspectos de natureza formal que entretanto foram revistos, à intervenção proferida no seminário subordinado ao tema “Aspectos Jurídicos do Impacto do HIV/SIDA em Moçambique” integrado no âmbito da semana intercalar em Setembro do ano lectivo de 2006 da Universidade Eduardo Mondlane – Beira.

O trabalho corresponde a uma abordagem de aspectos juslaborais conexos com o HIV/SIDA que teve como principal ensejo a partilha de algumas reflexões preliminares que a este respeito se foram realizando no decurso da leccionação da disciplina de Direito do Trabalho na Universidade Eduardo Mondlane (Delegação da Beira).

A não abordagem de determinados aspectos, alguns deles relevantes, bem como a análise de algumas matérias de um modo menos profundo que o desejável, justifica-se pelo facto do presente texto ter sido originariamente concebido para ser apresentado no âmbito de um seminário, o qual para além das contingências decorrentes de uma exposição da matéria eminentemente oral, teve também como principais destinatários os discentes.

Pelo contexto que regeu a criação do presente trabalho, o texto deve ser entendido como um convite à reflexão e produção de outros trabalhos jurídicos sobre a temática do HIV/SIDA em Moçambique.

1. Considerações preliminares

A iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane em realizar um seminário multi-disciplinar sobre os diversos enquadramentos jurídicos da temática do HIV/SIDA² em Moçambique representa o reconhecimento da importância e preponderância que esta matéria assume no desenvolvimento sustentado do país e à qual a mais prestigiada Universidade de Moçambique não se poderia alhear.

Como fenómeno transversal à sociedade, a temática do HIV/SIDA é hoje uma realidade incontornável à escala mundial que carece de uma abordagem global, que projecte, na medida do possível, respostas integradas e globais.

A transversalidade da temática reflecte-se, logicamente, na Ciência do Direito que, nos seus diversos Ramos, se vê, de modo cada vez mais frequente, confrontada com novos e/ou reformulados desafios jurídicos.

Em termos globais, as iniciativas legislativas dos países, ou a omissão destas, na matéria do HIV/SIDA representam um excelente critério de aferição da sensibilidade social e política que em cada país vigora. Infelizmente, constata-se que a intervenção legislativa directamente vocacionada para incidir sobre esta temática só ocorre, ou melhor só começa a ocorrer, a partir do momento em que a sociedade civil assume que a doença, sendo incurável, pode afectar todos os cidadãos e de que os mesmos não devem ser votados ao ostracismo.

² No ordenamento jurídico moçambicano adoptou-se a sigla anglo-saxónica – HIV, a qual em português significa Vírus da Imunodeficiência Humana (VIH). Ao adoptar a sigla HIV/SIDA o legislador moçambicano abrangeu as situações dos trabalhadores que são portadores do vírus da imunodeficiência humana e aqueles que padecem da doença da SIDA (AIDS na sigla anglo-saxónica).

O HIV/SIDA para além de ser uma doença, é também um fenómeno social e cultural, circunstância que os ordenamentos jurídicos não podem ignorar, sob pena dos regimes jurídicos por estes apresentadas serem ineficazes.

Em Moçambique, a pandemia do HIV/SIDA atinge proporções catastróficas que exigiram, e cada vez mais exigem, da parte do legislador, uma intervenção vigorosa, sob pena de se agravarem os, por si só já nefastos, efeitos da doença.³

Ao nível do Direito do Trabalho, ramo do Direito sobre qual versa a presente exposição, a matéria do HIV/SIDA ganha uma especial relevância em virtude das implicações sociais, económicas e humanas associadas à situação jurídico-laboral.

Pela sua natureza, ao Direito do Trabalho estão geralmente associadas não só as questões jurídicas de natureza prática de maior impacto social, como também as iniciativas legislativas de maior visibilidade.

Nesta matéria, o Direito do Trabalho espelha, de modo evidente, a nem sempre fácil conciliação entre os interesses dos trabalhadores e das entidades empregadoras.

Por ser uma matéria de vital importância para o desenvolvimento do país, foram tomadas algumas iniciativas legislativas visando regular directamente a situação jurídico-laboral afectada pela doença.

³ De acordo com os dados do Plano Estratégico Nacional de Combate ao HIV/SIDA 2005-2009 -Livro I (PEN 2005-2009) a taxa de prevalência ponderada nacional do HIV em adultos (15-49 anos) estimada com base nos dados de 2002 é de 13,6%. Contudo, em algumas províncias (pex: Sofala) a taxa de prevalência atinge o valor de 26%.

As projecções relativas à evolução da epidemia do HIV/SIDA em Moçambique apontam, que se o padrão histórico da evolução se mantiver, sem intervenção imediata e eficaz, a epidemia continuará a crescer até ao ano de 2009, momento em que a taxa de prevalência nacional se estabilizará em torno dos 17%, como consequência do equilíbrio entre infecções geradas pelo HIV e a mortalidade decorrente da doença da SIDA. Concretizando, a estabilização resultará do momento em que o número de óbitos diários passar a ser equivalente ao de novas infecções diárias.

A presente exposição visa, na medida do possível, enquadrar a temática do HIV/SIDA em Moçambique a propósito da situação jurídico-laboral, identificando e analisando algumas das soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico⁴.

2. Direitos Fundamentais e o HIV/SIDA

Numa perspectiva mais abrangente, e antes mesmo de se iniciar a análise da legislação específica sobre a matéria, o tratamento juslaboral da matéria do HIV/SIDA insere-se no capítulo mais vasto das relações existentes entre o contrato de trabalho e os direitos fundamentais.⁵

Os direitos respeitantes não só à reserva da vida privada, como também à autodeterminação da imagem, à não discriminação, à objecção de consciência, à liberdade de expressão representam temas actuais em todas as relações jurídicas mas cuja controvérsia ganha especial acuidade no campo laboral.⁶

A temática do HIV/SIDA, como facto pertencente ao estado de saúde dos trabalhadores, está abrangida no conceito de reserva da vida privada fazendo parte da esfera mais

⁴ No ordenamento jurídico português a temática do HIV/SIDA tem sido tratada, sobretudo, a propósito da eficácia dos direitos de personalidade no âmbito do contrato de trabalho. Sem quaisquer preocupações de exaustão acerca dos trabalhos publicados sobre esta temática, referem-se por exemplo, o artigo de Pedro Bettencourt, “*Controle patronal e limitação de direitos de personalidade*” in *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, n.º1 (2002), pp.127 e ss.; Bernardo Lobo Xavier, “*A Constituição, a tutela da dignidade e personalidade do trabalhador e a defesa do património genético – uma reflexão*” in V Congresso do Direito do Trabalho, Memórias, Coimbra (2003), pp. 261 e ss.; Guilherme Dray, “*Justa causa e esfera privada*”, in *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, vol. II, (Justa causa de despedimento), Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (coordenação de Pedro Romano Martinez), Almedina, Coimbra, 2001, pp.35; Luís Menezes Leitão, “*A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*” in *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra (2004), pp.123 ss; M. Rosário Palma Ramalho, “*Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa*”, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Vol. II, Coimbra (2003) pp.157; Albertina Pereira, “*A vida privada do trabalhador*”, in *Minerva - Revista de Estudos Laborais*, n.º1 (2002), pp.39 e ss; Catarina Sarmiento Castro, “*A protecção dos dados pessoais dos trabalhadores*” in *Questões Laborais 2002*, n.º 19, pp. 27 e ss.

⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o tema, com diversas referências bibliográficas, V. José João Abrantes “*Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*”, 2005, Coimbra (tese de doutoramento)

⁶ A esse respeito, referem-se os artigos 35º ss, em especial artigos 40º, 41, 42º,45º, 48º, 54º e 56º da Constituição da República de Moçambique

íntima e reservada do ser humano, e cuja tutela é assegurada pela Constituição da República de Moçambique.

Com efeito, os direitos fundamentais, e em particular os respeitantes à reserva da vida privada, como direitos individuais, são directamente aplicáveis e invocáveis à situação jurídico-laboral, nos termos do número 1 do artigo 56º da Constituição da República de Moçambique.

A relevância dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito do contrato de trabalho é uma das manifestações mais marcantes de uma nova concepção da relação de trabalho, dominada primordialmente pelas ideias de qualidade de vida e realização pessoal do trabalhador.

Na verdade, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho, decorre essencialmente da articulação entre duas realidades, *rectius* interesses, que merecem tutela mas que frequentemente se apresentam antagónicas. Por um lado, os interesses das entidades empregadoras, que estão geralmente associados ao risco empresarial e às decisões baseadas em critérios vocacionados essencialmente para a racionalização de custos e obtenção de lucros. Por outro, os interesses dos trabalhadores que estão em regra associados à protecção dos seus direitos, e que, muitas das vezes, representam, na perspectiva das entidades empregadoras, um entrave à prossecução do desenvolvimento da actividade empresarial.

Embora se reconheça a diversidade de interesses entre as entidades empregadoras e os trabalhadores e a conseqüente tutela que ambos merecem, cumpre ainda referir que a autonomia privada e a liberdade contratual das partes não são nesta matéria valores absolutos, mas antes aparecem subordinados pela Constituição que privilegia e apresenta como limites a dignidade da pessoa humana e a protecção de um leque de direitos fundamentais.

Não obstante, reconhece-se que, em virtude da autonomia privada, o contrato de trabalho pode, por vezes, ser uma fonte legítima de compressão dos direitos fundamentais. No entanto é necessário ter presente que tal circunstância, só deverá ocorrer na estrita medida do exigido pela finalidade dos interesses em causa. Pois, se é certo que o trabalhador deve cumprir pontualmente o contrato, tal como o empregador, também não é menos certo que na empresa o trabalhador continua a ser um cidadão de corpo inteiro mantendo, por conseguinte, todos os direitos fundamentais que lhe advém da qualidade inalienável de cidadão.

A liberdade do trabalhador deve manter-se na máxima extensão possível, só podendo os seus direitos ser limitados – não excluídos – na estrita medida em que o seu exercício entre em colisão com as exigências próprias da finalidade em concreto da empresa e dos seus deveres contratuais.

Neste contexto, deve assumir-se claramente que qualquer limitação imposta à liberdade civil do trabalhador deverá revestir natureza absolutamente excepcional, não podendo justificar-se senão na medida da necessidade de salvaguarda de um ou outro valor que no caso concreto se deva considerar superior e sempre em obediência a critérios de proporcionalidade.

A correcta interpretação da tutela constitucional de que a matéria do HIV/SIDA beneficia não pode ser desconsiderada na análise das situações concretas, na medida em que a mesma assume uma função balizadora.

3. Enquadramento Laboral da temática do HIV/SIDA

Para além dos preceitos constitucionais referidos no ponto anterior, os quais assumem uma posição conformadora de soluções, é possível ainda, e tendo em vista uma perspectiva centrada no enquadramento juslaboral do fenómeno do HIV/SIDA,

encontrar no ordenamento jurídico moçambicano instrumentos legais ordinários que também conformam esta matéria.

A primeira referência legal ao tratamento desta matéria é, necessariamente, a Lei n.º 8/98, de 20 de Julho (Lei do Trabalho). Embora a temática do HIV/ SIDA não seja aí abordada especificamente, a verdade é que os institutos e princípios que lhe estão subjacentes não são despendidos na análise desta matéria.⁷

⁷ Encontra-se actualmente em discussão na Assembleia da República de Moçambique o projecto de nova Lei do Trabalho (“o projecto”). O projecto tem sido amplamente divulgado junto da sociedade civil e encontra-se ao dispor dos cidadãos no sítio da Internet: www.utrel.gov.mz. Embora se trate ainda de um projecto em discussão, e que por conseguinte corre o risco de vir a ser alterado, entendeu-se que poderia ser útil a sua referência em relação aos aspectos que poderão vir a ter relevância na futura análise da temática juslaboral do HIV/SIDA.

As referências que ao projecto se fizerem ao longo do presente texto, não visarão, salvo aspectos pontuais, analisar e valorar as soluções aí propostas, mas apenas identificar os aspectos inovadores em relação à actual Lei do Trabalho (Lei 8/98 de 20 de Julho)

O projecto consagra no número 1 do artigo 4.º, como princípio fundamental do direito do trabalho, que “*A interpretação e aplicação das normas da presente lei obedece, entre outros, ao princípio do direito ao trabalho, da estabilidade no emprego e no posto de trabalho, da alteração das circunstâncias e da não discriminação em razão da orientação sexual, raça ou de se ser portador de HIV/SIDA*”.

Em relação à matéria do HIV/SIDA, a consagração de um princípio geral com o teor referido, não é uma inovação, mas representa da parte do legislador o reconhecimento expresso de uma realidade discriminatória que contende com os mais elementares princípios da situação jurídico-laboral, e que por essa razão deve ser taxativamente impedida pela principal lei laboral.

O projecto consagra ainda uma inovadora Subsecção II (artigos 5º a 9º inclusive) respeitante à protecção da dignidade do trabalhador, a qual acrescenta uma maior tutela a todos os trabalhadores, e em particular aos portadores ou infectados com HIV/SIDA.

Na verdade, a consagração de disposições específicas respeitantes aos direitos de personalidade dos trabalhadores, está em conformidade com aquilo que tem vindo a ser propugnado e legislado na maioria dos ordenamentos juslaborais com afinidade a Moçambique, e corresponde a uma evidente adequação da legislação laboral à evolução da realidade sócio-económica que perpassa os contratos de trabalho e suscita novos desafios jurídicos que carecem de uma resposta legislativa.

Embora toda a Subsecção II tenha relevância para o enquadramento desta matéria, realçam-se, em especial as seguintes disposições: “*(Artigo 5º - Direito à privacidade) 1. O empregador obriga-se a respeitar os direitos de personalidade do trabalhador, em especial, o direito à reserva da intimidade da vida privada. 2.O direito à privacidade diz respeito ao acesso e divulgação de aspectos relacionados com a vida íntima e pessoal do trabalhador, tais como os atinentes à vida familiar, afectiva, sexual, estado de saúde, convicções políticas e religiosas.*”; “*(Artigo 7º - Testes e exames médicos) 1. O empregador pode, para efeitos de admissão ou de execução do contrato, exigir ao candidato a emprego ou trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, para comprovação da sua condição física ou psíquica, salvo disposição legal em contrário. 2.O médico responsável pelos testes ou exames médicos não pode comunicar ao empregador qualquer outra informação senão a que disser respeito à capacidade ou falta desta para o trabalho*”.

A segunda menção deve ser feita ao Código Civil (CC), o qual para além dos institutos gerais, permite, através dos artigos 71º e seguintes, assegurar a tutela da personalidade, circunstância que ao nível do enquadramento do HIV/SIDA se reveste de particular relevância.⁸

O direito à reserva da vida privada, no qual os elementos respeitantes ao estado de saúde (v.g. seropositividade) se inserem, tem também, para além da tutela constitucional supra referida, tutela legal.

Em abstracto, o conteúdo da noção de vida privada engloba, entre outras informações, as respeitantes à identidade da pessoa: as impressões digitais, o código genético, os elementos concernentes à saúde; os factos ou acontecimentos pessoais, tais como os encontros com amigos, deslocações, destinos de férias e outros comportamentos privados; elementos relativos à vida familiar, conjugal, amorosa e afectiva das pessoas; a vida do lar e os factos que nela têm lugar, assim como noutros locais privados ou públicos; as comunicações por correspondência, quer com suporte em papel quer com suporte digital; e a informação patrimonial e financeira.

Nestes termos, o conceito de vida privada não deverá ser reduzido a uma única fórmula onde estejam contemplados todos os aspectos merecedores da tutela do direito, mas sim entendido como um conceito aberto.⁹

Os direitos de personalidade, em particular as informações respeitantes ao estado de saúde consagrados no Código Civil são indisponíveis. Assim o impõe o artigo 81º n.º 1, do CC, que veda a limitação voluntária dos direitos de personalidade quando esta se mostre contrária aos princípios de ordem pública.

⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o tema, entre outros, V. Menezes Cordeiro, “*Tratado de Direito Civil Português*” I- I, Coimbra, 1999, pp 155 e ss

⁹ A este respeito, V. Guilherme Dray, “*Justa causa e esfera privada*”, in Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, vol. II, (Justa causa de despedimento), Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (coordenação de Pedro Romano Martinez), Almedina, Coimbra, 2001, pp.48 e ss.

Sem prejuízo da Lei do Trabalho e do Código Civil, que conforme se verificou funcionam como instrumentos genéricos na análise de qualquer questão juslaboral, existem ainda outros diplomas com relevância específica para o tratamento desta matéria, entre eles, e com especial importância, a Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro (Protecção dos Trabalhadores Portadores de HIV/SIDA).¹⁰

A Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro pela importância fundamental que representa na compreensão desta matéria, será objecto de uma apreciação individualizada ao longo da presente exposição.

4. Planos de análise juslaboral do HIV/SIDA

Identificado o enquadramento positivo da matéria e feitas as primeiras considerações sobre a articulação de instrumentos legais é curial reconhecer que a subordinação jurídica que materializa e fundamenta e caracteriza a situação jurídico-laboral é o elemento nuclear do Direito do Trabalho. Pelo que, é apenas no âmbito da situação jurídico-laboral, a qual assenta na subordinação jurídica, que se vão concretizar alguns dos principais problemas jurídicos relacionados com a temática do HIV/SIDA.

Por clareza de exposição, cumpre distinguir os planos sobre os quais assentará a análise da matéria do HIV/SIDA no âmbito do Direito do Trabalho:

- i. Formação do Contrato de Trabalho;
- ii. Execução do Contrato de Trabalho;
- iii. Cessação do Contrato de Trabalho

¹⁰ Com relevância nesta matéria, o Decreto n.º 10/2000, de 23 de Maio (Criação do Conselho Nacional de Combate ao SIDA e Secretariado Executivo),

4.1.1 Formação do Contrato de Trabalho e o HIV/SIDA

Ao nível da formação do contrato, o Direito do Trabalho não apresenta nenhuma especialidade em relação às regras gerais do Direito Civil.

Na verdade, o contrato de trabalho representa, como qualquer outro contrato, o encontro confluyente de duas vontades livres a que o Direito associa determinados efeitos.

Não obstante, o encontro contratual de vontades raramente é casual, pois na maioria das situações o mesmo é precedido de toda uma actividade preliminar destinada a fazer confluir a vontade dos contratantes e/ou a dar corpo ao próprio contrato.

Tem-se por assente que mesmo antes da celebração de qualquer contrato, e independentemente do seu surgimento, há deveres de conduta a cargo das partes que assentam no princípio da boa-fé, sob pena de *culpa in contrahendo* (art.227º do CC), também aqui não decorrem especiais diferenças em relação ao Direito Civil.

No âmbito do Direito do Trabalho, a *culpa in contrahendo* na formação do contrato de trabalho encontra concretizações, em especial, ao nível dos deveres de informação e de lealdade que as partes têm uma em relação à outra.¹¹

O dever de lealdade obriga os contratantes a actuarem de modo a não colocarem em causa a tutela da confiança ou a primazia da materialidade subjacente.¹²

¹¹ Entre outros, V. Menezes Cordeiro, “*Manual de Direito do Trabalho*”, 1997, Coimbra, (reimpressão), pp.559 e ss.

¹² Um dos exemplos de violação do dever de lealdade na formação do contrato ocorre nas situações em que uma das partes cria na outra parte a fundada convicção de que o contrato se vai celebrar e depois, de modo injustificado e culposo, rompe com as negociações. Imagine-se por exemplo uma situação em que o candidato a trabalhador é induzido a deixar o emprego anterior, sabendo de antemão a outra parte que não pretende contratar aquele candidato.

O dever de informação obriga os intervenientes a trocarem todas as informações necessárias ou úteis para a formação do contrato. Incluem-se neste leque de informações, as relativas às partes, ao objecto do contrato e aos diversos circunstancialismos.¹³

Concretizando os deveres de informação a cargo trabalhador, conclui-se que este deverá informar a entidade empregadora acerca dos seus conhecimentos, habilitações profissionais, experiência, e quaisquer outras informações relevantes sobre a actividade que se propõe a desempenhar.¹⁴

A ocultação ou omissão de factos relevantes por parte do trabalhador quanto a estes aspectos poderá gerar, além da invalidade negocial resultante do vício na formação da vontade do empregador, a responsabilização do trabalhador pelos danos causados.¹⁵

¹³ Em Portugal, o Código do Trabalho nos artigos 97º e 98º concretizam os deveres de informação recíproca de ambos os contraentes na formação do contrato de trabalho. Com o propósito meramente exemplificativo, transcrevem-se os referidos artigos:

“*Artigo 97.º (Dever de informação) 1 - O empregador tem o dever de informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho. 2 - O trabalhador tem o dever de informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral. Artigo 98.º (Objecto do dever de informação) 1 - O empregador deve prestar ao trabalhador, pelo menos, as seguintes informações relativas ao contrato de trabalho: a) A respectiva identificação, nomeadamente, sendo sociedade, a existência de uma relação de coligação societária; b) O local de trabalho, bem como a sede ou o domicílio do empregador; c) A categoria do trabalhador e a caracterização sumária do seu conteúdo; d) A data de celebração do contrato e a do início dos seus efeitos; e) A duração previsível do contrato, se este for sujeito a termo resolutivo; f) A duração das férias ou, se não for possível conhecer essa duração, os critérios para a sua determinação; g) Os prazos de aviso prévio a observar pelo empregador e pelo trabalhador para a cessação do contrato ou, se não for possível conhecer essa duração, os critérios para a sua determinação. h) O valor e a periodicidade da retribuição; i) O período normal de trabalho diário e semanal, especificando os casos em que é definido em termos médios; j) O instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, quando seja o caso. 2 - O empregador deve ainda prestar ao trabalhador a informação relativa a outros direitos e deveres que decorram do contrato de trabalho. 3 - A informação sobre os elementos referidos nas alíneas f), g), h) e i) do n.º 1 pode ser substituída pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa.*”

¹⁴ Faz-se notar que tendo em conta o teor do número 1 do artigo 7º da Lei do Trabalho, que impõe a forma escrita dos contratos de trabalho, o dever de informação na formação do contrato a cargo da entidade empregadora é em grande parte consumido pela obrigatoriedade de aposição escrita no contrato de todas as informações relevantes.

¹⁵ Cfr. Romano Martinez, “*Direito do Trabalho*”, 2ª Ed. Coimbra, 2005, pp.442 e 444

Se em relação ao tipo de informações de cariz essencialmente “técnico”- aquelas informações que visam aferir as habilitações do trabalhador para o exercício da actividade que o mesmo se propõe exercer - não se colocam problemas de maior, pois o dever de prestação dessas informações decorre da boa-fé, o mesmo já não ocorre com os deveres de informação relativos ao estado de saúde do trabalhador e a aspectos da sua vida pessoal.

Na verdade, em relação à identificação dos deveres de informação a cargo do trabalhador respeitantes ao estado de saúde e/ou aspectos da sua vida pessoal – que são direitos de personalidade – a questão torna-se mais melindrosa, pois não é líquido que haja um dever, à luz da boa fé, do trabalhador prestar informações.

O dever de informação do trabalhador sobre o seu estado de saúde, e em particular sobre a seropositividade, enquadra-se numa das situações mais problemáticas na análise do âmbito das informações a prestar pelo trabalhador na formação do contrato de trabalho. A questão suscita dificuldades essencialmente por duas ordens de razão:

Primeiro, porque tal como em qualquer processo de formação do contrato de trabalho a posição do candidato a trabalhador reveste-se de alguma fragilidade, pois, é precisamente nesta fase que as desigualdades reais e negociais para com o empregador são mais visíveis, quer pela debilidade económica, quer pela expectativa e necessidade de emprego as quais geram no candidato uma maior susceptibilidade de abdicação dos seus direitos.

Segundo, porque o desconhecimento dos efeitos do HIV/SIDA, mormente, os relativos à sua transmissão, a que se aliam ainda as crenças tradicionais e os preconceitos enraizados na sociedade acerca da doença e aos quais as entidades empregadoras não estão imunes, suscitam nestas, uma especial propensão para o recurso a mecanismos de obtenção de informações sobre a eventual seropositividade do trabalhador, de modo a evitarem a constatação da mesma aquando da vigência do contrato de trabalho.

A junção deste circunstancialismo induz a que os trabalhadores com frequência abdicuem em parte da sua personalidade como forma de não serem excluídos do processo de selecção.

Aliás, o receio de serem excluídos do processo de selecção é tão grande que os trabalhadores se disponibilizam, voluntariamente, a mencionarem dados e factos da sua vida privada que em situações normais não facultariam. Nestas situações, sempre se defenderá que houve da parte dos trabalhadores, uma limitação voluntária de direitos de personalidade em conformidade com o artigo 81º n.º 2 do C.C., no entanto constata-se que essa limitação muitas vezes excede em muito aquilo que é necessário para o exercício da actividade a que se candidatam.

No momento da formação do contrato é comum ocorrerem comportamentos abusivos e discriminatórios decorrentes da intromissão na vida privada, sendo que na maioria das situações tais comportamentos assentam em “supostas” limitações voluntárias dos direitos dos trabalhadores.¹⁶ Pela sua complexidade e actualidade esta é uma matéria que justifica plenamente uma intervenção e em alguns aspectos uma verdadeira revisão dos pressupostos em que assenta o consentimento do trabalhador.

A articulação entre os direitos fundamentais da Constituição e os direitos de personalidade do Código Civil, na maioria das situações, através de juízos valorativos e algum esforço hermenêutico, permitem tutelar em termos genéricos a reserva da vida privada dos trabalhadores, nomeadamente no que concerne ao seu estado de saúde. No entanto, a sua concretização, na ausência de outros preceitos legais, fica sempre na dependência da interpretação que casuisticamente venha a ser feita pelo julgador de normas que são necessariamente indeterminadas.

¹⁶ Acerca do consentimento voluntário do trabalhador, V. infra ponto 4.1.2

O legislador moçambicano motivado pelo impacto que o HIV/SIDA tem no país, foi mais longe, e fez acrescer à clássica tutela legal (Constituição e Código Civil) a Lei 5/2002, de 5 de Fevereiro, a qual complementa os referidos preceitos legais e em certa medida permite concretizar esta matéria.

Assim, ao nível da formação do contrato de trabalho a Lei 5/2002, de 5 de Fevereiro determina no seu artigo 1º que “ (...) *todos os candidatos a emprego não sejam discriminados nos locais de trabalho ou quando se candidatam a emprego, por serem suspeitos ou portadores do HIV/SIDA.*”

No número 1 do artigo 4º do referido diploma legal, prevê-se que “*é proibida a realização de testes de HIV/SIDA aos trabalhadores ou candidatos a emprego, por solicitação das entidades empregadoras, sem o consentimento do trabalhador ou candidato ao emprego*”

Também no artigo 6º número 1 da mencionada Lei, se determina que “*nenhum trabalhador deve ser obrigado a informar o seu empregador, relativamente ao facto de estar infectado com HIV/SIDA, salvo em caso de consentimento.*”¹⁷

Conforme se constata da análise do regime legal previsto especificamente para as questões laborais suscitadas a propósito do HIV/SIDA, as regras na formação do contrato são, salvo consentimento do candidato a emprego, as seguintes: 1) a da não obrigatoriedade de prestação de informações sobre o estado de saúde (HIV/SIDA) e; 2) a proibição de realização de exames.

¹⁷ Ainda que não o indique expressamente, o artigo 6º número 1 da Lei n.º 5/2002 de 5 de Fevereiro deve ser interpretado como sendo também aplicável à formação do contrato. Sistemáticamente não faria sentido, e tendo em conta que o objectivo da lei é punir a discriminação, que se proibissem a realização de testes para o acesso ao emprego (artigo 4º), e inversamente se permitisse que o candidato, por solicitação da entidade futura e eventual entidade empregadora, informasse sobre a sua condição de seropositividade.

Analisado e cotejado o regime da Lei 5/2002, de 5 Fevereiro com os referidos diplomas legais, emergem duas grandes questões:

- i) As regras previstas no referido diploma são absolutas, no sentido de não comportarem excepções? Concretizando a questão, a não obrigatoriedade de prestação de informações e a proibição de realização de exames prevista no diploma é inultrapassável, no sentido de impedir qualquer desvio, mesmo que este seja motivado pela tutela de direitos contrapostos?
- ii) O consentimento voluntário previsto na Lei n.º 5/2002, que funciona como mecanismo de escape a uma aparente imperatividade normativa, ou inversamente o consentimento voluntário tem limites?

No que concerne à segunda questão, a mesma será abordada especificamente no ponto 4.2.1 infra, pelo que se remete a resposta à presente questão para as considerações que a esse propósito serão realizadas.

Por referência à primeira questão, e analisando a Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro, e dado estarem em causa direitos fundamentais dos trabalhadores (v.g. reserva da vida privada) parece efectivamente que as regras aí apostas não deixam grande margem de manobra às entidades empregadoras, no sentido de solicitarem informações ou exames médicos no momento da formação do contrato.

No entanto, e conforme referido no ponto 2 infra, o facto de se estar em presença de direitos fundamentais do trabalhador, não impõe que os mesmos sejam absolutos, mas sim que qualquer limitação imposta à liberdade civil do trabalhador deve revestir natureza absolutamente excepcional, não podendo justificar-se senão na medida da necessidade de salvaguarda de um ou outro valor que no caso concreto se deva considerar superior e sempre em obediência a critérios de proporcionalidade.

Também, de acordo com aquilo que é um princípio comum ao ordenamento jurídico, o conflito de direitos contrapostos deve, face a cada caso concreto, fazer apelo aos mecanismos de resolução de interesses contraditórios, isto é, à ponderação de todos os interesses em presença (art.335º do Código Civil). A boa-fé tem também nesta matéria, enquanto princípio geral de conformação de exercício de direitos e cumprimento de obrigações, um papel relevante.

Nesta medida, entende-se, que há situações excepcionais em que o direito à intimidade do trabalhador pode ser legitimamente limitado, desde que existam razões jurídicas e interesses relevantes que justifiquem tal sacrifício, conquanto que não se coloquem em causa os princípios constitucionais da necessidade, adequação e proporcionalidade.

Para legitimar estas restrições é necessário que haja uma justificação adequada em função da necessidade de tutelar bens jurídicos e interesses equivalentes, devendo essas restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

Pelo exposto, reputa-se que as informações dos trabalhadores relativas a aspectos da vida privada (pex: a infecção com HIV/SIDA) podem ser exigidas em função do tipo de trabalho, conquanto que essas informações ou exames sejam estritamente necessárias e relevantes para o exercício das funções a que estes se candidatam.

Noutras palavras, é necessário aferir a existência de um nexo entre as funções a desempenhar e a necessidade de conhecimento do estado de saúde do trabalhador, para justificar que o trabalhador esteja obrigado, em termos de boa-fé, a informar a entidade empregadora sobre esse aspecto ou mesmo a realizar exames médicos.

O nexo pode concretizar-se sob três formas: i) A protecção do trabalhador no exercício das funções; ii) a protecção de terceiros no exercício das funções; iii) e o próprio desempenho de funções.

O dever de informação no momento da formação do contrato, bem como a imposição de realização de testes de HIV/SIDA, apenas parece ser exigível em profissões em que haja um risco acrescido de transmissão do vírus a terceiros ou em que a protecção do trabalhador ou o adequado exercício de funções possa ser colocado em causa pela omissão da informação.

Neste contexto, apontam-se como exemplos de profissões em que os exames ou as informações sobre o HIV/SIDA podem ser requeridas: médicos, paramédicos, dentistas, enfermeiros, bombeiros, etc. Em actividades como por exemplo caixas de supermercado, trabalhadores administrativos, engenheiros etc. não parece justificável a prestação de informações ou realização de testes.

Há nesta matéria, naturalmente, uma zona cinzenta muito difícil de equacionar, pois nem sempre é evidente em função dos nexos supra apontados aferir a efectiva necessidade de conhecimento de aspectos relacionados com o estado de saúde dos trabalhadores.

Sustenta-se que sempre que não seja líquida ou evidente, à luz dos referidos nexos, a necessidade de conhecimento de informações sobre o estado de saúde dos trabalhadores, que estes não estão obrigados a prestar quaisquer informações, e muito menos a realizarem qualquer exame.¹⁸

¹⁸ Por exemplo, e recorrendo a exemplos extraídos da jurisprudência norte-americana, colocou-se em Tribunal um caso de fronteira, (*Glover v Eastern Nebraska Community Office of Retardation*). Nesse caso o Tribunal considerou ilícita a realização de testes de HIV/SIDA aos empregados de uma instituição vocacionados para receber crianças mentalmente deficientes. A decisão baseou-se no facto de as funções em causa não justificarem a restrição da esfera privada dos trabalhadores, pois ainda que existisse algum acréscimo do risco de contágio, o mesmo não era suficiente para limitar os direitos de personalidade dos trabalhadores. In 867 F.2d 461 (8th Cir.1989) *apud* Andrade Mesquita, “*Direito do Trabalho*”, Lisboa, 2004, 2ª Ed. AAFDL, pp. 462 e ss.

Sem prejuízo do exposto, a regra, tal como já referiu, é a da não obrigatoriedade de prestação de informações e realização de testes, por serem consideradas intromissões inadmissíveis na esfera da privacidade dos trabalhadores.

4.1.2. Confidencialidade e Consentimento voluntário

Antes de se abordar a questão do consentimento, e tendo como assente o pressuposto de que por qualquer motivo válido houve a realização de um exame médico, cumpre esclarecer que o médico, ainda que clínico da empresa, deve tão só informar a empresa das condições físicas e psíquicas do candidato ao trabalho, abstendo-se de especificar a doença do trabalhador (candidato), sendo que ao nível do HIV/SIDA está obrigado à confidencialidade sobre a condição de seropositividade do trabalhador (art. 5º n.º 1 e 2 da Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro), devendo portanto, limitar-se a comunicar à entidade empregadora a aptidão ou inaptidão do candidato a trabalhador.¹⁹

A questão do consentimento do candidato ao trabalho à prestação de informações ou à realização de exames resulta da articulação entre os números 1 dos artigos 4º e 6º da Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro, com o número 2 do artigo 81.º do Código Civil.

A limitação voluntária do direito de personalidade respeitante ao estado de saúde como forma de permitir às entidades empregadoras, em qualquer situação, a obtenção informações sobre o estado de saúde dos trabalhadores (candidatos) deve ser objecto de

¹⁹ Por clareza de exposição transcreve-se o artigo 5º da Lei n.º 5/2002 de 5 de Fevereiro.

“Artigo 5º - (Privacidade e confidencialidade) 1. Os trabalhadores vivendo com HIV/SIDA gozam do direito à confidencialidade sobre a sua condição de seropositivos, salvo se tal informação for legalmente requerida. 2. Os profissionais de saúde, dos serviços equiparados que prestam serviços a uma entidade empregadora são obrigados a manter confidencialidade da informação sobre trabalhadores seropositivos, salvo se essa informação for necessária para as medidas de prevenção”

Faz-se notar que a manutenção da confidencialidade do estado de saúde dos trabalhadores não é uma regra absoluta. Com efeito, em determinadas situações o dever de confidencialidade é afastado para a protecção de terceiros. É o caso por exemplo da notificação às autoridades de saúde pública de pessoas portadoras de infecções específicas, como a tuberculose ou vítimas de maus-tratos e de violência doméstica.

uma análise ponderada, na medida que o consentimento prestado nem sempre é verdadeiramente livre, pois resulta muitas das vezes do receio do candidato em perder a possibilidade de celebrar o contrato de trabalho.

Como já se referiu, na formação do contrato de trabalho, o candidato a trabalhador encontra-se numa posição de maior fragilidade em relação à entidade empregadora, facto que justifica *per si* uma especial atenção na análise do consentimento prestado pelo trabalhador, pois a susceptibilidade de abusos de uma posição de predominio é nesta fase exponenciada.

O consentimento voluntário tem de ser temperado à luz daquilo que é o reconhecimento de que existe uma situação potenciadora de abusos ilícitos, como é a que resulta do processo de formação do contrato de trabalho, em que o trabalhador (candidato) abdica de muitos dos seus direitos na esperança de não afastamento do processo de selecção tendente à celebração do contrato de trabalho.

Lamentavelmente, a solicitação de consentimento para a prestação de informações sobre o estado de saúde (HIV/SIDA) ou a realização de exames funciona como um instrumento perverso, utilizado pelo empregador indiscriminadamente como mecanismo de selecção, funcionando inversamente a recusa do consentimento como critério de exclusão.

Pelo exposto, entende-se que mesmo havendo consentimento voluntário do candidato ao trabalho relativamente às informações ou à realização de exames sobre HIV/SIDA, os mesmos têm de ser justificados em termos de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Ou seja, as informações prestadas ou os exames realizados voluntariamente, só podem ser utilizados e requeridos, na estrita medida em que sejam relevantes para o exercício da actividade.

O facto do candidato ao trabalho consentir na prestação de informações ou a realização de exames não permite à entidade empregadora utilizar todas as informações como critério de selecção, mas apenas aquelas sejam relevantes para o efectivo exercício da actividade.

O consentimento voluntário deve pois ser entendido à luz dos critérios delimitadores da necessidade e razoabilidade, na medida em que o facto do candidato autorizar a intromissão na reserva da vida privada no contexto da formação do contrato, não deve ser entendido como um “cheque em branco” emitido a favor da entidade empregadora legitimador de uma desenfreada intromissão sobre todo e qualquer facto respeitantes à reserva da vida privada dos candidatos ao trabalho.

As informações acerca do estado de saúde prestadas voluntariamente pelo candidato que extrapolem o âmbito da razoabilidade e adequação à natureza da função a que o candidato se propõe exercer, por não serem exigíveis e contenderem com a reserva da intimidade privada dos cidadãos, não podem ser utilizadas pela entidade empregadora para quaisquer efeitos, pelo que a sua utilização deve ser considerada ilícita por violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Em suma, defende-se que o consentimento voluntário do trabalhador à prestação de informações sobre o seu estado de saúde ou a realização de testes médicos realizados tem como limite intransponível a objectiva relevância para o exercício da actividade laboral. Em coerência com o que se defende, todas as informações obtidas pela entidade empregadora que ultrapassem o referido limite, isto é que não sejam relevantes para a execução do contrato de trabalho em função da actividade, devem ser consideradas inexistentes, não podendo ser utilizadas para qualquer efeito.²⁰

²⁰ Não são líquidos os efeitos gerados pela prestação de informações falsas por parte do trabalhador no âmbito do consentimento que foi dado unicamente para não ser excluído do processo de selecção (pex: o trabalhador seropositivo que declara “voluntariamente” que não é portador do vírus do HIV). Sustenta-se

4.1.3. Ónus da Prova

A matéria do ónus da prova é nesta temática essencial. Pois, se é certo que a discriminação dos trabalhadores assente no seu estado de saúde é ilícita à luz dos mais elementares princípios de Estado de Direito, a verdade é que a prova da existência de efectiva discriminação com base nos mesmos factos se revela com muita frequência diabólica, sendo que ao nível da formação do contrato de trabalho uma tarefa que se afigura com alguma regularidade com laivos de verdadeira impossibilidade.

O candidato a trabalhador que alegue discriminação ilícita motivada pelo HIV/SIDA tem o ónus de provar que a ocorrência de determinados factos relacionados com o seu estado de saúde (quer os mesmos resultem da prestação ou recusa de informações ou da realização ou recusa de exames médicos) geraram por parte da entidade empregadora uma conduta discriminatória que fundamentou a não contratação do candidato.

O ónus que impende sobre o trabalhador de provar a conduta discriminatória é uma decorrência das regras gerais de distribuição do ónus da prova, em que a prova dos factos constitutivos deve ser feita por quem alegue o direito.²¹

Faz-se notar que o candidato terá não só de demonstrar a ocorrência de factos discriminatórios (v.g. solicitação de informações sobre o HIV/SIDA), como também que esses mesmos factos geraram a produção de um resultado, *maxime* a sua não

que mesmo nas situações em que o consentimento resultou do receio da exclusão ou de pressão da entidade empregadora, não é legítimo o falseamento de informações por parte do trabalhador, fazendo-o incorrer em violação da boa-fé (art.227º). Noutras palavras, o facto do seu consentimento não ser livre não permite a violação de deveres pré-contratuais. Em sentido contrário, Teresa Coelho Moreira, “*Discriminação pela conduta e orientação sexuais do trabalhador*”, in VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias, Coimbra, 2006, pp.170 e ss.

²¹ Nos termos do número 1 do artigo 342º do Código Civil “*Aquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado*”

contratação. Noutras palavras, o trabalhador terá também de demonstrar a existência de umnexo entre os factos e o resultado produzido.

Posto isto, e em relação à fase de formação do contrato cumpre distinguir se o processo de formação foi precedido de concurso.

Assim, nas situações de formação do contrato de trabalho em que não há concurso prévio, e em que a negociação se faz por via de contactos directos entre entidade empregadora e os candidatos ao emprego, a decisão final resulta invariavelmente de um conhecimento interpessoal assentes em critérios discricionários e não raro, não sindicáveis.

Neste modo de formação do contrato, a entidade empregadora muitas vezes recorre ao conhecimento que já tem dos candidatos ou averigua-os informalmente sobre aspectos respeitantes à sua esfera privado, circunstância que torna muito difícil o controlo, e sobretudo a prova, de condutas abusivas.

Nestas situações, a eventual violação do princípio da igualdade ou desrespeito pela esfera privada não reveste grande sentido prático, pois, se houver discriminação, ela não passará normalmente, do pensamento do empregador ou de documentos internos da empresa, aos quais o candidato não terá acesso para fazer valer os seus direitos.

Nos casos em que há concurso, a prova da discriminação é também particularmente difícil, por um lado, pela falta de acesso a todos os elementos relevantes que levaram à escolha de um outro candidato. Esta dificuldade é acrescida pelo facto da entidade empregadora não poder disponibilizar dados relativos à saúde de outros candidatos. É também comum que os processos de concurso muitas vezes integrem fases de natureza eminentemente subjectivas, como por exemplo o desempenho numa entrevista individual ou de grupo, situação que, naturalmente, tornará muito difícil a prova de discriminação.

Por dificuldades inerentes à realização da prova, são raras as situações em que é efectivamente possível demonstrar a ilicitude da conduta do empregador, a não ser que o trabalhador consiga provar que a sua recusa em cumprir determinadas exigências da entidade empregadora (ex: responder a questionários sobre o seu estado de saúde) ou que a realização do teste de HIV/SIDA ou recusa do mesmo foi causa directa da sua exclusão do concurso.²²

Entende-se que nesta matéria, em que a prova de discriminação decorrente do HIV/SIDA se afigura como sendo difícilíssima, se justificava *jure condendo* uma inversão do ónus da prova, cabendo à entidade empregadora demonstrar que a exclusão dos trabalhadores não se deveu a nenhuma conduta discriminatória.

4.1.4. Efeitos da discriminação na fase da formação do contrato

A Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro, prevê no seu artigo 13º número 2 que “ *os candidatos a emprego que não forem admitidos depois de qualificados por serem seropositivos, têm direito a uma indemnização equivalente a seis meses de salário, correspondente à categoria em concurso* ”²³

A previsão da lei é impressiva: Verificada a conduta discriminatória, a entidade empregadora está obrigada a pagar ao candidato uma indemnização equivalente a seis

²² Faz-se que notar que o candidato, nestas situações, se vê confrontado não só com a discriminação no processo de selecção na contratação, como também com o estigma social de ter sindicado o seu direito em Tribunal assumindo que a discriminação resultou da sua condição ou suspeita de seropositividade. Esta circunstância pode muitas vezes ser pernicioso para o exercício judicial dos direitos do trabalhador, na medida em que os mesmos se abstêm de os sindicarem, com receio da discriminação.

²³ Note-se que a lei não refere o problema dos candidatos a trabalhadores que recusaram a prestação de informações ou recusaram a realização do exame de HIV/SIDA, e que em virtude desse facto foram excluídos da selecção, mesmo antes sequer do momento da qualificação/escolha. No entanto, entende-se que a indemnização prevista no número 2 do artigo 13º se aplica também a estes casos, pois a exclusão precece com base na recusa de realização de exames ou de prestação de informações é também uma forma de discriminação. A não contratação derivada directamente com base na suspeita de seropositividade é atentatória dos mais elementares princípios de igualdade de um Estado de Direito.

meses de salário calculados com base naquilo que o trabalhador receberia se tivesse sido contratado.

A principal dificuldade da solução propugnada na Lei é, conforme se demonstrou no ponto anterior, a prova da conduta discriminatória perpetrada pela entidade empregadora. No entanto, há outras questões que a propósito dos efeitos da discriminação se colocam e que são, entre outras, as seguintes:

i) Tendo-se provado a discriminação do candidato com base no seu estado de saúde e tendo este facto impedido a sua contratação, poderá este exigir a celebração do contrato de trabalho com a entidade empregadora que promoveu a sua exclusão?

ii) A indemnização do candidato discriminado com base no seu estado de saúde está limitada aos seis meses de salário?

Quanto à primeira questão, faz-se notar que a obrigatoriedade de celebração de um contrato de trabalho por exigência do trabalhador, se assemelha ao mecanismo da execução específica prevista nos artigos 827º e seguintes do Código Civil.

A questão da admissibilidade da aplicação dos mecanismos da execução específica à situação jurídico-laboral tem sido discutida a propósito dos contratos promessa de trabalho.²⁴

É hoje dado como adquirido que a natureza da relação jurídico-laboral se opõe à execução em espécie. Os deveres laborais que decorrem da situação laboral e que exigem de ambas as partes um comprometimento pessoal muito intenso, levam a que

²⁴ Por todos, V. Romano Martinez, “*Direito do Trabalho*”, 2ª Ed. Coimbra, 2005, pp.423 e ss.

ambas, em caso de incumprimento da promessa, não estejam obrigadas a celebrar o contrato.²⁵

Assim, e em conformidade com o que tem sido propugnado no âmbito dos contratos promessa de trabalho, entende-se que a exigência do candidato discriminado em celebrar o contrato de trabalho não é admissível, mesmo que a sua não contratação se tenha devido, única e exclusivamente, ao seu estado de saúde.

Em relação à segunda questão, reputa-se que a ilicitude decorrente da exclusão dos candidatos com base no seu estado de saúde (v.g. HIV/SIDA) é susceptível de gerar danos superiores aos cobertos pela indemnização prevista no número 2 do artigo 13º da Lei n.º 5/2002, de 5 Fevereiro.

Por se entender que a indemnização prevista no número 2 do artigo 13º da Lei não constitui um limite máximo ao ressarcimento dos danos, mas sim uma penalização para as entidades empregadoras que funciona, na ausência de outros danos alegados pelos candidatos, como valor de indemnização mínima para o ressarcimento do trabalhador.

No entanto, caso os candidatos aleguem danos decorrentes da discriminação, e conquanto que estejam verificados os pressupostos de responsabilidade civil pré-contratual, entende-se que o empregador será também obrigado a indemnizar o candidato por todos os danos resultantes da discriminação ilícita efectuada no momento da formação do contrato, conforme previsto no artigo 227º e ss. do CC.²⁶

4.2. Execução do Contrato de Trabalho e o HIV/SIDA

²⁵ Neste sentido, V. Andrade Mesquita, “*Direito do Trabalho*”, Lisboa, 2004, 2ª Ed. AAFDL, pp.468 e ss.

²⁶ Com posição diferente, a propósito do enquadramento jurídico da matéria em Portugal, V. Andrade Mesquita, “*Direito do Trabalho*”, Lisboa, 2004, 2ª Ed. AAFDL, pp.467 e ss.

No que respeita à execução do contrato, a boa-fé impõe às partes, tal como no processo de formação, que prestem todas as informações com relevância para um adequado cumprimento pontual do contrato.

Em relação aos deveres de informação a cargo do trabalhador e a realização de exames médicos relacionados com o HIV/SIDA, dão-se aqui por reproduzidas as considerações produzidas acerca da formação do contrato.

Ao nível da execução do contrato de trabalho apenas se abordarão os aspectos que apresentem um especial interesse na matéria do HIV/SIDA e que ainda não tenham sido tratados nos pontos anteriores relativos à formação do contrato.

Assim, em coerência com aquilo que se defendeu em relação à formação do contrato, nas actividades em que haja um risco de transmissão do vírus a terceiros ou em que a protecção do trabalhador ou o adequado exercício de funções possa ser colocado em causa pela omissão de informação, deve o trabalhador tomar a iniciativa de informar a entidade empregadora do facto, assim o impõe a boa-fé, como também o dever laboral de lealdade.

Aliás, o próprio artigo 15º da Lei n.º 5/2002, de 5 Fevereiro impõe indirectamente esse dever de informação, ao prever que os *trabalhadores se devem abster de comportamentos que possam colocar em risco de contágio outras pessoas*. Naturalmente, que só em profissões de risco é que tal situação pode ocorrer, sendo precisamente nestas profissões que o trabalhador tem a obrigação de informar a entidade empregadora sobre o seu estado de saúde.²⁷

²⁷ Nestas situações, a não prestação de informações por parte do trabalhador, corresponde a uma violação do dever de boa-fé e lealdade na execução do contrato (cfr. art. 16 alínea b) da Lei do Trabalho), sendo portanto susceptível de gerar uma sanção disciplinar.

Na pendência do contrato, a entidade empregadora está ainda impedida de realizar testes de HIV/SIDA aos trabalhadores, mesmo que estes testes sejam para efeitos de acesso a cursos de formação ou para efeitos de promoção profissional (art.4º da Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro), a não ser que os trabalhadores tenham consentido na realização dos mesmos²⁸.

A obrigação parece evidente, no entanto pergunta-se se aqui não existirão excepções que decorrentes da actividade permitam que a entidade empregadora exija a realização de um exame médicos respeitantes ao HIV/SIDA.

A resposta à questão colocada no parágrafo anterior é afirmativa, pois em coerência com aquilo que se defendeu a propósito da formação do contrato há situações de risco, *rectius* profissões de risco, em que: i) exercício da actividade faz acrescer o risco de transmissão do vírus a terceiros; ii) que colocam em causa a protecção do próprio trabalhador; iii) ou que impedem o adequado exercício das funções.

Nestas situações, entende-se que a entidade empregadora poderá fundamentadamente solicitar ou exigir a realização de exames médicos, no entanto é preciso ter ciente que as situações de risco que podem gerar a afectação da reserva da vida privada dos trabalhadores têm de ser justificadas e que essa justificação nos nexos de risco acima referidos.

Ou seja, a fundamentação para a limitação (e não exclusão) de direitos de personalidade nasce, em regra, da natureza das funções e da protecção do trabalhador e terceiros, pelo que, se, se admite que em determinadas circunstâncias possam ser exigidos exames na fase da formação do contrato, em coerência o mesmo tem também de ser admitido na fase da execução.

²⁸ Acerca do consentimento voluntário do trabalhador, V. infra ponto 4.1.2

A mais das vezes, os exames solicitados no âmbito da execução do contrato, têm um carácter regular, e visam tutelar valores com relevância não só para o trabalhador como também para terceiros. Pense-se por exemplo no caso da enfermeira que trabalha no sector dos infecto-contagiosos de uma clínica e que regularmente é obrigada pela entidade empregadora a realizar exames médicos que incidam directamente sobre o seu estado de saúde, e também, naturalmente, sobre o HIV/SIDA.

Questão diversa, mas intrinsecamente conexcionada com a realização de testes de HIV/SIDA, prende-se com a assistência médica nos locais de trabalho, e em particular com os exames médicos realizados nesse âmbito.

Com efeito, nos termos do número 1 alínea b) do artigo 151º da Lei do Trabalho, “ *os médicos responsáveis ou aqueles que os substituem, nas empresas dotadas de unidades sanitárias privativas, devem realizar exames regulares aos trabalhadores da empresa a fim de verificarem se: b) algum trabalhador é portador de doença infecto-contagiosa que possa pôr em perigo a saúde dos restantes trabalhadores da mesma empresa*”

O tratamento destes dados por parte do médico do trabalho deve ser tratado com confidencialidade, devendo apenas comunicar à entidade empregadora somente a aptidão ou inaptidão do trabalhador para o exercício de funções.

No entanto, na eventualidade de verificação de seropositividade do trabalhador, o médico do trabalho é obrigado nos termos do número 2 do artigo 5º da Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro a manter a confidencialidade sobre esse facto, a não ser que a sua informação seja necessária para as medidas de prevenção...

Ora, se um trabalhador é seropositivo necessariamente que terão de ser tomadas medidas de prevenção no seio da entidade empregadora, ou seja esta terá necessariamente de conhecer directa/indirectamente a doença do trabalhador para lhe

poder conferir a tutela atribuída pela Lei n.º 5/2002, de 5 Fevereiro, pelo que se entende que a questão da confidencialidade tem de ser analisada num outro plano. Se assim não fosse como poderia por exemplo a entidade empregadora reorientar profissionalmente o trabalhador nos termos do artigo 9º da mencionada Lei?

Reputa-se que o dever de confidencialidade que recai sobre o médico da empresa impende também sobre a entidade empregadora a partir do momento em que lhe é comunicada a necessidade de tomada de medidas de prevenção de HIV/SIDA em relação a um determinado trabalhador.

Passando agora ao regime da tutela atribuída pela entidade empregadora aos trabalhadores seropositivos, encontram-se na Lei n.º 5/2002, de 5 Fevereiro disposições relevantes e cujas implicações são incontornáveis no seio da vida empresarial.

Assim, a Lei n.º 5/2002, de 5 Fevereiro prevê no seu artigo 8º que caso o trabalhador fique infectado com HIV/SIDA no local de trabalho para além da compensação a que terá direito, acrescerá a assistência médica e medicamentosa para atenuar o seu estado de saúde a expensas da entidade empregadora.²⁹

O regime aqui previsto assemelha-se pelo seu conteúdo material ao regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais prevista nos artigos 152.º e seguintes da Lei do Trabalho, e nessa medida, o custeamento das despesas relativas ao tratamento do

²⁹ Por clareza de exposição transcreve-se o artigo 8º da Lei n.º 5/2002 de 20 de Julho:
“Artigo 8º (Infecção no Local de Trabalho) 1. O trabalhador que fique infectado com HIV/SIDA no local de trabalho, em conexão com a sua ocupação profissional, para além da compensação a que tem direito, tem garantida a assistência medicamentosa adequada a atenuar o seu estado de saúde, nos termos previstos na Lei de Trabalho e outra legislação aplicável, a expensas da entidade empregadora; 2. Para prossecução do disposto no número anterior, a entidade empregadora deve garantir a assistência medicamentosa adequada aprovada pelo Serviço Nacional de Saúde e com medicamentos existentes no mercado nacional. 3. As entidades empregadoras que a qualquer título explorem serviços de laboratórios, clínicas médicas, unidades sanitárias ou outras entidades equiparadas e cujos trabalhadores entrem ou possam entrar em contacto com lixos hospitalares e sangue humano, devem tomar as necessárias medidas de prevenção para evitar o contágio com HIV/SIDA”

HIV/SIDA justifica-se nos mesmos termos, em que o dever de assistência se justifica no âmbito dos acidentes de trabalho ou doença profissional.³⁰

Nas situações em que o trabalhador é seropositivo, e essa facto não decorreu do exercício da prestação laboral nos termos do referido artigo 8º, a Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro, no seu artigo 10º, dispõe que o custeamento das despesas médicas e medicamentosas por parte da entidade empregadora, aos trabalhadores infectados com HIV/SIDA é obrigatória, desde que tal princípio empresarial se insira na política de assistência médica e medicamentosa da empresa para todos os trabalhadores e desde que esteja em consonância com o Sistema de Segurança Social.³¹

Esta medida parece colocar em causa o sinalagma do contrato de trabalho pois é atribuído à entidade empregadora, de modo injustificado, um dever que não tem qualquer conexão com a natureza da situação jurídico-laboral, a única justificação que existe para o custeamento das despesas médicas reside na existência de um vínculo laboral.

Não obstante, sempre se poderá defender que tal dever decorre de uma função social que as entidades empregadoras moçambicanas devem assumir, e que em virtude da lei são obrigadas a assumir, no combate à enfermidade do HIV/SIDA.

Todavia, não se pode deixar de reconhecer que ao abrigo destas normas as entidades empregadoras funcionam como verdadeiras entidades de assistência social, o que faz despoletar imediatamente as seguintes questões:

³⁰ Sobre a matéria dos acidentes de trabalho e doenças profissionais, com diversas referências biográficas, V. Romano Martinez, *“Direito do Trabalho”*, 2ª Ed. Coimbra, 2005, pp.773 e ss.

³¹ V. Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro, em particular o Artigo 10º referente à Assistência médica e medicamentosa que o prevê o seguinte: *“1. A entidade empregadora é obrigada a manter a assistência médica devida ao trabalhador infectado com HIV/SIDA, mesmo quando impossibilitado de trabalhar, desde que esse princípio se enquadre na política de assistência médica psicossocial e medicamentosa adoptada para todos os trabalhadores e à luz do Sistema Nacional de Segurança Social vigente. 2. A assistência médica referida no número anterior é a disponível no país”*

- A assistência médica e medicamentosa aos cidadãos moçambicanos não deve ser uma função do Estado? A medida é eficaz? A obrigação é exequível pelo tecido empresarial moçambicano? ³²
- O custeamento das despesas de saúde e medicamentosas dos trabalhadores seropositivos a expensas da entidade empregadora, não estigmatizará ainda mais os trabalhadores seropositivos em relação aos demais?
- A referência a um princípio de enquadramento na política de assistência médica e medicamentosa para justificar a obrigação, não será demasiado vaga, podendo permitir que a maioria entidades empregadoras fiquem de fora deste esquema?
- Que empresas moçambicanas podem assumir uma política de assistência médica e medicamentosa? A que empresas fica reduzida esta norma?

Por ausência de dados de facto acerca da implementação prática das medidas previstas na Lei n.º 5/2002 de 5 de Fevereiro, as perguntas têm uma natureza retórica, e visam essencialmente questionar a opção – porventura, a única possível – de colocar sob a alçada das entidades empregadoras o ónus de custear as despesas de saúde dos trabalhadores infectados com HIV/SIDA.³³

Pelo exposto, teme-se que a funcionalidade de uma norma com uma ambição tão grande seja posta em causa por uma realidade que, na maioria das situações, não permite a sua

³² De acordo com os dados disponíveis no Plano Estratégico Nacional de Combate ao HIV/SIDA de 2005-2009, a maioria dos sectores e instituições moçambicanas não têm ainda programas específicos de apoio terapêutico ou social aos seus trabalhadores com HIV/SIDA. Apenas alguns Ministérios e algumas instituições como o Banco de Moçambique (com o sistema mais moderno e eficiente), TDM, Caminhos-de-Ferro de Moçambique, Transportes Públicos de Maputo, Escola Náutica e Aeroportos de Moçambique têm programas, os quais na sua maioria ainda estão numa fase muito embrionária de desenvolvimento. V. PEN II (2005-2009), pp. 71 e ss.

³³ Para o acompanhamento do processo de implementação da Lei n.º 5/2002 de 5 de Fevereiro, o Ministério do Trabalho criou uma comissão tripartida que além dos representantes do próprio Ministério envolveu representantes de sindicatos e patronato. De modo independente, a organização “Empresários contra o SIDA” introduziu cerca de 100 centros de Informação, Educação e Comunicação situados em diferentes pontos do país de prevenção ao HIV/SIDA e de apoio à implementação da Lei 5/2002, de 5 de Fevereiro. Não há nenhum levantamento estatístico de decisões judiciais que tenham feito recurso específico à aplicação da referida Lei.

execução. Neste aspecto, é sintomático que no vasto quadro de sanções impostas pelo artigo 16º da Lei 5/2002, 5 de Fevereiro, as matérias respeitantes ao incumprimento do custeamento de assistência médica ou medicamentosa, quer resultante de infecção contraída no local de trabalho, quer resultante unicamente de existência de um contrato de trabalho, não estejam aí contempladas.

4.3 Cessação do Contrato de Trabalho e o HIV/SIDA

Ao nível da cessação do contrato de trabalho, e em particular em rela o ao despedimento com justa causa,   da mais elementar clareza que a seropositividade não constitui fundamento para o despedimento.

A cessação do contrato de trabalho com base na seropositividade, por ser uma forma de discrimina o, coloca em causa os princípios constitucionais da Igualdade (artigo 36º) e da Segurança no Emprego (artigo 85º).

Sem prejuízo do exposto, a cessação do contrato de trabalho com base na infec o ou suspeita de infec o com HIV/SIDA   também expressamente considerada ilícita, conforme previsto no artigo 12º n.º 1 da Lei n.º 5/2002, 5 de Fevereiro cujos efeitos são remetidos para o artigo 71º n.º 2 da Lei do Trabalho.³⁴

³⁴ Por clareza de exposi o transcrevem-se os referidos artigos:

Da Lei 5/2002, de 5 de Fevereiro – “*Artigo 12º (Despedimento sem justa causa) 1. Todo o trabalhador que for despedido por estar infectado com HIV/SIDA,   considerado nos termos da Lei do Trabalho e outra legisla o aplicável como tendo sido despedido sem justa causa. 2. Para além da indemniza o a que tiver direito, o trabalhador nos termos do número anterior, deve ser readmitido.*”

Da Lei n.º 8/98, de 20 de Julho (Lei do Trabalho) – Artigo 71º número 2 (Efeitos da invalidade da cessa o) 1 (...); 2. *Declarados judicialmente improcedentes os fundamentos invocados para a rescisão do contrato de trabalho com aviso prévio ou por infrac o disciplinar, ou reconhecida judicialmente a viola o dos prazos ou das formalidades fixadas nos artigos 67º a 70º, o trabalhador deve ser reintegrado no seu posto de trabalho e indemnizado pelo valor correspondente às remunera es vencidas entre a data da cessa o do contrato e efectiva reintegra o;* 3. (...); 4. (...); 5. (...).”

Para além da indemnização a que tiver direito, o trabalhador despedido ilicitamente deverá ser readmitido (art. 12º n.º 2 da Lei n.º 5/2002, 5 de Fevereiro). A indemnização nos termos do artigo 13º n.º 1 da referida Lei é, nestas situações, elevada para o dobro.³⁵

Se porventura o trabalhador não quiser ser readmitido - situação que pela redacção da norma parece não ter sido ponderada - deve entender-se que se aplica o artigo 71º n.º 3 da Lei do Trabalho, que regula as situações de opção de não reintegração dos trabalhadores.

Tendo em conta o leque de infracções disciplinares ao dispor da entidade empregadora (artigo 21º da Lei do Trabalho) para enquadrar o despedimento parece difícil, a não ser por ignorância ou falta de cuidado, encontrar situações em que a entidade empregadora assuma expressamente que despediu o trabalhador com base na seropositividade.

Cumpre, no entanto, esclarecer o seguinte, a seropositividade não permite atenuar ou escamotear a violação de deveres laborais realizada pelo trabalhador. O trabalhador infectado com HIV/SIDA mantém os mesmos deveres laborais que os demais trabalhadores.

Na verdade, e em coerência com aquilo que se tem vindo a propugnar na presente análise, os factos da vida privada do trabalhador (v.g. seropositividade) apenas poderão ter eventualmente relevância jurídico-laboral se ocasionarem uma violação de um dever contratual que tenha “*reflexos prejudiciais no serviço*”.

Sendo que nestas situações não são os factos pessoais, enquanto tais, que são relevantes, nem objecto de censura, mas sim os seus reflexos negativos para a relação de trabalho.

³⁵ Cfr. Lei 5/2002, de 5 de Fevereiro – “*Artigo 13º (Indemnização) 1. É elevado ao dobro a indemnização devida ao trabalhador que for despedido nos termos do artigo anterior; 2.(...)*”

A matéria da cessação do contrato de trabalho associada ao HIV/SIDA é muito sensível, e a mais das vezes conduz a resultados perversos, pois, como já se referiu, em termos práticos, a entidade empregadora dificilmente assumirá que despediu um trabalhador com base na sua seropositividade. Em regra, encontram-se outros fundamentos, aparentemente lícitos, para justificar o despedimento. Se a esta conjuntura se acrescerem as dificuldades probatórias referidas no ponto 4.1.3. supra, facilmente se conclui que a sindicabilidade de um despedimento fundado no estado de saúde do trabalhador (v.g. HIV/SIDA) é particularmente melindrosa para o trabalhador discriminado.

Ademais, mesmo tendo impugnado o despedimento, o trabalhador, em virtude do estigma social que está associado ao HIV/SIDA, abstém-se de identificar o verdadeiro motivo pelo qual foi despedido, preferindo discutir a aparente licitude dos motivos apresentados pela entidade empregadora. A assunção, em sede de impugnação do despedimento, do verdadeiro motivo do mesmo (v.g. seropositividade) corresponde a uma exposição do trabalhador sobre o seu estado de saúde, facto que com frequência inibe a sua divulgação, na medida em que a esta poderá estar associada uma nova discriminação.

Esta complexa conjuntura vai gerando a impunidade das condutas discriminatórias perpetradas pelas entidades empregadoras que despedem ilicitamente trabalhadores com base unicamente no seu estado de saúde e, que portanto, salvo melhor opinião, carece de algum enquadramento legislativo ao nível processual e substantivo, de modo a punir as condutas e a mitigar os constrangimentos que impedem os trabalhadores seropositivos de revelarem em Tribunal a sua doença.

Na análise desta temática, e da impunidade reinante, não é também despidendo o facto de que este tipo de situações culmine, por pressão da entidade empregadora, na celebração de acordos de cessação do contrato de trabalho por mútuo acordo.

Estes acordos, na maioria das vezes, não correspondem à vontade dos trabalhadores, e são-lhes inclusivamente prejudiciais. A sua celebração resulta sobretudo da pressão da entidade empregadora, e da falta de conhecimento por parte dos trabalhadores dos direitos inerentes à relação laboral a que está também conexas uma flagrante incapacidade de actuação jurídica por falta de meios.

Nesta matéria, entende-se que talvez fosse pertinente uma intervenção legislativa, no sentido de consagrar por exemplo, um mecanismo através do qual todos trabalhadores, (seropositivos incluídos) pudessem dentro de um determinado período temporal revogar unilateralmente o acordo de cessação que tivessem assinado.

Sustenta-se que, desta forma, sempre se poderiam combater de modo mais eficaz as situações de cessação do contrato de trabalho por acordo mútuo fraudulentas, as quais resultam muitas vezes da vontade unilateral da entidade empregadora, sendo o mútuo acordo apenas uma figura de estilo consubstanciada na assinatura formal do mesmo. A concessão de um período de tempo de ponderação pós assinatura do acordo de cessação, sempre permitia ao trabalhador “arrepender-se” da decisão tomada (ou da decisão que foi pressionado a tomar) e dessa forma manter o vínculo laboral.³⁶

5. Considerações Finais:

O fenómeno do HIV/SIDA analisado numa perspectiva juslaboral levanta, como se demonstrou, sérios problemas ao nível da articulação daquilo que são os interesses do trabalhador e da entidade empregadora, sendo nesse aspecto um verdadeiro viveiro de criação de conflitos de interesses.

³⁶ No que respeita aos mútuos acordos de cessação dos contratos de trabalho, o projecto de nova Lei do Trabalho consagra um mecanismo de revogação do acordo por parte do trabalhador no prazo não superior a 7 dias.

Nesta temática convergem diversos ramos do conhecimento jurídico que exercem pressões sobre o vínculo laboral no sentido de acolher soluções que muitas vezes se apresentam como inconciliáveis.

Ao nível do Direito do Trabalho, ramo do direito altamente susceptível à influência ideológica e social vigente, cumpre referir que não há verdades absolutas, e que aquilo que pode ser hoje um entendimento consensual num determinado aspecto, amanhã poderá estar ultrapassado, sobretudo em matérias a que o conhecimento científico está aliado.

Esta matéria deve ser abordada sem preconceitos nem dogmas jurídicos, pois o HIV/SIDA é, tendencialmente, e cada vez mais, considerado uma doença crónica.

A pandemia do HIV/SIDA em Moçambique é hoje, infelizmente, uma realidade absoluta e incontornável e que não pode ser ignorada por ninguém, nem mesmo pelos juristas, os quais, na maioria das vezes, chamados a abordarem esta temática, se limitam a proferir discursos demagógicos afastados do plano, que se pretende centrado primordialmente nas questões jurídicas.

É preciso ter em conta que é também através do Direito que se conformam mentalidades, que se transformam condutas e que se encontram soluções para problemas sociais/económicos e culturais, e nessa medida o contributo de toda a comunidade jurídica moçambicana na criação de novos paradigmas jurídicos em relação ao HIV/SIDA é essencial.