



Bureau
International
do Trabalho

VIH e Sida e direito do trabalho: Um manual para juízes e profissionais da área jurídica



HIV/AIDS and the World of Work Branch (ILOAIDS)
Conditions at Work and Equality Department (WORKQUALITY)

International Labour Office
Route des Morillons 4
CH - 1211 Geneva 22
Switzerland

Tel: +41 22 799 6486
Fax: +41 22 799 6349

iloaids@ilo.org
www.ilo.org/aids



The ILO is a cosponsor of UNAIDS.

ISBN 978-92-2-827729-6



9 789228 277296

OIT VIH e Sida e direito do trabalho: Um manual para juízes e profissionais da área jurídica



**VIH e Sida
e direito do trabalho:
Um manual para juízes
e profissionais da área jurídica**

**VIH e Sida
e direito do trabalho:
Um manual para juízes
e profissionais da área jurídica**

Bureau Internacional do Trabalho, Genebra

Publicado em 2013

As publicações do *Bureau* Internacional do Trabalho gozam da proteção dos direitos de autor em virtude do Protocolo 2 anexo à Convenção Universal sobre Direito de Autor. No entanto, breves extratos dessas publicações podem ser reproduzidos sem autorização, desde que mencionada a fonte.

Os pedidos para obtenção dos direitos de reprodução ou tradução devem ser dirigidos ao Serviço de Publicações da OIT (Rights and Permissions), International Labour Office, CH-1211 Geneva 22, Switzerland, ou por email: pubdroit@ilo.org. Os pedidos de autorização serão sempre bem-vindos.

As bibliotecas, instituições e outros utilizadores registados poderão reproduzir cópias de acordo com as licenças obtidas para esse efeito. Por favor consulte o sítio www.ifro.org para conhecer a entidade reguladora no seu país.

VIH e Sida e direito do trabalho: um manual para juízes e profissionais da área jurídica

ISBN: 978-92-2-827729-6 (print), 978-92-2-827730-2 (web pdf), 978-92-2-827731-9 (CD-ROM)

Impressão: Regiset, S.A.

Também disponível em inglês: HIV and AIDS and Labour Rights: A Handbook for Judges and Legal Professionals, ISBN 978-92-2-127729-3 (print), ISBN 978-92-2-127730-9 (web pdf), ISBN 978-92-2-127731-6 (CD), Genebra, 2013.

As designações constantes das publicações da OIT, que estão em conformidade com as normas das Nações Unidas, bem como a forma sob a qual figuram nas obras, não refletem necessariamente o ponto de vista da Organização Internacional do Trabalho, relativamente à condição jurídica de qualquer país, área ou território ou respetivas autoridades, ou ainda relativamente à delimitação das respetivas fronteiras. As opiniões expressas em estudos, artigos e outros documentos são da exclusiva responsabilidade dos seus autores, e a publicação dos mesmos não vincula a Organização Internacional do Trabalho às opiniões neles expressas.

A referência a nomes de empresas e produtos comerciais e a processos ou a sua omissão não implica da parte da *Bureau* Internacional do Trabalho qualquer apreciação favorável ou desfavorável.

Informação adicional sobre as publicações do BIT pode ser obtida diretamente de ILO Publications, International Labour Office, CH-1211 Geneva 22, Switzerland. Poderá, se o desejar, pedir através da mesma morada, ou do email pubvente@ilo.org, Catálogos ou listas de novas publicações, sem custos.

Visite o nosso website: www.ilo.org/publns

Índice

Prefácio	ix
Agradecimentos.....	xi
Outras referências úteis.....	xiii
Introdução	1
Módulo 1: VIH e Sida e modos de transmissão.....	7
A natureza evolutiva da epidemia	7
Definições	8
Modos de transmissão por VIH	9
A importância de se conhecer o estatuto VIH	10
O tratamento enquanto prevenção	11
Questões para debate	11
Módulo 2: Utilização do direito internacional e das normas internacionais do trabalho	13
Abordagens nacionais ao direito internacional	13
Orientações internacionais e outros instrumentos internacionais.....	20
Questões para debate	21
Módulo 3: Instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos relevantes para o VIH e Sida	23
Instrumentos das Nações Unidas	24
Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas.....	28
Orientações internacionais.....	29
Instrumentos regionais relevantes para o VIH e Sida	30
Orientações sub-regionais	32
Questões para debate	33

Módulo 4: Uma visão geral da estrutura da OIT, das normas internacionais do trabalho e dos mecanismos de supervisão 35

A OIT: o seu papel e estrutura.....	35
Que formas podem assumir as normas internacionais do trabalho?	36
As obrigações dos Estados membros em relação às normas internacionais do trabalho	36
As Convenções Fundamentais da OIT	37
As Convenções da Governança	37
As Convenções Técnicas.....	38
As normas internacionais do trabalho relevantes para o VIH e Sida.....	38
Outros instrumentos da OIT	39
O sistema de supervisão da OIT	41
Referências ao VIH e à Sida pelos mecanismos de supervisão da OIT	43
Questões para debate	44

Módulo 5: Recomendação (N.º 200) sobre VIH e Sida, de 2010.....45

A Recomendação (N.º 200) e o seu contributo para a resposta ao VIH	46
Âmbito da Recomendação	47
Políticas e programas de trabalho nacionais	48
Princípios fundamentais.....	49
Implementação	56
Educação, formação, informação e consulta.....	57
Serviços públicos	57
Cooperação internacional	57
Acompanhamento.....	58
Questões para debate	58

Módulo 6: Discriminação relacionada com o VIH 59

Formas de discriminação relacionada com VIH.....	62
Discriminação com base no estatuto VIH, real ou suposto.....	62
Abordagens dos tribunais à discriminação relacionada com o VIH no emprego e na profissão.....	66
Questões para debate	78

Módulo 7: Testes, privacidade e confidencialidade	79
Privacidade e confidencialidade	80
As obrigações dos empregadores em relação à confidencialidade dos dados pessoais	81
Teste obrigatório VIH.....	82
Testes voluntários e confidenciais.....	87
Questões para debate:	89
Módulo 8: A igualdade de género e a epidemia do VIH	91
A distinção entre sexo e género.....	92
As dimensões de género do VIH e Sida	93
A ação da OIT: promoção da igualdade de género e empoderamento das mulheres	97
O papel dos tribunais.....	99
Eliminação da discriminação contra as mulheres no emprego e na profissão..	104
Assédio sexual	107
Aplicação judicial de outros instrumentos internacionais relevantes.....	107
Questões para debate	108
Módulo 9: Grupos chave.....	109
Grupos chave vulneráveis e em situação de risco	110
Outros grupos-chave	119
Questões para debate.....	124
Módulo 10: O papel dos juizes e profissionais da área jurídica	125
Conduta no tribunal	127
Implementação dos direitos humanos no trabalho para os trabalhadores com infeção por VIH e suas famílias	127
Desafios para uma aplicação eficaz	128
Compromisso no desenvolvimento de políticas nacionais sobre o VIH e a Sida e o mundo do trabalho	130
Catalisadores para a mudança	131
Influenciar as suas comunidades locais	132
Formação de pares	132
Questões para debate	132

Módulo 11:Acesso à justiça: mecanismos, procedimentos e reparação 133

 Ónus da prova 137

 Proteção contra a vitimização 141

 Medidas especiais para proteger os direitos de privacidade..... 143

 Recursos eficazes e sanções 144

 Questões para debate 145

Módulo 12: Exemplo de programa de formação e atividades de aprendizagem 147

 Instruções gerais para a equipa de facilitação/formação 147

 Sugestão de programa para um *workshop* de três dias 148

Prefácio

Este Manual destina-se a apoiar juízes/as e profissionais da área jurídica a lidar com as questões do VIH e Sida* com um enfoque no emprego e profissão. Fornece informação sobre a legislação relevante nacional e internacional e a sua aplicação nos tribunais nacionais tendo em conta as diferentes tradições e quadros jurídicos.

Desde que o primeiro caso de Sida foi identificado, há mais de 30 anos, o mundo tem testemunhado avanços notáveis na resposta à epidemia global. A taxa de novas infeções baixou em muitos países, e foram desenvolvidos tratamentos eficazes permitindo às pessoas que vivem com o VIH continuarem a levar uma vida mais saudável e mais produtiva. Apesar destas conquistas, permanecem desafios significativos a nível social, económico e legal.

O estigma e a discriminação relacionados com o VIH persistem em muitos locais de trabalho e as violações dos direitos fundamentais estão generalizadas. Para além disso, os grupos chave que já são desfavorecidos ou marginalizados podem sofrer níveis mais elevados de estigma e discriminação.

Em muitos países, a epidemia VIH está concentrada em grupos específicos mais difíceis de atingir, precisamente por serem estigmatizados. Quando as pessoas vivem à margem da sociedade, devido ao estigma ou receio de discriminação por causa da revelação de um diagnóstico VIH positivo, elas têm menos possibilidades de acesso à prevenção, tratamento, apoio e serviços de atendimento relativos ao VIH, incluindo o teste voluntário e o tratamento.

Para prevenir o VIH e mitigar os impactos da epidemia devem, portanto, ser desenvolvidos esforços para assegurar o respeito pelos direitos humanos daqueles que vivem ou que são afetados pelo VIH. Respostas eficazes ao VIH no local de trabalho e através do local de trabalho requerem o desenvolvimento e a implementação de quadros jurídicos e de políticas que salvaguardem a dignidade, a segurança no trabalho e os meios de subsistência para todos, homens e mulheres trabalhadores. As normas internacionais do trabalho, designadamente

* **NT:** No Brasil é utilizado o acrónimo inglês HIV e AIDS

a Recomendação (N.º 200) da OIT sobre VIH e Sida, fornecem uma base sólida para o desenvolvimento e implementação desses quadros.

Os/As Juízes/as e demais operadores judiciários desempenham um papel na defesa do respeito pelos direitos fundamentais do trabalho. A sua ação de sensibilização e liderança no direito do trabalho, no contexto da epidemia, contribui para a resposta global ao VIH e apoio à campanha da OIT: objetivo a alcançar “zero novas infeções, zero discriminação e zero mortes relacionadas com a Sida”, através e no mundo do trabalho. Espera-se, que este Manual e os materiais de formação que o acompanham possam apoiar juízes/as, instituições de formação judiciária e profissionais da área jurídica na sua tarefa de assegurar um acesso eficaz e transparente à justiça e ao respeito pelos direitos fundamentais do trabalho daqueles que vivem com a epidemia ou são afetados por ela.

Alice Ouedraogo,

Chefe,

Setor VIH e Sida e o Mundo do Trabalho (ILOAIDS)

Departamento das Condições de Trabalho e Igualdade (WORKQUALITY)

Agradecimentos

Este Manual foi elaborado por Anna Torriente e por Ingrid Sipi-Johnson do Setor VIH e Sida e o Mundo do Trabalho (*ILOAIDS*) com a consultoria especializada de Lee Swepston. Lee-Nah Hsu (*ILOAIDS*) deu, igualmente, apoio nas questões técnicas.

Foram recebidos contributos importantes, durante as versões provisórias, por parte de Xavier Beaudonnet, Alessandro Chiarabini, Natan Elkin, María Marta Travieso do Departamento das Normas Internacionais do Trabalho (*NORMES*), de Adrienne Cruz da Unidade Género, Igualdade e Diversidade (GED), de Tzehainesh Teklé do Centro Internacional de Formação de Turim e de Marta Serafim (ex-estagiária em *ILOAIDS*). Um agradecimento especial à Dra. Albertina Aveiro Pereira, Juíza Desembargadora, pelos seus contributos para a revisão da versão portuguesa do Manual.

Outras referências úteis

Judging the Epidemic - UNAIDS' judicial handbook on HIV, human rights and the law, 2013 [Julgando a epidemia – Manual jurídico da ONUSIDA sobre VIH, direitos humanos e direito, 2013]

De 10 a 12 de dezembro de 2012, o Programa conjunto das Nações Unidas para o VIH/ Sida (ONUSIDA), a Comissão Internacional de Juristas (ICJ), a Associação Internacional de Mulheres Juízas (IAWJ) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) promoveram uma consulta aos eminentes juízes e juristas africanos sobre o VIH, direito e direitos humanos em Joanesburgo (África do Sul). A consulta levou à adoção de uma Declaração de Princípios sobre VIH, Direito e Sistema Judiciário em África e foi solicitado apoio para formação judiciária sobre o VIH e a legislação através do desenvolvimento de um Manual sobre VIH, direito e direitos humanos para o sistema judiciário.

Judging the Epidemic: A judicial handbook on HIV, human rights and the law (2013) foi desenvolvido em resposta a esta recomendação. O Manual articula considerações legais e de direitos humanos e as melhores práticas e visa apoiar os membros do sistema judiciário a tomar decisões jurídicas que defendam os direitos humanos e apoiem o acesso aos serviços VIH por parte de todos.

O Manual *Judging the Epidemic* foi, em primeiro lugar, desenvolvido para funcionar como um recurso e uma referência para juízes, magistrados do Ministério Público e outros operadores judiciários de modo a apoiá-los no julgamento dos casos que envolvam questões relacionadas com o VIH. O Manual pode ser, igualmente, relevante para juristas, advogados e outros profissionais do direito, organizações da sociedade civil (incluindo pessoas que vivem com o VIH e membros de populações chave) com o objetivo de obter um entendimento específico quanto às questões jurídicas relacionadas com o VIH e sobre o papel potencial dos tribunais na promoção dos direitos humanos no contexto do VIH.

Este Manual é constituído por duas partes principais. A primeira parte, (“A ciência e a medicina sobre o VIH”), fornece um quadro informativo abrangente sobre a transmissão do VIH e o tratamento, essencial para compreender a epidemia VIH e as questões legais que coloca. A segunda parte, (“Decisões legais que promovem os direitos humanos no contexto do VIH”), contém sete capítulos, cada um abordando um tema particular relacionado com o VIH, incluindo a discriminação relacionada com o VIH, o contexto familiar das mulheres e os direitos

de propriedade, utilização de drogas, relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, pessoas que praticam sexo comercial e criminalização pela não revelação do estatuto VIH, exposição e transmissão. Cada capítulo fornece um quadro da legislação internacional, regional e nacional aplicável e normas dos direitos humanos e sugere considerações fundamentais relevantes para julgar casos relacionados com o VIH. Por fim resume casos pertinentes apresentados em tribunal de diferentes jurisdições.

A Comissão Mundial sobre VIH e o Direito

O direito é um elemento crítico do VIH e das respostas da saúde e pode ajudar a colmatar o fosso entre vulnerabilidade e resiliência. A Declaração Política de 2011 sobre VIH e Sida contém um compromisso por parte dos Estados membros das Nações Unidas em reduzir, até 2015, para metade o número de países com leis punitivas e práticas em torno da transmissão VIH, prática de sexo comercial, utilização de drogas ou homossexualidade. Para apoiar este objetivo, o PNUD convocou a Comissão Mundial sobre VIH e Direito para analisar o impacto do direito nas respostas ao VIH. A Comissão é composta por 14 Comissários e um grupo de consultoria técnica composto por 23 especialistas que reviram e analisaram 680 observações escritas de 130 países abordando o impacto que tem a legislação nas respostas ao VIH. A Comissão organizou, também, 7 sessões regionais de diálogo com cerca de 700 participantes com um leque variado de constituintes. Alguns dos tópicos chave analisados pela Comissão Mundial sobre VIH e Direito referem-se a:

- Criminalização da transmissão VIH, exposição e não revelação;
- O impacto da discriminação de pessoas que vivem com o VIH;
- A criminalização de comportamentos e práticas tais como o uso de drogas, sexo comercial, relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, questões relativas aos reclusos e aos migrantes;
- O impacto das leis e práticas discriminatórias relacionadas com as mulheres e as meninas/raparigas, assim como com as crianças e jovens em contexto de VIH; e
- A propriedade intelectual no contexto do acesso ao tratamento.

O relatório da Comissão, “VIH e o Direito: riscos, direitos e saúde”, difundido em julho de 2012 analisa o papel fundamental da legislação e os ambientes legais baseados nos direitos humanos no que se refere ao bem-estar das pessoas que vivem com o VIH e das pessoas vulneráveis ao VIH. Com base em evidências recolhidas, o relatório conclui que leis punitivas e práticas discriminatórias criam e sancionam a vulnerabilidade, dificultam o acesso à prevenção e ao tratamento e contribuem para aumentar o estigma. Em contrapartida, as leis que conferem centralidade aos direitos humanos podem melhorar a prevenção e os programas de tratamento, aumenta o apoio social para as pessoas afetadas pela epidemia, protege os seus direitos e aumenta o custo-efetividade dos investimentos.

Para mais informação sobre o relatório e seu o acompanhamento visite: www.hivlawcommission.org.

Introdução

País : África do Sul

Tribunal Constitucional da África do Sul, *Jacques Charl Hoffmann vs. South African Airways*, Processo CCT 17/00, Acórdão de 28 de setembro de 2000

Juiz J. Ngcobe (parágrafo 28):

“... [As pessoas que vivem com o VIH] têm sido sujeitas a situações de desvantagem e discriminação sistémica... Tem-lhes sido recusado emprego devido ao seu estatuto VIH sem ter em conta a sua capacidade para desempenhar as funções do cargo do qual foram excluídas. A resposta que a sociedade lhes tem proporcionado tem forçado muitas delas a não revelar o seu estatuto VIH com receio do preconceito. Esta situação por sua vez tem privado-os da ajuda que caso contrário teriam recebido... Apesar das evidências médicas disponíveis acerca do modo como esta doença é transmitida, ainda persistem os preconceitos e estereótipos contra as pessoas VIH positivo... O impacto da discriminação sobre as pessoas VIH positivo é devastador. É pior quando ocorre no contexto do trabalho. Pois é-lhes negado o direito de ganhar a vida...”

Trinta anos após ter sido identificado o primeiro caso de VIH, o estigma e a discriminação continuam generalizados, estando as pessoas que vivem com o VIH (PLVIH)* sujeitas ao estigma e à discriminação em todos os aspetos das suas vidas diárias, incluindo o acesso a serviços de saúde, habitação, educação e emprego¹. A proteção dos direitos humanos fundamentais daqueles que estão infetados e afetados pelo VIH e Sida, incluindo os direitos do trabalho – é essencial para garantir respostas eficazes à epidemia global.

Há muito que se reconhece o local de trabalho como um ponto de acesso para a implementação com sucesso da resposta ao VIH e Sida e para abordar o estigma e as atitudes discriminatórias. Muitas das pessoas que vivem ou são afetadas pelo VIH e Sida têm uma relação com o mundo do trabalho, direta

* NT: Esta abreviatura corresponde ao acrónimo em inglês *People Living with VIH*

1 Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, *The protection of human rights in the context of human immunodeficiency virus (HIV) and acquired immune deficiency syndrome (AIDS)*, Relatório do Secretário Geral, Assembleia Geral das Nações Unidas, 20 de dezembro de 2010, A/HRC/16/69.

ou indireta, e o local de trabalho pode servir como um meio eficaz para chegar a um segmento significativo da população, assim como à população em geral, facilitando o acesso à informação relacionada com o VIH e aos serviços. Para além disso, a prevalência da discriminação no emprego e na profissão relacionada com o VIH requer uma ação no local de trabalho e através dele.

A OIT está bem posicionada para chegar aos homens e mulheres no seu local de trabalho – assim como às famílias dos trabalhadores e seus dependentes – em virtude da sua singular estrutura tripartida, que reúne ao mesmo tempo governos, empregadores e trabalhadores, em parceria com a ONUSIDA² e um conjunto de outras partes interessadas (*stakeholders*) nacionais e internacionais, incluindo organizações de e para pessoas que vivem com o VIH³. Neste contexto, a OIT desempenha um papel fundamental, proporcionando orientação que visa promover o desenvolvimento e a implementação de respostas eficazes no local de trabalho com base nos direitos.

Em 2010, a OIT adotou uma norma internacional do trabalho para orientar as respostas legais e políticas relativas ao VIH e Sida no local de trabalho e através do local de trabalho. A Recomendação (N.º 200) relativa ao VIH e Sida e o Mundo do Trabalho, de 2010 é um instrumento internacional de direitos humanos que estabelece princípios chave para a prevenção e o tratamento do VIH e salvaguarda dos direitos do trabalho das pessoas que vivem ou são afetadas pelo VIH ou Sida. Está suportada nos quatro objetivos estratégicos da agenda do trabalho digno da OIT: princípios e direitos fundamentais no trabalho; oportunidades para mulheres e homens a acederem a um trabalho digno e a rendimento; acesso à proteção social; tripartismo e diálogo social.

Em junho de 2011, a Declaração Política sobre VIH e Sida confirmou o compromisso de todos os Estados membros das Nações Unidas para incluir o mundo do trabalho como uma componente essencial das respostas ao VIH, destacando a orientação fornecida pela Recomendação (N.º 200) e outras Convenções e Recomendações da OIT relevantes. A Declaração apelou aos Estados membros das Nações Unidas para protegerem os direitos humanos no trabalho.

A Recomendação (N.º 200) realça a importância da existência de instituições judiciais e de administrações do trabalho fortes e independentes. Apela, explicitamente, às autoridades judiciais nacionais em matéria do trabalho

2 A OIT tem, desde 2001, co-patrocinado a ONUSIDA e colabora com esta estrutura e com outras agências co-patrocinadoras do sistema das Nações Unidas.

3 Coligação Europeia das Pessoas VIH Positivo (ECPV), Declaração da Cimeira de Paris sobre a Sida, adotada em Paris, na Cimeira de 1 de dezembro de 1994. A Declaração consagra os Princípios GIPA, acrónimo inglês: *Greater Involvement of People Living with or Affected by HIV/AIDS* e que significa uma maior participação das pessoas que vivem ou que são afetadas pelo VIH/ Sida.

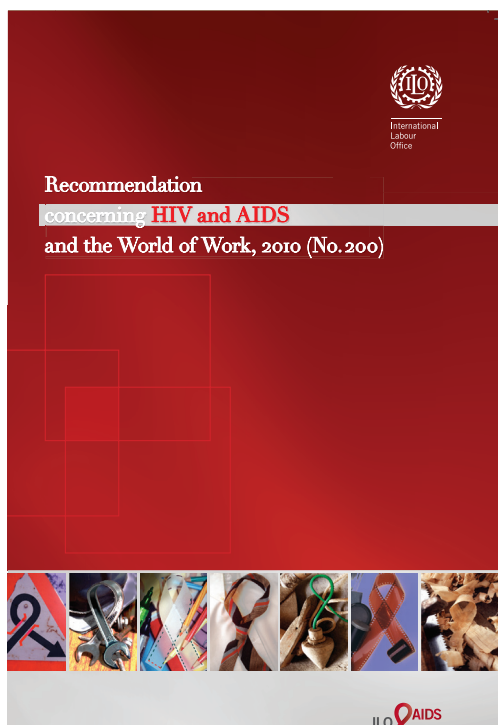
Declaração Política da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre VIH e Sida: Intensificando os nossos esforços para eliminar o VIH e a Sida, Resolução 65/277 (adotada a 10 de junho de 2011) A/RES/65/277, parágrafo 85:

“Comprometemo-nos a mitigar o impacto da epidemia sobre os trabalhadores, suas famílias, seus dependentes, sobre os locais de trabalho e as economias, levando inclusive em consideração todas as Convenções relevantes da Organização Internacional do Trabalho, bem como as orientações contidas nas Recomendações relevantes da Organização, inclusive a Recomendação (N.º 200), e exortamos os empregadores, sindicatos e centrais sindicais, empregados e voluntários que eliminem o estigma e a discriminação, protejam os direitos humanos e facilitem o acesso à prevenção, ao tratamento, aos cuidados e apoio no que se refere ao VIH”.

para se envolverem no desenvolvimento, adoção e implementação eficaz de políticas e programas para o local de trabalho sobre VIH e Sida - incluindo no desenvolvimento e aplicação de legislação nacional - e apela a que lhes seja proporcionada formação com este propósito destinada a estas instituições (Parágrafos 37(b) e 44 da Recomendação, incluída no Anexo 1).

Para assegurar a proteção eficaz dos direitos do trabalho para as pessoas que vivem e são afetadas pelo VIH e Sida, a legislação e as políticas nacionais baseadas nos direitos devem ser claramente aplicadas nos Tribunais do Trabalho ou noutros mecanismos nacionais de resolução de conflitos para facilitar a reparação fiável, acessível e adequada de alegadas violações. Os juízes e os profissionais da área jurídica podem, também, ter em atenção os instrumentos internacionais (e regionais) de direitos humanos para os apoiar na abordagem dos casos relacionados com o VIH que possam ter ocorrido anteriormente.

Desde 1999 que o Centro Internacional de Formação da



OIT em Turim, Itália (CIF-OIT) tem proporcionado formação para juízes, advogados e professores sobre as normas internacionais do trabalho e de que modo estas normas podem - e devem - ser usadas nos tribunais nacionais⁴. O Centro também desenvolveu uma base de dados de decisões judiciais com base nas normas internacionais do trabalho e noutros instrumentos jurídicos internacionais utilizados pelos tribunais internacionais e nacionais para resolver os casos que lhes foram apresentados⁵. Além disso a OIT desenvolveu orientações sobre como responder ao VIH e à Sida através do desenvolvimento e aplicação de legislação que incorpora as normas internacionais do trabalho e desenvolveu formação e materiais de referência para juízes do trabalho e profissionais da área jurídica sobre as normas do trabalho relevantes para o VIH e Sida⁶.

Do mesmo modo, a ONUSIDA e outros co-patrocinadores reconheceram a importância de envolver as autoridades judiciais e os membros das profissões jurídicas nas respostas nacionais à Sida, desenvolvendo materiais de referência para juízes para se familiarizarem com um vasto conjunto de questões relacionadas com o VIH, incluindo os instrumentos internacionais relevantes e a jurisprudência⁷. Para além disso, foram desenvolvidos materiais por região, incidindo sobre sub-regiões específicas e disponibilizados a juízes e a profissionais da área jurídica⁸.

Objetivos

Este Manual visa aumentar a capacidade das autoridades judiciais nacionais e dos profissionais da área jurídica a abordar as questões relacionadas com o VIH e a Sida no local de trabalho – em particular o estigma e a discriminação relacionadas com o VIH no local de trabalho – e contribuindo de forma mais ampla para as respostas nacionais ao VIH.

4 X. Beaudonnet (ed.), *International labour law and domestic law: A training manual for judges, lawyers and legal educators* (International Training Centre of the ILO, Turin, 2010).

5 A base de dados está disponível em: <http://compendium.ilo.org/>

6 J. Hodges, *Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law*, InFocus Programme on Social Dialogue, Working Paper No. 3 (Geneva, ILO, 2004) p.17; Ver também, J. Hodges (ed.), *Digest of good legislative practices relating to HIV/AIDS in selected African countries/Recueil de bonnes pratiques législatives en matière de VIH/Sida dans certains pays d'Afrique*, Dialogue, Working Paper No. 12 (ILO, Geneva, 2007).

7 UNAIDS, *Judging during the epidemic. A judicial handbook on HIV, human rights and the law* (Geneva, 2013); Ver também, Canadian HIV/AIDS Legal Network/UNAIDS, *Courting rights: Case studies in litigating the human rights of people living with HIV*, UNAIDS Best Practice Collection (Geneva, 2006).

8 Ver, por exemplo: Southern Africa Litigation Centre (SALC), *Equal rights for all: Litigating cases of HIV-related discrimination*, SALC Litigation Manual Series (Johannesburg, 2011). Ver também, SALC, *Protecting rights: Litigating cases of HIV testing and confidentiality of status*, SALC Litigation Manual Series (Johannesburg, 2012).

Os módulos do Manual foram concebidos para serem usados na totalidade ou separadamente, dependendo dos objetivos da formação em questão e do tempo disponível. Os módulos podem ser usados como uma componente de formação autónoma sobre a Recomendação (N.º 200), ou como uma parte de um curso mais vasto que integre outras normas e instrumentos internacionais do trabalho. A abordagem do Manual está em conformidade com o manual de formação do Centro Internacional de Formação (CIF) da OIT.

Estrutura

Este Manual é composto por 12 módulos e apresenta uma série de exemplos práticos da jurisprudência.

- O Módulo 1 enuncia os elementos básicos sobre o VIH e a Sida, incluindo os modos de transmissão do VIH.
- O Módulo 2 fornece uma visão geral sobre em que situação os tribunais nacionais podem usar os instrumentos internacionais do trabalho nas suas decisões e como os utilizaram no passado.
- O Módulo 3 enuncia os tipos e características dos instrumentos internacionais e regionais relevantes para o VIH e Sida e o mundo do trabalho.
- O Módulo 4 fornece uma visão geral da estrutura da OIT, das normas internacionais do trabalho e dos mecanismos de supervisão e apresenta exemplos de orientação fornecida pelos mecanismos de supervisão da OIT quanto ao VIH e à Sida.
- O Módulo 5 apresenta um resumo dos princípios fundamentais dos direitos humanos da Recomendação (N.º 200), da Convenção (N.º 111) sobre a Discriminação no Emprego e na Profissão, de 1958 e da Convenção (N.º 158) sobre a Cessação da Relação de Trabalho, de 1982.
- O Módulo 6 aborda as formas mais comuns de discriminação relacionadas com o VIH no emprego.
- O Módulo 7 analisa as questões relacionadas com os testes, a privacidade e confidencialidade no contexto do VIH e do emprego.
- O Módulo 8 aborda a dimensão de género da epidemia VIH.
- O Módulo 9 aborda vários grupos chave que são considerados mais vulneráveis ou em maior risco de transmissão de VIH no contexto da epidemia nacional de VIH.
- O Módulo 10 analisa o importante papel que os juizes e os profissionais da área jurídica podem desempenhar ao garantirem uma proteção eficaz dos direitos do trabalho das pessoas que vivem ou que são afetadas pelo VIH ou pela Sida.

- O Módulo 11 aborda o acesso à justiça por parte das pessoas que vivem ou são afetadas pelo VIH, incluindo as questões relativas aos mecanismos, procedimentos e reparação.
- O Módulo 12 apresenta um exemplo de um programa de um curso de formação de três dias, com atividades e estudos de caso para facilitar a formação contínua.
- O CD-ROM, que integra este Manual, contém um vasto conjunto de materiais de referência e de formação, assim como o texto integral dos acórdãos citados no texto principal.

Módulo 1: VIH e Sida e modos de transmissão

A epidemia VIH é um dos maiores desafios que o mundo enfrenta no século XXI. No final de 2011, estimava-se que, no mundo, 34 milhões de pessoas viviam com o VIH⁹.

A grande maioria dessas pessoas são adultas com idades entre os 15 e os 49 anos – e é precisamente este grupo etário, que é o mais produtivo e que está a trabalhar ou tem uma qualquer relação com o mundo do trabalho. O VIH e a Sida afeta não só os trabalhadores e as suas famílias, mas através deles, as comunidades locais nas quais vivem e trabalham. A doença relacionada com o VIH afeta as empresas em termos de perda de competências, aumento do absentismo e redução da produtividade. Por esta razão, o VIH não é só uma questão de saúde e de direitos humanos, é também uma questão do local de trabalho. Os locais de trabalho são, além disso, muito eficazes para chegar até aos mais afetados pela epidemia através da prevenção, tratamento, cuidados e apoio.

A natureza evolutiva da epidemia

Desde que foram identificados os primeiros casos de Sida nos primeiros anos de 1980, a epidemia levou à morte de milhões de pessoas em todo o mundo. O VIH e a Sida causaram enormes perdas humanas e económicas, afetando trabalhadores e as suas famílias, empresas, comunidades e economias nacionais. Reconhecendo os efeitos devastadores da epidemia, em particular nas regiões mais afetadas tais como a África subsariana, a comunidade internacional comprometeu-se a combater o VIH, a tuberculose, a malária e outras doenças, como parte dos Objetivos de Desenvolvimento do Milénio das Nações Unidas (ODM), adotados em 2000¹⁰.

⁹ UNAIDS, *Global Report: UNAIDS Report on the global AIDS epidemic 2012* (Geneva, 2012) p. 8.

¹⁰ Para mais informação sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio, ver a página internet das Nações Unidas em: <http://www.un.org/millenniumgoals/>

Desde a adoção dos ODM, foram alcançados progressos significativos para atingir a meta de acesso universal à prevenção do VIH, tratamento, cuidados e serviços de apoio. É agora evidente que os casos de novas infeções estão a diminuir em muitos países¹¹. Apesar disso os esforços no sentido da prevenção continuam a ser de grande importância uma vez que, apesar de uma diminuição de novas infeções em vários países, as novas infeções estão a aumentar noutros¹². Para evitar perder terreno para a epidemia, é essencial intensificar e dirigir as medidas de prevenção para atender as necessidades e preocupações das populações chave mais afetadas, dependendo das características da epidemia em cada país e região.

Ainda que não exista cura para o VIH, os avanços científicos e médicos levaram ao desenvolvimento de tratamentos antirretrovirais eficazes. Em resultado disso, o VIH já não significa uma sentença de morte. Existem agora, mais do que nunca, em todo o mundo pessoas que vivem com o VIH. De qualquer modo menos de metade (46 por cento) das pessoas que vivem com o VIH nos países de baixo e médio rendimento tiveram acesso ao tratamento de que precisavam em 2011¹³. Assegurar atempadamente o acesso ao tratamento às pessoas que vivem com o VIH e a um tratamento sustentável ao longo das suas vidas continua a ser um desafio em muitas regiões, e é essencial para reduzir as novas infeções e o número de mortes relacionadas com a Sida no mundo.

Para capacitar os juízes e os profissionais da área jurídica a lidar com os casos envolvendo o VIH e questões relacionadas com a Sida com a objetividade e imparcialidade necessárias é importante que eles se familiarizarem com os elementos básicos sobre o VIH e a Sida e os modos de transmissão do VIH.

Definições¹⁴

- (a) “**VIH**” refere-se ao vírus da imunodeficiência humana, que enfraquece o sistema imunitário humano. A infeção pode ser prevenida através de medidas adequadas;
- (b) “**Sida**” refere-se ao síndrome da imunodeficiência adquirida resultante da infeção VIH em fase avançada, e que se caracteriza pelo aparecimento de infeções ou cancro oportunistas relacionados com o VIH, ou de ambos;
- (c) “**Pessoas com VIH**”, significa pessoas infetadas por VIH.

11 UNAIDS, *Global Report*, 2012, op.cit., nota de rodapé 9, p. 8

12 *Ibid.*

13 UNAIDS, *World AIDS Days Report 2012* (Geneva, 2012), pp. 17 e 39.

14 Parágrafo 1 (a-c) da Recomendação (N.º 200) sobre VIH e Sida, de 2010. Ver Módulo 3 para aceder a uma lista mais abrangente de definições contidas na Recomendação.

Mitos comuns e ideias erradas

Muitas pessoas têm medo ou têm impressões erradas sobre o VIH e a Sida. As ideias erradas sobre os modos de transmissão do VIH originam medo, que por sua vez leva ao estigma e à intolerância, inclusive em ambientes de trabalho¹⁵. Para reduzir o estigma, relacionado com o VIH é, portanto, fundamental/essencial clarificar os factos acerca da transmissão do VIH.

O VIH não pode ser transmitido através de contactos físicos ocasionais de nenhum tipo, tais como:

- ✓ Beijo, abraço ou aperto de mão;
- ✓ Mosquito ou picada de inseto;
- ✓ Tossir, espirrar ou cuspir;
- ✓ Partilha de toalhas ou de material de limpeza;
- ✓ Utilização de utensílios ou consumo de alimentos e bebidas manuseadas por alguém infetado pelo VIH.

Modos de transmissão por VIH

O VIH é transmitido através de fluidos corporais – sangue, sémen, secreções vaginais e leite materno¹⁶. A transmissão só pode ocorrer através das seguintes vias:

- Relações sexuais não protegidas¹⁷ sejam heterossexuais ou homossexuais, com um parceiro infetado (este é o modo mais comum de transmissão). O risco de transmissão por via sexual tem aumentado através de outras infeções sexualmente transmissíveis, em particular de determinados tipos de úlceras tais como o herpes ou a sífilis;
- Transmissão mãe-filho durante a gravidez, trabalho de parto, quando as regras de prevenção não são seguidas, ou através da amamentação¹⁸; ou
- Sangue e produtos sanguíneos, por exemplo:
 - Transfusão de sangue infetado ou transplante de órgãos ou tecidos;
 - Partilha de todo o tipo de material de droga injetável, tais como agulhas ou seringas ou de instrumentos de *piercing* contaminados;

15 Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, op.cit., nota de rodapé 1, parágrafo 5.

16 As pessoas não podem ser infetadas pela Sida, mas antes pelo VIH. A referência deve apenas ser feita à “transmissão VIH” e não à “transmissão VIH/Sida”.

17 “Relações sexuais não protegidas” refere-se a relações sexuais sem uma barreira de proteção. Por exemplo os preservativos masculinos e femininos são uma barreira eficaz quando utilizados corretamente

18 Proporcionar o tratamento apropriado, de acordo com o protocolo, pode reduzir a transmissão mãe filho, mas não pode garantir que evita totalmente a transmissão em todos os casos.

- Acidentes de trabalho, incluindo picadas de agulhas sofridas por um profissional de saúde ao cuidar de um paciente infetado. Outro tipo de trabalhadores no setor da saúde, tais como pessoal de limpeza, que pode, também, estar em risco de acidente com seringas.

O VIH é um vírus frágil, que só sobrevive num número limitado de condições. Pode entrar no corpo através de membranas mucosas, tais como a boca ou a vagina. O VIH não pode entrar no corpo se a pele estiver intacta, mas pode entrar facilmente através de uma ferida aberta. A prevenção implica, por isso que se assegure que existe uma barreira contra o vírus – preservativos, por exemplo, ou meios de proteção tais como luvas e máscaras, se apropriado – e que as agulhas e outros instrumentos de *piercing* não estejam contaminados.

Tendo em vista a prevenção à exposição accidental ao VIH é importante seguir as orientações normalizadas de precaução elaboradas pelos Centros de Controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos (CDC) em 1996. Para informação adicional relativamente às precauções básicas, por favor consulte o CDC em <http://www.cdc.gov/>.

A importância de se conhecer o estatuto VIH

Uma pessoa pode estar infetada com o VIH há muitos anos sem ter desenvolvido nenhuns sintomas. Se os indivíduos não sabem que são VIH - positivo, podem deixar de adotar as precauções adequadas¹⁹ e em resultado disso, podem transmitir o vírus através de via sexual, sanguínea ou de outros fluidos corporais. Por esta razão, os programas de prevenção do VIH encorajam as pessoas a procurar voluntariamente (de forma confidencial) aconselhamento e a fazer o teste ao VIH o mais cedo possível, só assim podem ser informadas acerca do seu estatuto; se forem VIH-positivo, podem adotar as medidas adequadas para evitar transmitir o vírus a outra pessoa. Também é encorajado o fornecimento de teste no início, desde que tais testes correspondam às orientações internacionais sobre o teste VIH voluntário e confidencial acompanhado por aconselhamento pré e pós teste²⁰.

Muitos dos testes VIH detetam a presença de anticorpos ao VIH, não ao vírus em si. Pode levar algum tempo para que o sistema imunitário produza os anticorpos suficientes para que o teste detete o VIH, o período de tempo varia de pessoa para pessoa (entre duas a oito semanas). Este período de tempo é comumente referido como o “período de janela”, durante o qual as pessoas podem ser altamente infecciosas e ainda desconhecerem a sua situação. Com o

19 Por exemplo, através da utilização de preservativo masculino ou feminino.

20 A “taxa de prevalência” refere a proporção de indivíduos na população de pessoas que vivem com o VIH num dado momento. A “taxa de incidência” quantifica a taxa de novas infeções VIH durante um dado período para uma população específica.

objetivo de encorajar as pessoas a fazerem de forma voluntária o teste, é igualmente importante reduzir o estigma e a discriminação relacionados com o VIH. Muitos dos que poderiam beneficiar do teste VIH voluntário não optam por esta solução com receio de serem discriminados ou rejeitados pelas suas famílias ou colegas.

O tratamento enquanto prevenção

O tratamento antirretroviral contribui para prevenir a transmissão do VIH: reduz a concentração do VIH (também conhecido como carga viral) na corrente sanguínea e nas secreções genitais. Uma vez que a carga viral é o único grande fator de risco para todos os modos de transmissão do VIH, a completa adesão ao tratamento antirretroviral, que mantém a carga viral baixa, também diminui o risco de transmissão de uma pessoa para outra.

Questões para debate

1. Como é que a epidemia tem afetado o seu país/região?
 - a. Conhece a taxa de infeção por VIH no seu país/região?
 - b. Quais os principais meios de transmissão do VIH no seu país/região?
 - c. Como é a evolução no seu país/região?
2. O tratamento antirretroviral está disponível de forma generalizada no seu país ou região? O custo deste tratamento é subsidiado, ou apoiado de outro modo?
3. Qual é o nível de conhecimento, relativo ao VIH e à Sida, da população em geral e entre a comunidade jurídica – incluindo juízes e profissionais da área jurídica? Existem programas de formação e de sensibilização e qual a sua eficácia?

Módulo 2: Utilização do direito internacional e das normas internacionais do trabalho

As fontes e o conteúdo do direito internacional ampliaram-se desde a criação da OIT, em 1919, e das Nações Unidas, em 1945. Em resultado disso, os tribunais nacionais têm feito cada vez mais referência, nas suas decisões, às normas internacionais de direitos humanos. Para além disso, a legislação e a política nacionais têm incorporado cada vez mais referências à legislação internacional sobre direitos humanos²¹.

O direito internacional, em conjunto com a legislação nacional, pode fornecer recursos fundamentais para o tratamento e resolução dos conflitos laborais relacionados com o VIH. Este Módulo apresenta um quadro geral sobre quando e como o direito internacional pode ser utilizado nos contextos nacionais. Os Módulos que se seguem (3, 4 e 5) incidirão sobre o conteúdo dos instrumentos de direito internacional relevantes para o VIH e Sida e direito do trabalho.

Abordagens nacionais ao direito internacional

O modo como o direito internacional - incluindo as normas internacionais do trabalho - é incorporado no direito nacional depende geralmente do tipo de sistema legal do país, se tem uma abordagem “monista” ou “dualista” do direito internacional.

Tradicionalmente, no quadro de um sistema “monista”, o direito internacional e nacional são vistos como pertencentes a uma única ordem jurídica. Portanto, regra geral, os tratados entram em vigor no momento da ratificação

21 Para um debate aprofundado sobre a utilização das normas internacionais do trabalho em contextos nacionais ver: X. Beaudonnet (ed.), *International labour law and domestic law*, op.cit., nota de rodapé 4, e pp. 3-34.

ou após a conclusão dos procedimentos necessários. Os sistemas monistas são geralmente referidos como prevendo a “incorporação automática” do direito internacional na legislação nacional²².

No quadro de uma abordagem “dualista” o direito nacional e internacional, são considerados como pertencendo a dois domínios separados e distintos do direito. Por isso, é necessário prever a incorporação legal de um tratado pelo legislador nacional antes que o instrumento entre em vigor. Por isso os tribunais nacionais, nos países com um sistema legal dualista, não podem resolver diretamente um conflito sustentado apenas num tratado, a menos que tenha sido incorporado na legislação nacional por lei, decreto ou outro meio.

As teorias monistas e dualistas do direito são úteis para identificar os assuntos relacionados com a utilização do direito internacional nos tribunais nacionais; no entanto, muitos sistemas legais, independentemente de serem ou não monistas ou dualistas, partilham abordagens comuns do direito internacional. Por exemplo, as constituições de muitos países, tanto monistas como dualistas, estabelecem que o direito internacional deve ser usado como um guia para interpretar o direito interno.

A África do Sul, um país de sistema dualista, estabelece na sua Constituição que os tribunais devem levar em consideração o direito internacional:

Artigo 39(b) da Constituição da África do Sul de 1996 prevê que:

“Ao interpretar a Carta dos Direitos [Bill of Rights], um tribunal ou forum:

...

b. deve considerar o direito internacional...”

A Espanha, um país monista, também exige que os tribunais nacionais, na interpretação do direito nacional, tenham em conta, o direito internacional:

Artigo 10.2 da Constituição de Espanha de 27 de dezembro de 1978 prevê que:

“As disposições relativas aos direitos e liberdades fundamentais reconhecidas pela Constituição devem ser interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e tratados internacionais e acordos sobre os mesmos, ratificados por Espanha.”

22 Ver C. Thomas, M. Oelz e X. Boudonnet, “*The use of international law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications*”, in *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos (ILO, Geneva, 2004)*, pp. 249-285.

Os países dualistas também podem desenvolver disposições que eliminem a necessidade de incorporar no direito nacional os tratados ratificados, obtendo, assim, um resultado semelhante ao sistema monista. Por exemplo, a Constituição da África do Sul prevê que uma disposição de um tratado aprovado pelo Parlamento faz parte do ordenamento jurídico interno, a menos que seja incompatível com a Constituição ou com uma lei do Parlamento.

Artigo 231(4) da Constituição da África do Sul de 1996 prevê que:

“Qualquer acordo internacional torna-se lei da República quando for transposto para a legislação nacional, mas uma disposição com efeito direto de um acordo que foi aprovado pelo Parlamento constitui lei da República, a menos que seja incompatível com a Constituição ou com uma lei do Parlamento.”

Independentemente da tradição jurídica, em vários países, as autoridades judiciais nacionais estão a aplicar cada vez mais o direito internacional.

O direito internacional tem sido e continua a ser utilizado nos tribunais nacionais essencialmente através de quatro vias:

- I. Diretamente, como base para uma decisão (geralmente para preencher lacunas na legislação interna ou antecipar-se à legislação nacional que oferece um menor nível de proteção);
- II. Como um guia para apoiar na interpretação da legislação nacional;
- III. Para estabelecer um princípio judicial com base no direito internacional (especialmente quando a lei nacional é insuficiente); ou
- IV. *In dictum*, para fortalecer a decisão de um juiz com base na legislação nacional e apoiar a razão para o julgamento.

Aplicação direta do direito internacional

Nos sistemas monistas, os tribunais nacionais podem utilizar o direito internacional para resolver diretamente um caso sempre que exista uma omissão nas disposições nacionais ou quando o nível de proteção contido na disposição é inferior ao do direito internacional.

País: Argentina

Supremo Tribunal da Argentina/*Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A.*, Processo N.º A. 2652, XXXVIII, Acórdão de 21 de setembro de 2004

Um trabalhador sofreu um grave acidente no trabalho, caindo de um telhado onde estava a trabalhar sem equipamento de segurança ou rede de segurança. Em resultado do acidente, o trabalhador foi declarado com uma incapacidade de 100 por cento para o trabalho.

Na Argentina, os acidentes de trabalho são regulados pela Lei dos riscos no local de trabalho (LRT) N.º. 24.557, que estabelece um sistema de compensação por acidentes de trabalho. De acordo com a LRT, a compensação está prevista apenas para danos materiais, cobrindo só a perda de rendimentos. Os empregadores abrangidos pelo sistema LRT estão isentos de responsabilidade decorrente de acidentes de trabalho. O Tribunal considerou que o sistema era insuficiente e que não fornecia a reparação integral e abrangente, tal como previsto nos termos do artigo 19º da Constituição argentina, que proíbe a violação de direitos de terceiros. O Tribunal, também, determinou que o sistema era incompatível com os princípios de proteção no trabalho e a garantia de condições de trabalho dignas e equitativas previstas nos termos do artigo 14º bis da Constituição, bem como com os princípios decorrentes de outros instrumentos internacionais com estatuto constitucional (citando o artigo 75º, secção 22 do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais).

O Tribunal concluiu que a LRT não era compatível com o princípio da justiça social, citando o Preâmbulo da Constituição da OIT e com a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Direito Internacional como um guia para a interpretação do direito nacional

Quando o direito internacional é utilizado como base para a interpretação do direito nacional, a decisão não se baseia apenas no direito internacional. Esta abordagem tem sido utilizada por ambos os sistemas, monista e dualista. Além disso, o uso do direito internacional como guia para a interpretação do direito nacional não se limita a instrumentos juridicamente vinculativos. Um exemplo disso pode ser identificado na seguinte decisão do Tribunal do Trabalho do Botswana.

País: Botswana

Tribunal do Trabalho do Botswana, *Lemo vs. Northern Air Maintenance (Pty) Ltd.*, Processo N.º 166 de 2004, Acórdão de 22 de novembro de 2004

Ao examinar as alegações de despedimento sem justa causa, com base no estatuto VIH, o Tribunal citou a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, observando que, agindo com equidade o Tribunal, “tem o direito de ter em conta os princípios internacionais sobre direitos no trabalho”. Ao decidir que um trabalhador não pode ser demitido apenas porque ele ou ela é VIH-positivo, o Tribunal também observou que a “Coletânea das Diretivas Práticas sobre o VIH/Sida no Mundo do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho”... apesar de não ter força de lei, é convincente na medida em que é consistente com as obrigações internacionais do Botswana.” (citando também as Convenções (N.º 111) e (N.º 158) da OIT.

Utilizando o direito internacional para estabelecer um princípio judicial

Os tribunais em ambos os sistemas, monista e dualista, têm usado o direito internacional para estabelecer princípios jurisprudenciais do direito, especialmente para preencher uma lacuna no direito interno. Neste contexto, os tribunais têm usado o direito internacional para desenvolver jurisprudência com base no direito internacional, utilizando tanto os tratados ratificados como as orientações internacionais, como se apresenta no caso a seguir.

País: Brasil

Tribunal Federal Superior do Trabalho (TST), *São Paulo Transporte S.A. vs. Gilmar Ramos da Silva*, Processo N.º TST-RR- 439041-20.1998.5.02.5555, Acórdão de 5 de maio de 2003 (publicado a 23 de maio de 2003)

O empregador despediu um trabalhador por motivos técnicos, sabendo que ele era VIH-positivo. O trabalhador intentou uma ação, com pedido de reintegração e pagamento de perdas e danos. O tribunal de primeira instância decidiu a favor do trabalhador. O empregador recorreu, argumentando que a legislação brasileira não continha nenhuma disposição que reconhece o direito do trabalhador à estabilidade [no emprego] e que as disposições da Constituição Federal não apoiam o pedido de reintegração.

O Tribunal concluiu que o empregador não conseguiu provar os motivos técnicos para o despedimento, concluindo que o trabalhador tinha sido demitido em razão do seu estatuto VIH, violando as disposições da Constituição Federal de 1988 sobre o direito à dignidade. O Tribunal argumentou que o ordenamento jurídico brasileiro continha proteção contra condutas discriminatórias, citando a Constituição Federal e normas internacionais do trabalho, incluindo a Convenção (N.º 111) sobre Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958 e a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998. Por isso, o Tribunal constatou que o trabalhador seropositivo tinha direito a proteção contra a discriminação.

Utilizando o direito internacional para apoiar uma decisão baseada no direito nacional

Os tribunais nacionais em ambos os sistemas jurídicos, monista e dualista, podem usar o direito internacional para reforçar as decisões tomadas com base na legislação nacional existente. Podem ser identificados exemplos nas decisões a seguir apresentadas.

País: Burkina Faso

Tribunal do Trabalho de Ouagadougou/Tribunal du Travail de Ouagadougou, Idrissa Zongo e outros 2 vs. the Petrol Station Bataille du Rail, Processo N.º 090, Acórdão de 17 de junho de 2003

Para reforçar o princípio da aplicação do salário mínimo como está estabelecido pelo Código do Trabalho do Burkina Faso, o Tribunal do Trabalho refere-se à obrigação do empregador de respeitar os salários mínimos fixados, conforme prevê a Convenção (N.º 26) da OIT sobre Métodos de fixação dos salários mínimos, de 1928 e a Convenção (N.º 131) da OIT sobre Fixação dos salários mínimos, de 1970.

As normas internacionais do trabalho que serviram de inspiração aos tribunais nacionais, têm sido citadas para apoiar e complementar as decisões baseadas no direito interno.

País: África do Sul

Tribunal do Trabalho de África do Sul/South African Labour Court, Gary Shane Allpass vs. Mooikloof Estates (Pty) Ltd, Processo N.º JS178/09, Acórdão de 16 de fevereiro de 2011:

“A legislação anti-discriminação sul africana baseia-se nas convenções da Organização Internacional do Trabalho, incluindo a Convenção (N.º 111) sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958, que proíbe a discriminação no local de trabalho com base numa série de motivos específicos, mas não condena a discriminação VIH. Mais recentemente, a Recomendação (N.º 200) da OIT sobre VIH e Sida e o Mundo do Trabalho de 2010, reconheceu o impacto da discriminação com base no estatuto VIH real ou suposto e sua prevalência.”

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem leva em conta o direito internacional quando lhe são apresentados casos. O caso *Kiyutin vs. Rússia* é um exemplo:

Conselho da Europa

Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos (1950)

País: Federação Russa

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Kiyutin vs. Russia*, Processo N.º 2700/10.

Acórdão de 10 de março de 2011, parágrafo 67:

“O Tribunal decidiu de forma consistente que leva em conta os instrumentos internacionais relevantes e os relatórios, a fim de interpretar as garantias da Convenção e para estabelecer se existe um padrão comum nesse campo. Cabe ao Tribunal decidir quais os instrumentos internacionais e relatórios que são relevantes e que peso atribuir-lhes”.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos estabelece que a Comissão de Direitos do Homem e dos Povos, de acordo com os direitos instituídos nos termos do artigo 30.º da Carta, deve levar em conta o direito internacional dos direitos humanos quando examinar as questões que lhe são submetidos.

União Africana

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981)

Artigo 60.º

“A Comissão inspira-se no direito internacional relativo aos direitos do homem e dos povos, nomeadamente nas disposições dos diversos instrumentos africanos relativos aos direitos do homem e dos povos, nas disposições da Carta das Nações Unidas, da Carta da Organização da Unidade Africana, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, nas disposições dos outros instrumentos adotados pelas Nações Unidas e pelos países africanos no domínio dos direitos humanos e dos povos, assim como nas disposições de diversos instrumentos adotados no seio de instituições especializadas das Nações Unidas de que são membros as partes na presente Carta.”

Artigo 61.º

“A Comissão toma, também, em consideração, enquanto medidas subsidiárias para determinar os princípios do direito, outras convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados membros da Organização da Unidade Africana, práticas africanas conformes às normas internacionais relativas aos direitos humanos dos povos, os costumes geralmente aceites como lei, os princípios gerais de direito reconhecidos pelos Estados africanos assim como a jurisprudência e a doutrina.”

Orientações internacionais e outros instrumentos internacionais

Os tribunais nacionais utilizaram, também, as orientações internacionais para decidir casos nacionais. Por exemplo, nos seguintes casos, os tribunais citaram a Coletânea das Diretivas Práticas sobre o VIH/Sida e o Mundo do Trabalho de 2001 e a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, para apoiar as suas decisões.

País: Botswana

Tribunal do Trabalho do Botswana/Botswana Industrial Court, Monare vs. Botswana Ash (Pty) Ltd., Processo N.º 112 de 1998, Acórdão de 28 de março de 2004

O Tribunal do Trabalho do Botswana referiu-se à Coletânea das Diretivas Práticas sobre o VIH/Sida e o Mundo do Trabalho de 2001, da OIT. O Tribunal observou que, ainda que a Coletânea não seja vinculativa, fornece “orientações úteis, baseadas nas normas do trabalho internacionalmente aceites.”

País: Brasil

Regional Labour Tribunal / Tribunais Regionais do Trabalho (RODC), Processo N.º TST-RODC-2025400-93.2006.5.02.000, Acórdão de 18 de outubro de 2010 (publicado a 28 de outubro de 2010)

O Tribunal refere-se quer à Convenção (N.º 111) da OIT quer à Coletânea das Diretivas Práticas sobre VIH/Sida e o Mundo do Trabalho ao analisar a queixa envolvendo alegações de despedimento sem justa causa com base no estatuto de VIH. O Tribunal observou que, para dar cumprimento à Convenção (N.º 111) e à Coletânea da OIT, é necessário garantir o direito do trabalhador a ser readmitido de forma compatível com o seu estado de saúde e de acordo com as recomendações médicas, quando ou se a sua capacidade de trabalho estiver afetada [devido a uma doença relacionada com o VIH].

Tribunal Federal Superior do Trabalho (TST), WMS Supermercados do Brasil LTDA vs. Flávio Antônio dos Santos Mascarenhas, Processo N.º TST-RR-105500-32.2008.5.04.0101, Acórdão de 29 de junho de 2011 (publicado a 5 de agosto de 2011)

Num caso envolvendo alegações de despedimento sem justa causa, devido a uma deficiência mental, o Tribunal referiu a Convenção (N.º 111) da OIT, bem como a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998.

Questões para debate

1. No seu país o sistema jurídico é monista ou dualista? Tem aspetos dos dois?
2. A sua Constituição ou outra lei fornece orientações sobre a posição do direito internacional no sistema jurídico nacional do seu país?
3. Conhece jurisprudência do seu país que tenha utilizado os instrumentos internacionais de direitos humanos, incluindo as normas internacionais do trabalho? Se sim, como foram esses instrumentos utilizados na sua jurisdição?

Módulo 3: Instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos relevantes para o VIH e Sida

Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, cor, sexo, nacionalidade, condição social ou de quaisquer outros fatores. Estes direitos são universais e inalienáveis e aplicam-se a todas as pessoas de forma igual, sem discriminação. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são considerados como estando interligados, interdependentes e indivisíveis²³. Estão expressos em instrumentos, tais como os tratados e as convenções, que podem ser ratificados pelos países²⁴. O direito internacional consuetudinário e os princípios gerais do direito são, também, fontes de direito internacional²⁵.

Quando os indivíduos e as comunidades tomam consciência dos seus direitos humanos fundamentais – direito à educação e informação, saúde, livre associação, privacidade e o direito de não ser discriminados - também serão capazes de usufruir de um melhor acesso aos serviços de VIH. Os ambientes abertos e que apoiem o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas que vivem com ou são afetadas pelo VIH ou pela Sida também favorecem os esforços de prevenção e educação sobre o VIH.

23 Ver página do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em: www.ohchr.org

24 Ver a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, adotada a 23 de maio de 1969 (e que entrou em vigor a 27 de janeiro de 1980).

25 Ver artigo 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, estabelecido em 1945 no âmbito da Carta das Nações Unidas.

Assembleia Geral das Nações Unidas, *Declaração de Compromisso sobre VIH/Sida*, Resolução S-26/2 (adotada a 27 de junho de 2001) A/RES/S-26/2:

A plena realização dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, é um elemento essencial para uma resposta global à pandemia do VIH/Sida, incluindo nas áreas da prevenção, cuidados, apoio e tratamento, e [...] reduz a vulnerabilidade ao VIH/Sida e previne o estigma e a discriminação contra as pessoas que vivem com o VIH/Sida ou estão em risco.”

Este módulo aborda os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos relevantes para o VIH e Sida e o mundo do trabalho.

Instrumentos das Nações Unidas

Os direitos humanos foram confirmados em numerosos instrumentos das Nações Unidas. Alguns destes instrumentos têm sido interpretados como de aplicação ao VIH e à Sida, apesar do facto da epidemia ser desconhecida no momento em que muitos deles foram adotados.

Instrumentos das Nações Unidas relevantes para o VIH e Sida:

- A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
- O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e os seus dois Protocolos Opcionais; e
- O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966).
- A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979);
- A Convenção dos Direitos da Criança (1989);
- A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990); e
- A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

A implementação dos instrumentos das Nações Unidas é monitorizada pelos órgãos criados pelos tratados de direitos humanos, de acordo com as disposições do tratado específico a que se referem. Os órgãos são compostos por especialistas independentes que fornecem aos Estados orientação em matéria de direitos estabelecidos nos termos do tratado²⁶.

²⁶ O Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUR) proporciona, no âmbito das Nações Unidas, apoio aos diferentes mecanismos de monitorização dos direitos humanos. Para mais informação consultar *HIV and Human Rights* em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/HIV/Pages/HIVIndex.aspx>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos expressa o princípio da não discriminação no seu Artigo 2º:

“Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação.” (sublinhado nosso)

Este princípio está presente em disposições semelhantes no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (artigo 26 °) e no Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 2 ° (2)):

Artigo 26º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (1966):

“Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente por motivos de raça, de cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação.” (sublinhado nosso)

Artigo 2º(2) do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966):

“Os Estados Parte no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação.” (sublinhado nosso)

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (substituída, agora, pelo Conselho sobre Direitos Humanos) confirmou em diversas ocasiões que a proibição de discriminação em razão de “outra situação” estabelecida nos instrumentos internacionais de direitos humanos deve ser interpretada no sentido de abranger o estado de saúde, incluindo VIH e Sida²⁷.

27 Ver Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, Resolução n.º 1995/44 de 3 de março de 1995, parágrafo 1; Ver também as Resoluções 1996/43 de 19 de abril de 1996; 1999/49 de 27 de abril de 1999; 2001/51 de 24 de abril de 2001; 2003/47 de 23 de abril de 2003; 2005/84 de 21 de abril de 2005.

Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, *A Proteção dos direitos humanos no contexto do vírus da imunodeficiência humana (VIH) e do síndrome da imunodeficiência adquirida (Sida)*, Resolução N.º 1995/44 (adotada a 3 de março de 1995) E/CN.4/RES/1995/44:

“1. Confirma que a discriminação com base na Sida ou no estatuto VIH, real ou presumido, é proibida por normas internacionais de direitos humanos existentes, e que o termo “ou qualquer outra condição” nas disposições de não-discriminação em textos internacionais de direitos humanos podem ser interpretados para cobrir o estado de saúde, incluindo o VIH/Sida;

2. Exorta todos os Estados a assegurar, se necessário, que as suas leis, políticas e práticas, incluindo aquelas introduzidas no contexto do VIH/Sida, respeitam as normas de direitos humanos, incluindo o direito à privacidade e integridade das pessoas que vivem com o VIH/Sida, proíbam a discriminação relacionada com o VIH/Sida e que não inibam os programas para a prevenção do VIH/Sida e para o cuidado das pessoas infetadas com VIH/Sida;”

A referência a “outra situação”, nos instrumentos internacionais de direitos humanos, pode permitir aos tribunais nacionais abordar a discriminação relacionada com o VIH, mesmo quando o VIH e a Sida não são explicitamente cobertos pela legislação nacional. A decisão do Tribunal Constitucional da Roménia é um desses casos.

País: Roménia

Tribunal Constitucional da Roménia/*Curtea Constitutionala a României*, Decisão N.º 6, Acórdão de 25 de fevereiro de 1993:

“Os critérios da não discriminação, conforme está estabelecido no artigo 4º (2) da Constituição são: raça, nacionalidade, origem étnica, língua, religião, sexo, opinião, filiação política, a propriedade e origem social. No entanto, deve ser enfatizado neste contexto que, as disposições da Constituição, devem ser complementadas pelos instrumentos internacionais de direitos humanos, uma vez que esta é a única forma de atribuir uma real dimensão legal ao princípio da igualdade de direitos. Isso resulta explicitamente do primeiro parágrafo do artigo 20º da Constituição, que prevê que “as disposições constitucionais relativas aos direitos e liberdades dos cidadãos devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com as convenções e outros tratados de que a Roménia é Estado Parte.” Consequentemente neste caso são aplicáveis as disposições do artigo 26º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que entrou em vigor em 23 de março de 1976. Esse artigo estabelece que “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação.” (parágrafo 3).

A comissão de acompanhamento da aplicação do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais tem interpretado a referência a “outra condição” para incluir VIH como um fator proibido de discriminação, além de outros motivos relevantes, tais como o estado de saúde, deficiência e orientação sexual²⁸. A Comissão de Direitos Humanos interpretou, também, a referência a “outra situação” no artigo 2º(1) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, para proteger as pessoas contra a discriminação com base no estado de VIH²⁹. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança contém, também, uma referência à proibição de discriminação com base na “outra situação”, que tem sido interpretada para abranger o estatuto VIH³⁰.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) é relevante para os casos de discriminação contra as mulheres que vivem ou são afetadas pelo VIH em todas as dimensões, incluindo o emprego. No seu artigo 2º apela aos Estados para prosseguirem uma política de eliminação da discriminação contra as mulheres. É destacado o importante papel dos tribunais no artigo 2º, alínea c), que apela aos Estados:

“...Instaurar uma proteção jurisdicional dos direitos das mulheres em pé de igualdade com os homens, e garantir por intermédio dos tribunais nacionais competentes e outras instituições públicas, a proteção efetiva das mulheres contra qualquer ato discriminatório.”

Em particular, o Artigo 12º (1) da CEDAW, insta os Estados a adotarem medidas para eliminar a discriminação contra as mulheres em matéria de serviços de saúde e para garantir o seu acesso aos serviços médicos adequados, incluindo informações sobre o planeamento familiar. O Comité CEDAW emitiu uma recomendação específica sobre as mulheres e a Sida, apelando para que os programas sobre VIH e Sida “deem especial atenção aos direitos e necessidades das mulheres e crianças, e aos fatores relacionados com o papel reprodutivo das mulheres e a sua posição de

28 Ver Conselho Económico e Social das Nações Unidas, Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, *Comentário Geral N.º 20, Não Discriminação nos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (art. 2º, parágrafo 2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais), quadragésima segunda sessão, (Genebra, 25 de maio de 2009), E/C.12/GC/20, parágrafos 27-28 e 32-33

29 Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Consideração aos relatórios submetidos pelos Estados Partes no âmbito do Artigo 40º do Pacto. Observações finais da Comissão de Direitos Humanos. República da Moldávia*, nonagésima sétima sessão (Genebra, 4 de novembro de 2009), CCPR/C/MDA/CO/2, parágrafo 12.

30 Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, *A Saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção dos Direitos das Crianças*, Observação Geral N.º 4 (2003), trigésima terceira sessão (Genebra, 19 de maio a 6 de junho de 2003), CRC/GC/2003/93, parágrafo. 6.

subordinação nalgumas sociedades, o que as tornam particularmente vulneráveis à infecção por VIH³¹.

A Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais publicou observações pedindo aos Estados que tomassem medidas para garantir que as mulheres gozam de igualdade de acesso aos serviços de saúde, educação e informação, inclusive em relação à saúde sexual e reprodutiva. A Comissão recomendou aos Estados que adotem “medidas preventivas, ações de promoção e corretivas para proteger as mulheres contra o impacto de práticas culturais tradicionais nocivas e normas que lhes negam o gozo pleno dos seus direitos”³².

Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas

Em junho de 2001, a Assembleia Geral das Nações Unidas realizou a sua primeira Sessão Especial sobre VIH/Sida (UNGASS) e aprovou a *Declaração de Compromisso sobre VIH/Sida* (Resolução S-26/2, de 27 de junho de 2001). A declaração apela para que sejam tomadas medidas para estabelecer ambientes de trabalho que apoiem as pessoas que vivem com o VIH/Sida (parágrafo 49) e que desenvolvam um quadro legal e político nacional para proteger os direitos do trabalho das pessoas infetadas ou afetadas pelo VIH/Sida (parágrafo 69).

Assembleia Geral das Nações Unidas, *Declaração de Compromisso sobre VIH/Sida*, Resolução S-26/2, adotada a 27 de junho de 2001 (A/RES/S-26/2)

Parágrafo 49:

“...reforçar a resposta ao VIH/Sida no mundo do trabalho através da criação e implementação de programas de prevenção e assistência nos setores público, privado e informal, e tomar medidas para proporcionar um ambiente de trabalho que apoie as pessoas que vivem com o VIH/Sida”.

Parágrafo 69:

“...desenvolver um quadro legal e político nacional que proteja os direitos e a dignidade das pessoas que vivem e são afetadas pelo VIH/Sida e os que estão em maior risco de VIH/Sida no local de trabalho, em consulta com os representantes dos empregadores e dos trabalhadores, tendo em conta as orientações internacionais instituídas sobre o VIH/Sida no local de trabalho.”

31 Comité das Nações Unidas sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, *Recomendação N.º 15: Nas estratégias nacionais para a prevenção e controle da síndrome da imunodeficiência adquirida (Sida) evitar a discriminação contra as mulheres*, nona sessão (Genebra, 1990).

32 Ver Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, *Comentário Geral N.º. 14*, vigésima segunda sessão (Genebra, 2000) parágrafo 21.

Ao adotar a Declaração de 2001, todos os Estados Membros das Nações Unidas comprometeram-se a informar a Assembleia Geral, a cada dois anos, sobre os progressos alcançados na resposta à epidemia (estes relatórios são comumente referidos como os “relatórios UNGASS”).

Este compromisso foi reafirmado em 2006, num segundo instrumento, a *Declaração Política sobre VIH/Sida*, a Resolução 60/262 (adotada a 2 de junho de 2006), A/RES/60/262.

Em 2011, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a *Declaração Política sobre VIH e Sida: Intensificando os nossos esforços para eliminar o VIH e a Sida* (Resolução 65/277 de 10 de junho de 2011). No parágrafo 85 reafirma o compromisso de eliminar o estigma e a discriminação relacionados com o VIH no mundo do trabalho e através do mundo do trabalho.

Orientações internacionais

As *Diretrizes conjuntas ONUSIDA - ACNUR sobre VIH/Sida e Direitos Humanos* apelaram aos governos para fornecerem proteção legal contra a discriminação no emprego relacionada com o VIH:

Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUR) / ONUSIDA, *Diretrizes internacionais sobre VIH/Sida e direitos humanos*, Versão consolidada, Genebra, 2006

Diretriz 5 (páginas 17-18 e 31-37) prevê que a legislação anti-discriminação deve abranger um vasto conjunto de áreas, incluindo o emprego. Esta secção exige medidas de proteção a adotar para garantir uma série de direitos no local de trabalho, incluindo a liberdade de realizar teste VIH ou rastreio para emprego, promoção, formação ou benefícios; confidencialidade das informações relacionadas com o VIH no local de trabalho e segurança no emprego para os trabalhadores que vivem com o VIH, até que deixem de poder trabalhar. A legislação deve abranger tanto a discriminação direta como indireta e fornecer os trâmites legais e/ou administrativos independentes, rápidos e eficazes para compensar quem se sentir lesado.

A Coletânea das Diretivas Práticas sobre o VIH/Sida e o mundo do trabalho da OIT, de 2001, fornece orientação sobre o desenvolvimento e implementação das respostas ao VIH/Sida no local de trabalho baseadas nos direitos. A Coletânea foi desenvolvida por um grupo tripartido de especialistas, representando governos, associações de empregadores e de trabalhadores (ver Módulo 4).

Instrumentos regionais relevantes para o VIH e Sida

Conselho da Europa

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é uma fonte de direito relevante para os países europeus, em especial para aqueles que são membros do Conselho da Europa. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu que a discriminação com base no estado de saúde, incluindo o estatuto VIH, está coberta pela referência do artigo 14.º da Convenção, de “outra situação”, ou como uma forma de deficiência ou com deficiência.

País: Federação Russa

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Kiyutin vs. Russia*, Recurso N.º 2700/10. Acórdão de 10 de março de 2011, parágrafo 57:

“...o Tribunal considera que a distinção feita devido ao próprio estado de saúde, incluindo doenças como a infeção pelo VIH, deve ser coberta - ou como uma forma de deficiência ou por similitude - pelo termo “outra situação” no texto do artigo 14º da Convenção.”

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950)

O Artigo 14º da Convenção estipula:

“O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” (sublinhado nosso)

União Africana

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) apela aos Estados membros da União Africana para se comprometerem a eliminar todas as formas de discriminação.

União Africana

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981)

O Artigo 2º da Carta Africana proíbe qualquer forma de discriminação, desde que:

“Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.” (sublinhado nosso)

No caso *Banda vs. Lekha*, o Tribunal das Relações Industriais do Malawi citou tanto a Carta Africana como a Convenção (N.º 111), da OIT, mantendo que a proteção contra a discriminação no emprego com base no estatuto VIH estava implícito no artigo 20º da Constituição do Malawi, que proíbe a discriminação injusta:

País: Malawi

Tribunal das Relações Industriais do Malawi, *Banda vs. Lekha*, Processo N.º IRC 277 de 2004, Acórdão de 1 de junho de 2005

O Tribunal das Relações Industriais do Malawi baseando-se tanto na Convenção (N.º 111), da OIT como na Carta Africana (ratificadas pelo Malawi, respetivamente a 22 de março de 1965 e a 21 de outubro de 1986). O Tribunal observou que o artigo 20º da Constituição do Malawi proíbe a discriminação injusta, sem se referir especificamente a discriminação com base no estatuto VIH. Ao considerar que a proteção contra a discriminação com base no estatuto VIH devia estar implícita nos termos do artigo 20º, o Tribunal citou as obrigações decorrentes da Carta Africana e da Convenção (N.º 111) da OIT para promulgar legislação de proteção e formular a política nacional para efetivar os direitos fundamentais consagrados na Carta e na Convenção. No seu acórdão, o Tribunal citou, também, a política nacional do Malawi em matéria de Sida, que “visa assegurar que todas as pessoas afetadas ou infetadas com VIH são igualmente protegidas pela lei.”

Organização dos Estados Americanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos interpretou a Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, como proibindo a discriminação relacionada com o VIH.

País: El Salvador

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Jorge Odir Miranda Cortez e Outros vs. El Salvador*, Processo N.º 12.249, Relatório N.º 27/09 de 20 de março de 2009

A Comissão citou o Artigo 24º da Convenção que refere “todas as pessoas são iguais perante a lei” e “por conseguinte, têm direito, sem discriminação, à igual proteção da lei.” A Comissão observou que o artigo 1º (1) da Convenção estabelece, ainda, a obrigação de respeitar os direitos de todas as pessoas e garantir o seu livre e pleno exercício”, sem qualquer discriminação por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social. “Nesta base, a Comissão considerou que as disposições da Convenção antidiscriminação abrangem a proteção contra a discriminação com base no estatuto VIH.”

Em 2013, a Organização dos Estados Americanos adotou a Convenção Interamericana contra todas as Formas de Discriminação e Intolerância. A nova Convenção proíbe, explicitamente, a discriminação com base num certo número de motivos relevantes para o VIH, incluindo a orientação sexual, a identidade ou expressão de género, estatuto de doença infecciosa ou contagiosa ou com base em qualquer outra condição³³.

Organização dos Estados Americanos

Convenção Interamericana contra todas as Formas de Discriminação e Intolerância (2013), Artigo 1(1), segundo parágrafo:

“A discriminação pode basear-se na nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de género, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconómica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infetocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.”

Orientações sub-regionais

Os tribunais nacionais também se têm apoiado nas orientações sub-regionais para tratar casos de alegada discriminação relacionada com o VIH no local de trabalho. Por exemplo o Código de Conduta sobre VIH/Sida e Emprego do Sul, da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC) proíbe explicitamente a discriminação no emprego com base no estatuto VIH³⁴.

Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC) *Código de Conduta sobre VIH/Sida e Emprego* (1997), secção 4:

“O estatuto VIH não deve ser um fator do trabalho, promoção ou transferência. Quaisquer alterações na situação laboral devem basear-se em critérios existentes de igualdade de oportunidades, mérito e capacidade para executar o trabalho a um nível satisfatório.”

33 A Organização dos Estados Americanos também adotou em 2013 a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e outras Formas relacionadas de Intolerância.

34 Na altura da redação deste Manual o Código da SADC estava a ser revisto

Questões para debate

1. Quais os elementos dos tratados internacionais de direitos humanos que considera relevantes para a resolução de um caso de discriminação relacionada com o VIH no local de trabalho?
2. Na sua jurisdição existem instrumentos regionais aplicáveis relevantes para o VIH e Sida?
3. Indique - se já utilizou – os instrumentos internacionais ou regionais em casos nacionais envolvendo discriminação relacionada com o VIH?

Módulo 4: Uma visão geral da estrutura da OIT, das normas internacionais do trabalho e dos mecanismos de supervisão

A OIT: o seu papel e estrutura

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919, no final da Primeira Guerra Mundial, no quadro do Tratado de Versalhes. Tornou-se uma agência especializada do sistema das Nações Unidas em 1946 e conta atualmente com 185 Estados membros. É a agência das Nações Unidas responsável para o mundo do trabalho e o seu objetivo principal é promover o trabalho digno para todos, com base nos princípios da justiça social e da igualdade.

A OIT tem uma estrutura única “tripartida”, que reúne representantes de governos, de empregadores e de trabalhadores para abordar questões relacionadas com a política laboral e social. É a única organização internacional no sistema das Nações Unidas em que as organizações de empregadores e de trabalhadores em conjunto com os governos tomam decisões, inclusive no desenvolvimento e adoção de normas internacionais do trabalho³⁵.

³⁵ O Conselho de Administração da OIT e a Conferência Internacional do Trabalho são ambos tripartidos. O trabalho é realizado através de um processo de diálogo social que envolve os representantes de governos, das organizações de empregadores e de trabalhadores. Todos os parceiros tripartidos têm o direito constitucional de votar, incluindo a votação sobre a adoção de normas internacionais do trabalho.

As normas internacionais do trabalho proporcionam uma proteção mínima em diversas áreas relacionadas com o local de trabalho e a proteção social³⁶. As normas da OIT foram incorporadas, no todo ou em parte, na legislação do trabalho e dos direitos humanos em todo o mundo.

Que formas podem assumir as normas internacionais do trabalho?

As normas internacionais do trabalho podem assumir a forma de:

- **Convenções**, que são tratados internacionais que podem ser ratificados pelos Estados membros da OIT e tornarem-se deste modo juridicamente vinculativos; ou
- **Recomendações**, que são normas não vinculativas, que não estão abertas a ratificação. Em muitos casos, a Convenção estabelece os princípios básicos a serem implementados pelos países que a ratificaram, enquanto uma Recomendação relacionada complementa a Convenção, fornecendo orientações mais detalhadas sobre como ela pode ser aplicada³⁷. As Recomendações, também, podem ser autónomas, ou seja, não associadas a qualquer Convenção, como é o caso da Recomendação (N.º200), sobre o VIH e Sida, de 2010 e a Recomendação (N.º 202), relativa ao Piso de Proteção Social, de 2012.

As Convenções e as Recomendações são uma importante fonte de inspiração e de interpretação tanto para o legislador nacional como para o sistema judiciário.

As obrigações dos Estados membros em relação às normas internacionais do trabalho

Nos termos do artigo 19º da Constituição da OIT, uma vez adotada uma norma internacional de trabalho, os Estados membros são obrigados a submetê-la à autoridade nacional competente (normalmente o Parlamento) para análise. No caso das Convenções, a submissão implica que a autoridade competente irá rever o instrumento com vista à sua ratificação, bem como considerar se, e em que medida a Convenção deve ser incorporada na legislação e nas práticas nacionais, mesmo na ausência de ratificação

36 Para uma informação mais completa sobre a história e o trabalho da OIT, ver: G. Rodgers, E. Lee, L. Swepston e J. Van Daele, *The International Labour Organization and the quest for social justice 1919-2009* (ILO, Geneva, 2009).

37 Um exemplo de uma Convenção acompanhada de uma Recomendação é a Convenção (N.º 111) sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, de 1958, que é complementada pela Recomendação (N.º 111) sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, de 1958.

Ao ratificar uma Convenção, os Estados membros comprometem-se a aplicar as suas disposições na lei e na prática nacionais e a apresentarem relatórios em intervalos regulares sobre a sua aplicação. Quando uma Convenção da OIT é ratificada, é da responsabilidade do Estado como um todo, incluindo o sistema judiciário, cumprir com as suas obrigações. Os procedimentos especiais de reclamação e de queixa podem ser iniciados contra os países por violação de uma convenção que tenham ratificado. No caso das recomendações, o Parlamento pode decidir adotar algumas ou todas as medidas aí referidas como política ou legislação nacional. Se for solicitado, a OIT pode fornecer assistência técnica para apoiar os Estados membros neste processo.

As Convenções Fundamentais da OIT

A OIT identificou oito convenções como “fundamentais”, que abrangem quatro áreas que cobrem os princípios e direitos fundamentais do trabalho: liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a efetiva abolição do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e profissão.

Estes princípios estão contidos na Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998). De acordo com a Declaração, todos os Estados membros da OIT têm a obrigação de trabalhar para a concretização destes princípios fundamentais, decorrente do facto de serem membros da OIT, mesmo que não tenham ratificado as convenções em causa.

As oito Convenções fundamentais são:

- Convenção (N.º87) sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito Sindical, de 1948
- Convenção (N.º98) sobre o Direito de Organização e de Negociação Coletiva, de 1949
- Convenção (N.º29) sobre Trabalho Forçado, de 1930
- Convenção (N.º105) sobre a Abolição do Trabalho Forçado, de 1957
- Convenção (N.º138) sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego, de 1973
- Convenção (N.º182) sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, de 1999
- Convenção (N.º100) sobre a Igualdade de Remuneração, de 1951
- Convenção (N.º111) sobre Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, de 1958

As Convenções da Governação

A OIT também designou mais quatro convenções como instrumentos de governação, incentivando assim os Estados membros a ratificar e aplicá-las devido à sua importância para o funcionamento do sistema de normas internacionais do

trabalho. A *Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa* (2008) identificou essas normas como sendo as mais importantes do ponto de vista da governação.

As quatro Convenções da Governação da OIT são:

- Convenção (N.º81) sobre a Inspeção do Trabalho, de 1947
- Convenção (N.º129) sobre a Inspeção do Trabalho na Agricultura, de 1969
- Convenção (N.º144) sobre as Consultas Tripartidas destinadas a Promover a Aplicação das Normas Internacionais do Trabalho, de 1976
- Convenção (N.º 122) sobre a Política de Emprego, de 1964

As Convenções Técnicas

Desde a sua fundação em 1919, a OIT adotou cerca de 200 convenções e recomendações sobre todos os aspetos do mundo do trabalho. Além das convenções fundamentais e de governação acima referidas, existem inúmeras outras designadas Convenções “técnicas” que tratam, entre outros temas, a promoção do emprego, a orientação e formação profissional, salários, tempo de trabalho, segurança e saúde no trabalho, segurança social, proteção da maternidade, política social, trabalhadores migrantes, marítimos, pescadores, trabalhadores portuários e povos indígenas e tribais.

As normas internacionais do trabalho relevantes para o VIH e Sida

A única norma internacional do trabalho centrada no VIH e na Sida é a Recomendação (N.º 200) sobre VIH e Sida, de 2010. Os princípios fundamentais da Recomendação são abordados no Módulo 5.

Os princípios da Recomendação baseiam-se numa série de normas internacionais do trabalho e noutros instrumentos internacionais, alguns dos quais são referidos diretamente na Recomendação. (Uma lista das normas relevantes da OIT é fornecida no Anexo 2).

Muitas dessas normas internacionais do trabalho têm sido amplamente ratificadas e foram integradas total ou parcialmente no direito interno dos Estados membros da OIT. Estas normas abrangem vários aspetos da resposta ao VIH no local de trabalho e através dele, e se for o caso será discutido com mais detalhe nas rubricas correspondentes. Por exemplo, nos debates sobre discriminação relacionada com o VIH deve referir-se explicitamente a Convenção (N.º 111) sobre Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958.

Outros instrumentos da OIT

Declarações

Apesar de não ser expressamente referido na Constituição da OIT, tanto a Conferência Internacional do Trabalho como o Conselho de Administração da OIT adotaram declarações. Em regra geral, as declarações são adotadas com o objetivo de destacar ou reiterar um ou mais princípios fundamentais da OIT.

Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, 1998

Referindo-se à Constituição da OIT, a Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho identifica quatro categorias de princípios e direitos reconhecidos como fundamentais, estabelecidos em oito convenções fundamentais da OIT. Com base na aceitação do conteúdo da Constituição decorrente da adesão à Organização, todos os Estados membros comprometem-se a respeitar, a promover e a realizar os princípios e direitos fundamentais do trabalho, independentemente de terem ou não ratificado as convenções em questão.

Resoluções

As Resoluções são instrumentos não vinculativos adotados pela Conferência, expressando os seus pontos de vista sobre um determinado assunto. Quando dizem respeito a um tema coberto por uma Convenção, as Resoluções podem fornecer orientações sobre a interpretação do significado de uma disposição de uma Convenção relevante. Por exemplo, os órgãos de supervisão da OIT usam as resoluções sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão para os ajudar a monitorizar o cumprimento pelos Estados membros das suas obrigações no âmbito das Convenções relevantes³⁸. As resoluções também foram adotadas em conjunto com as normas internacionais do trabalho para fornecer orientação para os Estados e promover a sua aplicação³⁹.

Conferência Internacional do Trabalho, Resolução relativa à promoção e implementação da Recomendação (N.º 200) sobre VIH e Sida e o mundo do trabalho, 2010, Resolução II, 99ª Sessão, 16 de junho de 2010

Para apoiar a implementação efetiva da Recomendação VIH e Sida e o mundo do trabalho, 2010 adotada pela Conferência Internacional do Trabalho a 16 de junho de 2010, foi aprovada, a 17 de junho de 2010 por uma maioria dos votos dos delegados à Conferência (96,6%), a Resolução sobre a promoção e a implementação da Recomendação sobre o VIH e a Sida.

³⁸ Resolução sobre a igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego, 1985.

³⁹ Ver, por exemplo, as resoluções adotadas conjuntamente com a Convenção do Trabalho Marítimo Consolidada (MLC) de 2006 e o Quadro Promocional para a Convenção sobre Segurança e Saúde no Trabalho (N.º 187), 2006.

Códigos de Conduta

A OIT elaborou e aprovou um certo número de códigos de conduta. São instrumentos técnicos elaborados durante as reuniões de especialistas que representam os empregadores, os trabalhadores e os governos, e são posteriormente aprovados pelo Conselho de Administração da OIT. Foram desenvolvidos, pela OIT, Códigos de Conduta sobre vários assuntos, principalmente sobre diferentes aspetos da segurança e saúde no trabalho.

Os três Códigos de Conduta da OIT mais relevantes para o VIH e Sida no trabalho são:

- A Coletânea das Diretivas Práticas sobre o VIH/Sida e o mundo do trabalho, 2001
- Gestão de questões relativas a deficiência no local de trabalho – Repertório de recomendações práticas 2002
- Código de Conduta da OIT sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, 1997

Embora os códigos de conduta não sejam juridicamente vinculativos, os tribunais nacionais têm-lhes atribuído uma certa importância, citando as suas disposições como referências úteis.

África do Sul

Tribunal do Trabalho da África do Sul, *PFG Building Glass (Pty) Ltd. vs. Chemical Engineering Pulp Paper Wood & Allied Workers Union & Others*, Processo N.º J90/03, Acórdão de 28 de março de 2003 (Publicado no *Industrial Law Journal*, Volume 24, maio de 2003, pp. 974-999), parágrafos 77 e 78:

“Ainda que a Coletânea das Diretivas Práticas sobre o VIH/Sida e o mundo do trabalho não seja vinculativa para o Tribunal do Trabalho, de notar que é reconfortante verificar que, enquanto instrumento internacional, tem eco nalgumas disposições importantes da nossa lei. Os seus princípios fundamentais incluem o reconhecimento de que o VIH/Sida é uma questão do local de trabalho, a promoção da não-discriminação contra os trabalhadores com base no estatuto VIH, real ou suposto, a proibição de testes de VIH no momento da contratação ou como condição de manutenção no emprego, a proibição de testes obrigatórios de VIH, recomendações sobre os testes voluntários no caso de empregados e a adesão aos estritos requisitos de confidencialidade e de divulgação.

....

O Código de Conduta sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores (o Código de Dados) tem, também, recomendações importantes para o teste ao VIH. O Código defende como princípio geral que os dados pessoais devem, *inter alia*, ser processados legalmente e de forma justa, e só por razões diretamente relevantes para o emprego do trabalhador e só podem ser utilizados para os fins para os quais foram originalmente recolhidos. Os empregadores devem avaliar regularmente as suas práticas de processamento de dados para melhorar as formas de proteger a privacidade dos trabalhadores...”

O sistema de supervisão da OIT

A OIT monitoriza a aplicação das normas internacionais do trabalho através do seu mecanismo regular e do mecanismo especial de supervisão que é composto pelos dois seguintes órgãos:

- A Comissão de Peritos da OIT para a Aplicação das Convenções e Recomendações (CEACR), que analisa os relatórios submetidos periodicamente relativos às Convenções ratificadas pelos Estados membros da OIT.
- A Comissão da Conferência sobre a Aplicação das Normas (a Comissão da Conferência) que analisa e debate os relatórios da CEACR centrando-se em casos específicos (ver abaixo).

A Constituição da OIT também prevê dois procedimentos especiais que podem ser utilizados em caso de não-cumprimento de uma convenção ratificada por um Estado membro da OIT: o procedimento de reclamação (nos termos do artigo 24º da Constituição) e o procedimento de queixa (nos termos do artigo 26º da Constituição). Há também um mecanismo especial, o Comité de Liberdade Sindical (CFA), que analisa queixas sobre violações à liberdade sindical, tenha o país ratificado ou não as convenções relevantes.

Este Manual centra-se no sistema de supervisão regular, dado que é a fonte de informação mais relevante para juízes e profissionais da área jurídica para lidarem com as questões relacionadas com o VIH e Sida.

A Comissão de Peritos da OIT para a Aplicação das Convenções e Recomendações (CEACR)

O sistema regular de controlo baseia-se num mecanismo de comunicação constitucionalmente estabelecido, que prevê uma troca sistemática e periódica de informações e diálogo contínuo entre os órgãos de fiscalização e os constituintes da OIT em relação à aplicação das normas⁴⁰.

A CEACR é composta por 20 especialistas independentes que reúnem uma vez no ano para analisar e comentar a informação fornecida pela OIT no âmbito do sistema de informação. O mecanismo de informação baseia-se nos artigos 22º e 23º da Constituição da OIT. Quando um Estado membro ratifica uma Convenção é obrigado, no âmbito do Artigo 22º a apresentar regularmente um relatório das medidas que tomou para a implementar. Os Estados são obrigados a fornecer cópias dos seus relatórios às organizações nacionais de empregadores e

40 Para uma explicação detalhada dos procedimentos e mecanismos de supervisão da OIT, ver: *ILO, Rules of the Game: a brief introduction to International Labour Standards, Revised edition* (Geneva, 2009). Existe tradução portuguesa da edição de 2005 disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/europro/lisbon/pdf/pub_regrasjogo.pdf

de trabalhadores, para que possam, também, fazer comentários sobre o relatório ou diretamente à CEACR.

O Artigo 19º da Constituição da OIT também prevê que pode ser solicitado aos Estados membros que informem periodicamente sobre a aplicação da sua legislação e das práticas relativas aos princípios estabelecidos na Convenção ou na Recomendação (independentemente de a Convenção ter sido ratificada pelo Estado membro em particular)⁴¹.

O relatório da CEACR é publicado anualmente e é apresentado à Comissão da Conferência da OIT, que se reúne em junho de cada ano. O relatório está disponível em linha em www.ilo.org, e pode fornecer orientação para as autoridades judiciais nacionais e profissionais da área jurídica sobre as questões do VIH e da Sida.

Ao examinar a aplicação das normas internacionais do trabalho, a CEACR produz dois tipos de comentários: **observações e pedidos diretos**. As observações contêm comentários sobre questões técnicas fundamentais que surgiram no âmbito da aplicação, por um Estado, de uma determinada convenção. As observações são publicadas no relatório anual da CEACR. Os pedidos diretos relacionam-se com questões técnicas de menor importância ou pedidos para mais informações. Estes não são publicados no relatório anual, mas são comunicados diretamente aos governos em questão e estão disponíveis na página da OIT (www.ilo.org).

A Comissão da Conferência sobre a Aplicação das Normas

O Relatório da CEACR é apresentado à Conferência Internacional do Trabalho, em junho de cada ano onde é analisado pela Comissão da Conferência sobre a Aplicação das Normas. A Comissão da Conferência tripartida é composta pelos delegados do Governo, dos Empregadores e dos Trabalhadores.

Quando a Comissão da Conferência analisa o relatório da CEACR, seleciona uma série de observações (também conhecido como “casos”) para discussão. Os governos interessados são convidados a comparecer perante a Comissão da Conferência para participarem num diálogo em que podem ser elogiados por certas medidas que tomaram, ou serem instados a fornecer informações adicionais e para adotar medidas adicionais ou ações específicas. Em muitos casos, a Comissão da Conferência apresenta conclusões recomendando que os governos tomem medidas específicas para resolver um problema. As discussões e conclusões em relação aos casos analisados pela Comissão da Conferência são publicadas no seu relatório. As situações de especial preocupação são, também, destacadas em parágrafos especiais do Relatório Geral da Comissão.

⁴¹ Ver também A. Trebilcock, *The Implementation of International Labour Law, United Nations Audiovisual Library of International Law, Lecture Series*, video disponível em: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Trebilcock_ILL.html.

Referências ao VIH e à Sida pelos mecanismos de supervisão da OIT

Os mecanismos de supervisão da OIT têm vindo, desde 1990, a referir o impacto da epidemia do VIH no mundo do trabalho. No Inquérito Geral de 2012, a CEACR observou um número crescente de países que tinham incluído o estatuto VIH na sua legislação e nas políticas como um fator de discriminação proibido. Citando a Recomendação (N.º 200), a CEACR observou que as leis e políticas nacionais devem prever proteção contra a discriminação e o estigma com base no estatuto VIH real e suposto, a fim de abranger aqueles que são discriminados com base em estereótipos⁴².

Os comentários da CEACR proporcionam orientação útil na interpretação dos direitos relacionados com o VIH no âmbito das convenções pertinentes. No âmbito da Convenção (N.º 111) sobre Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958, a CEACR comentou positivamente a adoção de leis e políticas nacionais que preveem o estatuto VIH como um fator proibido de discriminação, bem como a criação de autoridades nacionais sobre VIH ou a adoção de políticas/estratégias nacionais sobre o VIH/Sida. Em diálogo contínuo com os Estados membros da OIT, a CEACR pediu, a alguns governos, que fornecessem informações estatísticas em relação ao número de queixas de discriminação apresentadas relacionadas com o VIH e informações sobre outras medidas tomadas ou previstas para reduzir a discriminação relacionada com o VIH e as desigualdades no mercado de trabalho. A CEACR examinou, também, a questão da discriminação relacionada com o VIH no contexto da migração no âmbito da Convenção (N.º 97) sobre trabalhadores migrantes (revista) de 1949, concluindo que a recusa de entrada ou de repatriação de um trabalhador migrante, alegando que o trabalhador era VIH-positivo “constituem uma forma inaceitável de discriminação e é contrária à Convenção.”

Relativamente à Convenção (N.º 182) sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, de 1999, a CEACR referiu as medidas tomadas pelos governos para garantir a frequência escolar de órfãos de Sida, bem como as ações que incidem sobre as crianças órfãs/vítimas em países onde as taxas de infeção pelo VIH são elevadas. De acordo com a Convenção (N.º 29) sobre o Trabalho Forçado, de 1930, a CEACR notou o gravíssimo problema da exploração sexual de crianças, ressaltando que o tráfico de pessoas aumenta a vulnerabilidade à infeção pelo VIH.

42 ILO, *Giving globalization a human face: General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, 2008, Report III (Part 1B), *International Labour Conference, 101st Session (Geneva, 2012)*, parágrafos. 810-812.

A Comissão da Conferência discutiu, também, casos relacionados com o VIH e Sida. Na Conferência Internacional do Trabalho em junho de 2008, por exemplo, a Comissão examinou um caso relativo à República Dominicana, que envolveu a alegada prática pelos empregadores da imposição de testes obrigatórios de VIH como requisito no acesso ao emprego.

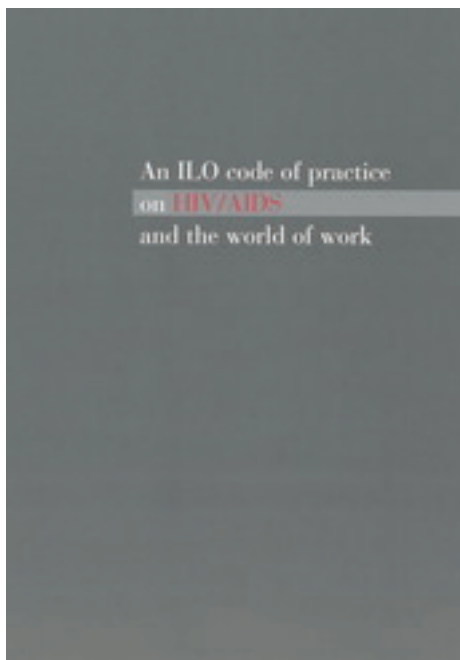
Questões para debate

1. Que convenções da OIT foram ratificadas pelo seu país? Foi ratificada alguma das convenções fundamentais ou de governação? Se sim, das ratificadas quais as que poderiam ser relevantes para a questão do VIH e da Sida?
2. Sabe se os tribunais utilizaram nas suas decisões as normas internacionais do trabalho?
3. Considera que a legislação do seu país aplica plenamente os princípios das convenções fundamentais da OIT? Justifique a sua afirmação.

Módulo 5: Recomendação (N.º 200) sobre VIH e Sida, de 2010

A Recomendação (N.º200)* baseia-se no desenvolvimento e implementação bem sucedidos da Coletânea das Diretivas Práticas* sobre VIH/Sida e o Mundo do Trabalho da OIT, de 2001. A Coletânea contém um conjunto de diretrizes elaboradas por um grupo tripartido de especialistas em VIH e Sida e foi adotada pelo Conselho de Administração da OIT em junho de 2001⁴³.

A Coletânea tem sido amplamente disseminada e tem sido citada pelos tribunais nacionais, numa série de processos de discriminação no emprego relacionada com o VIH⁴⁴. Continua a ser uma importante fonte de orientação para o desenvolvimento e implementação de políticas e programas sobre VIH e Sida no mundo do trabalho.



* **NT:** No CD pode ser consultadas as versões integrais da Recomendação e das Diretivas Práticas em língua portuguesa - tradução de Portugal e do Brasil.

⁴³ O grupo tripartido foi convocado nos termos da resolução sobre VIH/Sida e mundo do trabalho, adotada a 13 de junho de 2000 na 88ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra.

⁴⁴ Ver por exemplo, *South African Labour Court, Joy Mining Machinery (Harnischfeger) (SA) (Pty) Ltd vs. National Union of Metalworkers of SA & Others*, Processo N.º J 158/02, Acórdão de 31 de janeiro de 2002.

Aproveitando o sucesso da implementação da Coletânea, o Conselho de Administração da OIT decidiu, na sua 298ª Sessão, em março de 2007, que era necessário adotar uma norma internacional do trabalho sobre VIH e Sida e o mundo do trabalho. Esta decisão foi tomada para aprofundar a atenção dedicada a este assunto a nível nacional e internacional, promover a ação conjunta entre os atores chave nacionais e internacionais sobre o VIH e a Sida, e para aumentar o impacto da coletânea das diretivas da OIT, levando em consideração os desenvolvimentos científicos no campo do VIH e da Sida durante a década seguinte à sua adoção⁴⁵. O processo de três anos⁴⁶ de elaboração da norma previsto no artigo 19º da Constituição da OIT culminou com a aprovação da primeira norma internacional de trabalho focada na proteção dos direitos humanos fundamentais no trabalho em relação ao VIH e à Sida⁴⁷.

Os princípios fundamentais dos direitos humanos contidos na Recomendação derivam de uma série de Convenções e Recomendações da OIT já existentes, bem como de outros instrumentos internacionais, alguns dos quais são referidos diretamente no instrumento. Este módulo proporcionará uma visão geral desses princípios fundamentais.

A Recomendação (N.º 200) e o seu contributo para a resposta ao VIH

A Recomendação (N.º 200) foi desenvolvida e adotada na 99ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho (2010), com a participação ativa de governos, representantes das organizações de empregadores e de trabalhadores de todo o mundo, e representantes das organizações de pessoas que vivem com o VIH. As discussões envolveram, também, outras agências das Nações Unidas, nomeadamente o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre VIH/Sida (ONUSIDA) e a Organização Mundial da Saúde (OMS).

45 Por exemplo quando a Coletânea das Diretivas foi aprovada pelo Conselho de Administração da OIT, em 2001, as opções de tratamento eram muito mais limitadas do que são hoje.

46 Para os trabalhos preparatórios ver: *ILO, HIV/AIDS and the world of work, Report IV(1), International Labour Conference, 98th Session (Geneva, 2009)*; *ILO, HIV/AIDS and the world of work, Report IV(2), International Labour Conference, 98th Session (Geneva, 2009)*; *ILO, HIV/AIDS and the world of work, Report V(1), International Labour Conference, 99th Session (Geneva, 2010)*; *ILO, HIV/AIDS and the world of work, Report V(2A), International Labour Conference, 99th Session (Geneva, 2010)* e *ILO, HIV/AIDS and the world of work, Report V(2B), International Labour Conference, 99th Session (Geneva, 2010)*. Ver, também, M. Maillot e I. Sipi-Johnson, “*Les personnes vivant avec le VIH et le sida*”, in: *Droit international social : Droits économiques, sociaux et culturels, Tome 2, Règles du droit international social*, pp. 1383-1412 (Bruxelles, 2013).

47 Ver A. Trebilcock, *The Development of International Labour Law, United Nations Audiovisual Library of International Law, Lecture Series*, video disponível em: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Trebilcock_ILL.html.

A Recomendação é a primeira norma internacional do trabalho a prever expressamente a proteção dos direitos humanos no trabalho, no contexto do VIH e da Sida. Os princípios da não-discriminação em matéria de emprego e profissão, e igualdade de género, são os pilares da recomendação.

O Preâmbulo da Recomendação reconhece que o VIH e a Sida têm um grande impacto na sociedade e em todos os setores da economia e prejudicam a concretização do trabalho digno e do desenvolvimento sustentável. Destaca que a pobreza, as desigualdades sociais e económicas e o desemprego aumentam o risco de transmissão do VIH, impedindo o acesso à prevenção, tratamento, cuidados e serviços de apoio. O preâmbulo salienta, ainda, que o estigma e a discriminação contra as pessoas infetadas ou afetadas pelo VIH ou pela Sida, e a ameaça da perda de emprego, são barreiras para saber o estatuto VIH.

A Recomendação estabelece princípios fundamentais para a prevenção da transmissão do VIH e mitigação do seu impacto no local de trabalho. Apela aos governos, em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores, organizações de pessoas que vivem com o VIH e outros atores envolvidos, como o setor da saúde, a tomar medidas para: prevenir o estigma e a discriminação relacionados com o VIH, prevenir novas infeções; facultar o acesso ao tratamento, a cuidados e apoio, e garantir um ambiente de trabalho seguro e saudável para todos os trabalhadores, bem como a igualdade de acesso aos benefícios relacionados com o emprego, tais como seguros e regimes de segurança social. Notando que o VIH e a Sida têm um maior impacto entre os grupos vulneráveis e em situação de risco, a Recomendação coloca uma ênfase especial na necessidade de chegar às pessoas destes grupos.

Âmbito da Recomendação

Pretende-se que a Recomendação tenha um âmbito o mais amplo possível, abrangendo todos os locais de trabalho e todos os trabalhadores em todas as fases da relação de trabalho. Abrange todos os tipos de trabalho onde quer que seja realizado, em contextos formais e informais, definindo “trabalhadores” como “qualquer pessoa que trabalhe sob qualquer forma ou em qualquer modalidade”.

A Recomendação aplica-se à seleção e ao recrutamento antes da contratação e a todos os aspetos da relação de trabalho:

Parágrafo 2 da Recomendação (N.º 200)

A Recomendação abrange:

- a) todos os trabalhadores, independentemente do tipo ou regime de trabalho ou do local onde exercem a sua atividade profissional, incluindo:*
 - i) as pessoas que exercem qualquer emprego ou profissão;*
 - ii) as pessoas em fase de formação, incluindo os estagiários e aprendizes;*
 - iii) os voluntários;*
 - iv) as pessoas que procuram trabalho e os candidatos a emprego;*
 - v) os trabalhadores afastados das suas funções ou suspensos;*
- b) todos os setores da atividade económica, incluindo os setores privado e público e a economia formal e informal; e*
- c) as forças armadas e militarizadas*

Políticas e programas de trabalho nacionais

A Recomendação apela para o desenvolvimento, adoção e efetiva implementação e monitorização de políticas e programas de trabalho nacionais tripartidos. Estes devem integrar os seus princípios fundamentais dos direitos humanos e garantir o acesso à prevenção, tratamento, cuidados e serviços de apoio no mundo do trabalho e através dele (ver parágrafos 4-7 da Recomendação).

As autoridades judiciais nacionais têm recomendado o desenvolvimento de políticas para o local de trabalho sobre VIH e Sida, fazendo parte da solução em relação a violações de direitos no local de trabalho.

País: Canadá

Tribunal canadiano dos Direitos Humanos/*Canadian Human Rights Tribunal/ Tribunal canadien des droits de la personne, Fontaine vs. Canadian Pacific Ltd., Processo N.º TD 14/89, Acórdão de 25 de setembro de 1990*

Fontaine foi contratado como cozinheiro para uma tripulação ferroviária. O seu supervisor e colegas de trabalho reagiram negativamente à divulgação de que era VIH-positivo. O tribunal considerou que a divulgação resultou em discriminação que levou ao seu despedimento. O tribunal observou que os colegas de trabalho tinham pouca consciência sobre o VIH e os modos de transmissão. O tribunal observou, também, que o empregador “foi incapaz de colocar em prática uma política expressa e clara sobre a Sida no local de trabalho, fez com que os funcionários [] ficassem entregues a si próprios para lidarem com estas situações com base nos seus próprios equívocos pessoais”. O empregador foi instruído pelo tribunal para “[desenvolver] e [divulgar] junto dos seus funcionários uma política escrita contra a discriminação das pessoas com Sida ou infetadas pelo VIH para formar o seu pessoal e prevenir receios irracionais que caso contrário poderiam ocorrer nestas circunstâncias.”

Princípios fundamentais

O parágrafo 3 da Recomendação estabelece os seguintes princípios gerais:

- a resposta ao VIH e à Sida deve ser reconhecida pelo seu contributo para a realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e da igualdade de género para todos;
- o VIH e a Sida devem ser reconhecidos e tratados como uma questão que afeta o local de trabalho, a qual deve figurar entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional à pandemia, mediante a plena participação das organizações de empregadores e de trabalhadores;
- não devem ser exercidas discriminações nem estigmatizações de trabalhadores, em especial das pessoas que procuram trabalho ou dos candidatos a emprego, em função do seu estatuto VIH real ou suposto ou pelo facto de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população considerados como estando mais expostos ou vulneráveis à infeção de VIH;
- a prevenção de novas infeções VIH deve ser uma prioridade fundamental em todas as respostas no local de trabalho;
- os trabalhadores, as suas famílias e pessoas a cargo devem ter acesso e poder beneficiar da prevenção, tratamento, assistência e apoio em relação ao VIH e à Sida, e o local de trabalho deve contribuir para facilitar o acesso a esses serviços;
- a participação e o empenho dos trabalhadores na conceção, execução e avaliação dos programas adotados a nível nacional e no local de trabalho devem ser reconhecidos e reforçados;
- os trabalhadores devem beneficiar de programas destinados a prevenir riscos específicos de transmissão, no âmbito da profissão, do VIH e das doenças transmissíveis que lhe estão associadas, como a tuberculose;
- deve ser assegurada proteção aos trabalhadores que, no âmbito da sua profissão, estão particularmente expostos ao risco da transmissão do VIH;
- os trabalhadores, as suas famílias e seus dependentes devem beneficiar da proteção da sua privacidade, incluindo a confidencialidade relacionada com o VIH e a Sida, especialmente no que se refere ao seu próprio estatuto VIH;
- nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a um teste de VIH nem a revelar o seu estatuto VIH;
- as medidas relativas ao VIH e à Sida no mundo do trabalho devem fazer parte das políticas e programas nacionais de desenvolvimento,

incluindo os relacionados com o trabalho, a educação, a proteção social e a saúde.

Este Módulo desenvolve-se à volta de alguns princípios fundamentais que podem ser de particular relevância para juízes e profissionais da área jurídica.

Não discriminação

O princípio da não discriminação é um ponto de viragem da resposta ao VIH e inclui quer o estigma quer a discriminação relacionada com o VIH. A discriminação na lei e na prática, seja direta ou indireta, é coberta pela Recomendação (ver Parágrafos 1 (e), 3 (a) e (c), 9-14.) O instrumento apela à adoção de medidas para proteger contra todas as formas de discriminação no emprego relacionadas com o estatuto VIH, real ou suposto. Estas referem-se à recusa no acesso ao emprego ou a uma profissão específica; divulgação forçada ou violações do sigilo do estatuto VIH; testes ou rastreios obrigatórios ao VIH, exclusão de benefícios relacionados com o emprego, tais como a recusa do acesso à saúde e a seguro de trabalho e despedimento sem justa causa.

Convenção (N.º 111) sobre Discriminação (Emprego e Profissão) , 1958

O Artigo 1º define discriminação como:

“...a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

(b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.”

Discriminação direta e indireta

Fonte: *ILO: Giving globalization a human face, General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008, International Labour Conference, 101st Session, Report III (Part IB), (Geneva, 2012), parágrafos 744 e 745.*

“... A discriminação direta ocorre quando um tratamento menos favorável é explicitamente ou implicitamente baseado num ou mais fatores proibidos. Inclui o assédio sexual e outras formas de assédio.

A discriminação indireta refere-se a situações aparentemente neutras, regulamentos

ou práticas que de facto resultam em tratamento desigual de pessoas com determinadas características. Ela ocorre quando a mesma condição, tratamento ou critério é aplicado a todos, mas que tem um impacto desproporcionado nalgumas pessoas, com base em características como raça, cor, sexo ou religião, e não está intimamente relacionada com as exigências inerentes ao trabalho. Ao referir-se ao “efeito” de uma distinção, exclusão ou preferência, é claro que a intenção de discriminar não é um elemento da definição da Convenção, que abrange toda a discriminação, independentemente da intenção do autor de um ato discriminatório. A Convenção também abrange as situações em que a desigualdade é observada na ausência de um autor claramente identificável, como em alguns casos de discriminação indireta ou segregação profissional baseada no sexo. Os desafios relacionados com a discriminação estrutural precisam, portanto, de ser tratados no âmbito da Convenção.”

A Recomendação inclui explicitamente a perceção do estatuto VIH como um fator protegido, a fim de proteger os trabalhadores contra a discriminação relacionada com o VIH que podem basear-se em estereótipos⁴⁸. Por exemplo, um trabalhador pode ser discriminado porque ele é considerado como sendo homossexual e, portanto, em maior risco de infeção pelo VIH, mas na verdade pode ser heterossexual e VIH-negativo.

A Recomendação apela à adoção de medidas para proteger de discriminação contra grupos específicos, sustentando que “não deve haver discriminação ou estigmatização dos trabalhadores em razão do estatuto VIH, real ou suposto, ou o facto de pertencerem a regiões do mundo ou segmentos da população considerados como de maior risco ou mais vulneráveis à infeção pelo VIH “. Esta disposição prevê a proteção contra a discriminação com base em estereótipos e inclui os grupos chave, tais como homens que fazem sexo com homens, pessoas que praticam sexo comercial e utilizadores de drogas injetáveis⁴⁹.

Nos termos do parágrafo 10, a Recomendação prevê que o estatuto real ou suposto não deve ser um motivo de discriminação impedindo a contratação ou manutenção do emprego, ou a prossecução da igualdade de oportunidades compatíveis com as disposições da Convenção (N.º111) sobre Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, de 1958. A Recomendação convida os Estados a considerarem que este instrumento proporciona proteção igual à que é proporcionada pela Convenção (N.º 111). O parágrafo 12 exorta os Estados a fornecerem uma proteção eficaz contra a discriminação relacionada com o VIH no local de trabalho e garantir a sua eficaz e transparente implementação.

A Recomendação prevê expressamente que o estatuto VIH, real ou presumido não deve ser motivo de despedimento (parágrafo 11). Além disso,

⁴⁸ ILO, *Giving globalization a human face*, op.cit. nota de rodapé 43, parágrafo 811.

⁴⁹ *Ibid.*

prevê que não deve haver discriminação em relação aos termos e condições de emprego, incluindo os benefícios relacionados com o emprego. O parágrafo 20 da Recomendação estipula que não deve haver discriminação contra os trabalhadores ou seus dependentes com base no estatuto VIH real ou suposto no acesso aos sistemas de segurança social e aos regimes de seguro de trabalho, ou em relação a benefícios sob tais regimes, incluindo os cuidados de saúde e incapacidade e morte e pensões de sobrevivência.

Igualdade de género

A Recomendação reconhece que as mulheres e as meninas estão em maior risco e são mais vulneráveis à infeção pelo VIH e são mais desproporcionalmente afetadas pelo VIH e Sida do que os homens e os meninos, em resultado da desigualdade de género (Preâmbulo). O parágrafo 14 aborda as dimensões de género da epidemia, apelando para a adoção de medidas no local de trabalho ou através dele para reduzir a transmissão do VIH e mitigar o seu impacto, garantindo a igualdade de género e o empoderamento das mulheres, impedindo e proibindo o assédio e a violência no trabalho e promovendo a participação ativa de homens e mulheres na resposta ao VIH. (A igualdade de género é desenvolvida em pormenor no Módulo 8).

Testes, privacidade e confidencialidade

Um princípio-chave, em articulação com o princípio da não-discriminação, é o da confidencialidade dos dados pessoais relacionados com o VIH, incluindo dados médicos sobre o estatuto VIH. O direito à confidencialidade estende-se aos trabalhadores, suas famílias e dependentes (parágrafos 3 (h) e (i), 25-27)).

A Recomendação prevê que nenhum trabalhador deve ser instado a divulgar o seu estatuto VIH ou de outra pessoa (parágrafo 3 (i)). Em particular, não devem ser exigidos aos trabalhadores migrantes, pelos países de origem, de trânsito ou de destino, a divulgação de informações relacionadas com o VIH sobre si próprios ou sobre outros (parágrafo 27).

Todo o acesso à informação relacionada com o VIH deve reger-se por regras de confidencialidade, de acordo com o código de conduta da OIT sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, 1997, e outras normas internacionais de proteção de dados relevantes (parágrafo 27).

Um Código de Conduta da OIT: Proteção de dados pessoais dos trabalhadores (1997):

“Secção 5.11

Empregadores, trabalhadores e seus representantes devem cooperar na proteção de dados pessoais e no desenvolvimento de políticas de privacidade dos trabalhadores consistentes com os princípios deste Código.

Secção 5.12

Todas as pessoas, incluindo empregadores, representantes dos trabalhadores, agências de emprego, e os trabalhadores que têm acesso a dados pessoais, devem reger-se por uma regra de confidencialidade de acordo com o exercício das suas funções e coerentes com os princípios deste Código.

Secção 5.13

Os trabalhadores não podem renunciar aos seus direitos de privacidade.”

Os trabalhadores, incluindo os candidatos a emprego, não devem ser submetidos a testes obrigatórios de VIH ou a outras formas de rastreio para despiste do VIH. Não lhes pode ser recusado o acesso ao emprego ou estarem sujeitos a consequências negativas quando se recusam a submeter-se a testes⁵⁰.

A Recomendação incentiva o aconselhamento e a realização do teste de forma voluntária e confidencial como uma componente dos programas de prevenção para que os trabalhadores conheçam o seu próprio estatuto VIH. No entanto, o teste ao VIH deve ser totalmente voluntário e não obrigatório, e deve ser acompanhado de aconselhamento pré e pós-teste. Além disso, a Recomendação enfatiza que os resultados dos testes VIH devem ser confidenciais e não podem colocar em risco o acesso a postos de trabalho, duração, segurança no emprego ou a oportunidades para a progressão. Não deve ser exigido aos trabalhadores a divulgação do seu próprio estatuto VIH ou de qualquer outra pessoa.

O direito a permanecer no emprego

Às pessoas com doenças relacionadas com o VIH não deve ser negada a possibilidade de permanecer no emprego, com adaptação adequada, se necessário, durante o tempo que estão clinicamente aptas para realizar as tarefas inerentes ao cargo. O parágrafo 13 também incentiva medidas de reorientação dessas pessoas para empregos adaptados às suas capacidades, para encontrar outro trabalho através de formação ou que facilitem o seu regresso ao trabalho.

⁵⁰ Ao adotar a Recomendação, os delegados à Conferência Internacional do Trabalho concordaram que não deve haver exceções ao princípio geral que nenhum trabalhador deve ser submetido a testes de VIH para aceder ao emprego.

Parágrafo 1(g) da Recomendação (N.º 200) estabelece que:

“**adaptação adequada**”, qualquer modificação ou adaptação de um emprego ou local de trabalho que seja razoavelmente viável e que permita a uma pessoa que viva com VIH ou Sida ter acesso ao emprego e participar ou progredir no trabalho”

A “**adaptação adequada**” implica que os empregadores devem procurar fazer adaptações no local de trabalho ou nas tarefas atribuídas ao posto de trabalho. Isso pode assumir diferentes formas, tais como tempo para consultas médicas, extensão da licença médica, redução do horário de trabalho ou a reorganização do trabalho. A adaptação adequada pode assumir diversas formas, com base nas necessidades do indivíduo. Contudo, a noção de alojamento “adequado” “significa que tais medidas devem ser ajustadas à dimensão e capacidade dos empregadores, bem como aos trabalhadores envolvidos. Se um alojamento solicitado é “adequado” é uma questão que deve ser determinada caso-a-caso.

Os empregadores devem também, ter em conta que o facto de que ainda que a maior parte do tempo os trabalhadores VIH positivos não apresentem sintomas, eles podem sofrer episódios de doença que necessitam de períodos de ausência, como com qualquer outra doença crónica. A Recomendação prevê que, qualquer ausência ao trabalho em razão do VIH, deve ser tratada da mesma forma que as ausências por outras razões de saúde, de acordo com a Convenção (N.º 158) sobre a Cessação da Relação de Trabalho, de 1982.

Convenção (N.º 158) sobre Cessação da Relação de Trabalho, 1982

Artigo 4º

“Um trabalhador não deverá ser despedido sem que exista um motivo válido de despedimento relacionado com a aptidão ou com o comportamento do trabalhador, ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”

Artigo 6º(1)

“A ausência temporária ao trabalho por motivo de doença ou de acidente não deverá constituir uma razão válida de despedimento.”

O direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável

A Recomendação afirma o princípio estabelecido na Convenção (N.º 155) sobre Segurança e saúde dos trabalhadores, de 1981 de que o ambiente de trabalho deve ser seguro e saudável para todos os trabalhadores (parágrafo 30). A Convenção refere que certas profissões podem expor os trabalhadores a grandes riscos de transmissão VIH ou a exposição a doenças transmissíveis relacionadas, tais como a tuberculose, e apela a que seja proporcionada uma formação específica a esses

trabalhadores. O parágrafo 23 também prevê que Sida e infeção pelo VIH devam ser reconhecidos como uma doença profissional ou acidente quando pode ser estabelecida uma relação direta entre a profissão e o risco de infeção⁵¹.

A Recomendação baseia-se na Convenção (N.º 155) sobre segurança e saúde dos trabalhadores, de 1981, na Convenção (N.º 161) relativa ao Quadro Promocional para a Segurança e Saúde no Trabalho, de 2006 e noutros instrumentos internacionais relevantes, incluindo as orientações conjuntas da Organização Internacional do Trabalho e da Organização Mundial da Saúde. A Recomendação procura, igualmente, reduzir o estigma relacionado com o VIH, enfatizando que todas as medidas de sensibilização no local de trabalho devem esclarecer que o VIH não é transmitido por contacto físico ocasional, e que a presença de uma pessoa que vive com VIH não deve ser considerada um risco no local de trabalho (parágrafo 33).

Diálogo social

O diálogo social é um dos pilares do sucesso das políticas e programas sobre VIH e Sida no local de trabalho e é um princípio fundamental refletido ao longo da Recomendação (Parágrafos 3(f), 6, 8-9, 17, 37-39, 41, 43, 52). A Recomendação prevê, em particular, que as políticas e programas sobre VIH e Sida e o mundo do trabalho devem ser desenvolvidos, adotados, efetivamente implementados, avaliados e controlados através de um processo de diálogo participativo que envolva empregadores e trabalhadores e os seus representantes, bem como organizações de pessoas que vivem com VIH (um exemplo de diálogo «tripartido alargado»). Além disso, a Recomendação apela às organizações de empregadores e trabalhadores para que promovam a consciencialização sobre VIH e Sida, incluindo a prevenção e combate à discriminação, através da educação e informação aos seus membros.

A Recomendação (N.º 200) prevê que as políticas e programas nacionais sobre VIH e Sida promovam o diálogo social, de acordo com a Convenção (N.º 144) sobre consultas tripartidas destinadas a promover a aplicação das normas internacionais do trabalho, de 1976. Reconhecendo a necessidade de uma resposta multi setorial ao VIH e à Sida através do local de trabalho, a Recomendação tem uma abordagem ampla que vai para além da estrutura tripartida tradicional. Estipula que um conjunto de entidades governamentais devem ser envolvidas nas respostas nacionais ao VIH e Sida (por exemplo, nas entidades governamentais deve incluir-se representantes dos Ministérios do Trabalho, Saúde, Juventude, Mulheres, Educação e outros), e organizações de empregadores e de trabalhadores de todos os setores devem estar envolvidos nesse processo. Além disso, o diálogo

51 O Anexo à Recomendação (N.º 194) sobre a Lista de Doenças Profissionais, 2002 foi revisto em 2010 e inclui tanto o VIH como a tuberculose (TB).

também deve incluir todas as partes interessadas, por exemplo, as autoridades nacionais da Sida, sociedade civil, organizações internacionais e todos os setores relevantes, incluindo o setor de saúde.

Tratamento e assistência

A Recomendação prevê que o local de trabalho deve desempenhar um papel na facilitação do acesso aos serviços relacionados com o VIH para os trabalhadores que vivem com o VIH, seus familiares e dependentes. Eles devem, também, beneficiar do pleno acesso aos cuidados de saúde, quer estes sejam prestados pelos serviços públicos de saúde, sistemas de segurança social ou seguros privados ou outros regimes (parágrafo 18). Há casos em que diferentes tipos de regimes de seguro simplesmente excluem ou bloqueiam a cobertura de pessoas VIH positivas, ou aquelas consideradas como especialmente vulneráveis à infeção pelo VIH, do sistema de financiamento dos cuidados de saúde que poderiam capacitá-los a viver mais tempo e a proporcionar-lhes o bem estar e o das suas famílias.

Apoio

O princípio da manutenção no emprego, se necessário, com alojamento adequado, também se reflete no Parágrafo 21 da Recomendação, que prevê que:

Parágrafo 21 da Recomendação (N.º200):

“Os programas de assistência e apoio devem incluir medidas de adaptação adequada no local de trabalho para as pessoas que vivem com o VIH ou com doenças relacionadas com o VIH, tendo em conta as circunstâncias nacionais. O trabalho deve ser organizado de forma a ter em conta o caráter episódico do VIH e Sida, bem como os possíveis efeitos secundários do tratamento.”

A Recomendação apela aos governos para promover a retenção no trabalho e o recrutamento de pessoas que vivem com o VIH (parágrafo 22). Exorta-os, também, a considerar estender o apoio por períodos de desemprego, incluindo, se necessário oportunidades de criação de rendimento para as pessoas que vivem com o VIH ou são afetadas pelo VIH ou Sida.

Implementação

A Recomendação pode ser implementada por um ou por uma combinação de meios, incluindo leis e regulamentos nacionais, contratos coletivos, políticas tripartidas nacionais e programas sobre VIH e Sida e estratégias setoriais. A

Recomendação apela aos juízes do trabalho e às autoridades da administração do trabalho para se envolverem no planeamento e na implementação dessas políticas e programas (parágrafos 37 e 44).

Educação, formação, informação e consulta

Toda a prevenção relativa ao VIH deve ser fornecida de forma clara e acessível para todos os trabalhadores (parágrafos 8, 16, 32, 40-43).

Esta secção da Recomendação realça que a prevenção e a educação devem ser proporcionadas a todos os trabalhadores, incluindo aos da gestão e supervisão de pessoal, e que a formação deve ter em conta as características específicas da força de trabalho. Por exemplo, a formação no setor dos transportes pode levar em consideração as necessidades particulares dos motoristas de longa distância, dadas as suas condições de trabalho específicas e os fatores que podem contribuir para o risco de VIH.

Serviços públicos

Essa secção apela para que seja revisto e reforçado o papel e a função dos juízes do trabalho e das entidades da administração do trabalho, se necessário (parágrafo 44). Além disso, estipula que os sistemas públicos de saúde devem ser reforçados para garantir o acesso aos serviços relacionados com o VIH (parágrafo 45).

Cooperação internacional

A Recomendação apela para a continuação e o reforço da cooperação internacional, em particular no contexto do Programa da ONUSIDA, para dar cumprimento às suas disposições (parágrafos 46-50).

Os governos são chamados a cooperar através de acordos bilaterais ou multilaterais, através da sua participação no sistema multilateral ou através de outros meios eficazes, para efetivar a Recomendação, particularmente em relação aos trabalhadores migrantes, para garantir o seu acesso aos serviços de VIH.

A cooperação internacional deve ser incentivada entre os governos, as suas estruturas nacionais sobre VIH e Sida e as organizações internacionais pertinentes e deve incluir a troca sistemática de informações sobre todas as medidas tomadas para responder ao VIH.

Acompanhamento

A nível nacional, a Recomendação apela aos governos para estabelecer um mecanismo apropriado ou fazer uso de um já existente para monitorizar a política nacional sobre o VIH e Sida e o mundo do trabalho e a sua implementação (parágrafos 51-54). As organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores devem participar, em pé de igualdade, neste mecanismo para monitorizar o seu desenvolvimento. Os pontos de vista das organizações que representam as pessoas que vivem com o VIH, bem como relatórios de especialistas ou estudos técnicos, devem, também, ser levados em conta.

Questões para debate

1. Como é abordada na legislação nacional a discriminação no emprego com base no estatuto VIH, real ou suposto?
2. Que passos, se for caso disso, devem ser dados para proporcionar a proteção contra o estigma e a discriminação previstas na Recomendação (N.º200)?
3. Tem conhecimento das políticas nacionais relativas ao VIH e à Sida?

Módulo 6: Discriminação relacionada com o VIH

Há muito que governos e instituições internacionais vêm reconhecendo a dimensão dos direitos humanos da epidemia VIH. A publicação, da *OHCHR-UNAIDS, International Guidelines on VIH/Sida and Human Rights* (2006) apela aos governos que “promulguem ou reforcem a legislação de proteção contra a discriminação e outra que proteja os grupos vulneráveis, as pessoas que vivem com o VIH/Sida e pessoas com deficiência, da discriminação tanto nos setores público como privado, garantam a privacidade e confidencialidade... e soluções administrativas e vias de recurso.”⁵² Ao referir-se ao princípio da não discriminação, as *Guidelines* referem a particular importância das convenções e das recomendações da OIT, “a saber os instrumentos da OIT relativos à discriminação no emprego e profissão, à cessação do emprego, proteção da privacidade dos trabalhadores e saúde e segurança no trabalho”⁵³. Em locais de trabalho nos quais prevalece o estigma e a discriminação, o receio de perder o emprego ou outras



⁵² *OHCHR/UNAIDS, International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights, Guideline 5*, op.cit., pp.17-18 e pp.31-37.

⁵³ *Ibidem*, p.80.

consequências negativas prejudicam os esforços de prevenção do VIH, reduzindo a utilização dos serviços e a adesão ao tratamento necessário”⁵⁴. Em resultado disso, o estigma e a discriminação relacionada com o VIH comprometem todos os esforços internacionais e nacionais para impedir novas infeções pelo VIH e garantir o acesso a medidas de prevenção, tratamento, cuidados e apoio às pessoas infetadas ou afetadas pelo VIH.

A discriminação relacionada com o VIH baseia-se no estigma, que é alimentado pelo medo e informação errada sobre o vírus e a forma como pode ser transmitido. O estigma tem, também, as suas raízes na associação do VIH a comportamentos que são considerados “maus” ou “imorais” de acordo com os valores culturais e sociais em muitos países⁵⁵.

No Parágrafo 1 (d) da Recomendação (N.º 200) define-se o conceito de estigma como:

“[a] marca social que, quando associada a uma pessoa, causa normalmente a sua marginalização ou representa um obstáculo a uma vida plena em sociedade por parte da pessoa infetada ou afetada pelo VIH.”

De acordo com um relatório de 2010, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos para a Assembleia Geral das Nações Unidas, o VIH ainda é encarado como uma condição que faz das pessoas perigosamente contagiosas ou então incapazes para o trabalho, dando origem ao aumento da intolerância, da discriminação e receio no local de trabalho⁵⁶. Um inquérito de 2010, encomendado pela ONUSIDA, mediu, entre outros itens, o nível de discriminação relacionado com o VIH no local de trabalho em diferentes países. Uma amostra do inquérito revelou que, entre 13 a 29 por cento dos trabalhadores, não estariam dispostos a trabalhar com um colega infetado pelo VIH⁵⁷.

O Índice de Estigma PVH, de 2012 (2012 PLVIH INDEX), um inquérito às experiências das pessoas que vivem com o VIH (PVVIH) em nove países⁵⁸, mostra de forma persistente elevados níveis de estigma e discriminação relacionados

⁵⁴ UNAIDS, *Non-discrimination in HIV responses, 26 th Meeting of UNAIDS Programme Coordinating Board* (Geneva, 22-24 June 2010) UNAIDS/PCB(26)/10.3, parágrafo 10.

⁵⁵ Ver, *United Nations Human Rights Council, The protection of human rights in the context of human immunodeficiency virus (VIH) and acquired immune deficiency syndrome (AIDS)*, op.cit., par. 5 e 11.

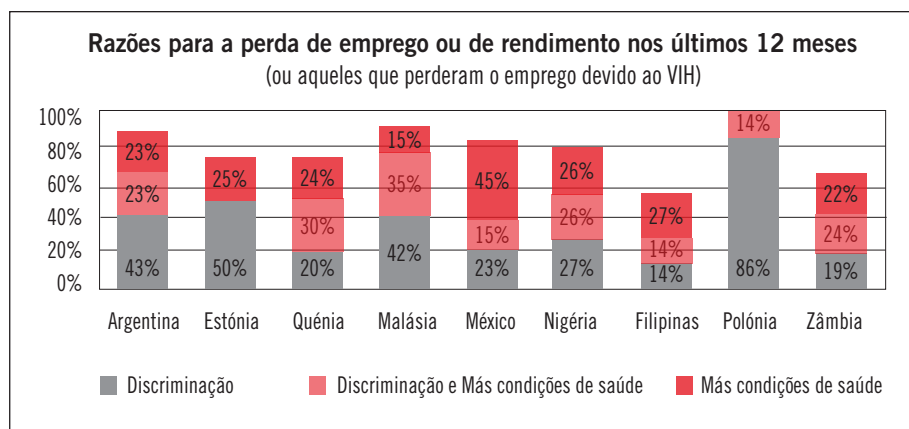
⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ UNAIDS/Zogby International, *The Benchmark: What the world thinks about the AIDS response*, UNAIDS Outlook Report (Geneva, 2010).

⁵⁸ *Global Network of People Living with HIV (GNP+)/ILO, Evidence brief on stigma and discrimination at work: Findings from the PLHIV Stigma Index* (Amsterdam, 2012), p. 12. Os nove países inquiridos foram: Argentina, Estónia, Quénia, Malásia, México, Nigéria, Filipinas, Polónia e Zâmbia.

com o emprego. Por exemplo, a figura 6.1 mostra que uma percentagem elevada de trabalhadores inquiridos atribuiu a perda de emprego e de outras formas de rendimento, à discriminação relacionada com o VIH.

Figura 6.1



Tal como sublinhou o Comité de peritos da OIT no seu Comentário Geral no 50º aniversário da Convenção (N.º 111) sobre Discriminação (Emprego e Profissão) de 1958, a discriminação relacionada com o VIH está muitas vezes relacionada com a discriminação noutras áreas.

Convenção (N.º 111) sobre a Discriminação (Emprego e Profissão) de 1958, parágrafo 108:

“Artigo 1 (1) (b) da Convenção reconhece que novas manifestações de discriminação surgirão ou serão reconhecidas e prevê que os Estados membros que a ratificarem especifiquem qualquer outro fundamento, a determinar pela Convenção. Os países estão cada vez mais a utilizar a possibilidade de especificar outros fundamentos, e a tomar medidas, incluindo proteção legislativa, para abordar a discriminação baseada noutros fundamentos, tais como a idade, saúde, deficiência, estatuto VIH/Sida, nacionalidade, estado civil ou responsabilidades familiares, e orientação sexual. O Comité observou que em muitos casos a discriminação na profissão e no emprego não se limita a um fundamento. Por exemplo, a discriminação com base no sexo interage frequentemente com outras formas de discriminação ou de desigualdade com base na raça, nacionalidade ou religião ou até a idade, condição de migrante, deficiência ou saúde. A este respeito o Comité chama a atenção para a situação particular dos trabalhadores migrantes, incluindo as trabalhadoras domésticas, mulheres indígenas e pessoas com infeção VIH/Sida.”

Formas de discriminação relacionada com VIH

A discriminação no emprego relacionada com o VIH ocorre maioritariamente nas três situações:

- Antes de aceder ao emprego;
- Durante o emprego (termos e condições), e
- Despedimento sem justa causa.

A discriminação pode ocorrer antes da contratação. Um candidato a emprego infetado pelo VIH que revelou o seu estatuto a um empregador pode ver recusado o emprego. Da mesma forma, um candidato a emprego pode ser submetido a um teste de VIH como condição para aceder a um emprego. Alguns empregadores podem submeter os candidatos a testes indiretos (designado como “rastreo”, screening), pedindo-lhes informações para determinar se o candidato está infetado ou vive com o VIH.

A discriminação relacionada com o VIH pode ocorrer no contexto de uma ação individual realizada pelo empregador a um candidato a emprego ou a um trabalhador, ou no contexto de um regulamento ou política que excluam pessoas do emprego com base no estatuto VIH. Por exemplo, pode existir uma prática ou política proibindo que uma pessoa com VIH se integre numa profissão específica, sem ter em conta as competências ou as capacidades individuais do trabalhador. A discriminação em termos e condições de emprego pode ocorrer quando um trabalhador é rejeitado ou marginalizado pela sua entidade empregadora e colegas. Pode-lhe ser negada formação ou outras oportunidades relacionadas com o trabalho ou ser-lhe recusado o acesso aos benefícios relacionados com o emprego.

Um trabalhador pode ser despedido unicamente devido ao seu estatuto VIH, ou em resultado da perceção de que não pode executar as tarefas do posto trabalho, independentemente da sua capacidade real.

Discriminação com base no estatuto VIH, real ou suposto

Ao examinar uma queixa de discriminação injusta com base no estatuto VIH, real ou suposto, uma das primeiras questões a considerar é a de se saber em que medida as vítimas de discriminação relacionada com o VIH gozam de proteção dos seus direitos nos termos da legislação nacional. A discriminação relacionada com o VIH tem vindo a ser incluída como um motivo protegido de discriminação na legislação nacional de um número crescente de países⁵⁹. No entanto, de acordo com o *UNAIDS Global AIDS Report de 2012*, a partir do final de 2012, apenas 61

59 ILO, *Giving globalization a human face*, op.cit., parág. 810

por cento dos Estados membros das Nações Unidas comunicaram a existência de legislação nacional que protege as pessoas que vivem com o VIH⁶⁰.

País: África do Sul

Tribunal Constitucional da África do Sul, *Jacques Charl Hoffmann vs. South African Airways*, Processo CCT 17/00, Acórdão de 28 de setembro de 2000.

O Tribunal Constitucional Sul Africano decidiu que o requerente estava protegido, de acordo com a Constituição Sul Africana, contra a discriminação no emprego, com base no estatuto VIH.

Nos países onde existe proteção, a natureza e o tipo de cobertura variam consideravelmente. Um determinado número de países oferece ampla proteção contra a discriminação nas suas Constituições. Os Tribunais têm interpretado essas disposições constitucionais para proibir a discriminação com base no estatuto VIH.

Em duas decisões proferidas, em 2011, pelo Supremo Tribunal de Trabalho Federal do Brasil, que citavam tanto a Convenção da OIT (Nº 111) como a Recomendação (N.º 200), o Tribunal baseou-se em disposições gerais do direito constitucional. (Estas duas decisões são discutidas com mais detalhe no Módulo 10.)

Muitos países incluem a discriminação relacionada com o VIH nos outros motivos de proibição de discriminação, como a “deficiência”⁶¹, “saúde” ou “outro estatuto”, enquanto que outros incluíram o estatuto VIH como um motivo específico protegido na legislação geral relativa à discriminação ou à igualdade de oportunidades. Alguns países adotaram legislação geral sobre o VIH ou Sida⁶², ou preveem a proteção contra a discriminação no emprego em razão do estatuto VIH real ou suposto nos seus códigos de trabalho ou noutra legislação de trabalho⁶³. Alguns países desenvolveram políticas de VIH ou códigos de conduta, enquanto outros incluíram cláusulas de antidiscriminação nos acordos de contratação coletiva⁶⁴.

60 UNAIDS, *Global Report 2012*, op.cit., p. 80.

61 Por exemplo, os Estados Unidos, incluem o VIH como uma deficiência, de acordo com a *Americans with Disabilities Act*, de 1990. A legislação do Reino Unido, *Equality Act* de 8 de abril de 2010 também cobre o VIH como uma deficiência em vez de um fator distinto de discriminação.

62 Por exemplo, a Costa Rica adotou a lei *General AIDS Law* (Lei Nº. 7771 de 29 de Abril de 1998). Moçambique tem uma Lei Geral da Sida (Lei Nº 5, de 5 de Fevereiro de 2002).

63 Por exemplo, secção 5(2)(f) da Legislação do Trabalho da Namíbia Nº. 11 de 21 de dezembro de 2007, ou a secção 6 da Lei nº 73 do Emprego de 2001 das Bahamas.

64 ILO, *Giving globalization a human face*, op.cit., parág. 810

Em 2012, o Comité de Peritos da OIT incitou os países a considerarem a adoção de legislação que proteja as pessoas contra a discriminação com base no estatuto real ou suposto de VIH⁶⁵.

OIT : Dar à globalização uma face humana (Inquérito Geral, 2012):

“A legislação e as políticas, por vezes, limitam a proteção no emprego relacionada com a discriminação e o estigma das pessoas que vivem com o VIH, ou seja, das pessoas que são de facto infetadas pelo VIH. As leis e as políticas nacionais devem prever a proteção contra a discriminação e o estigma com base no “estatuto de VIH, real ou suposto”, conforme previsto na Recomendação (N.º 200) sobre VIH e Sida de 2012, a fim de abranger as pessoas discriminadas com base em estereótipos. A proteção deve incluir as pessoas afetadas pelo VIH, como os membros da família e as crianças que são órfãs ou vulneráveis devido ao VIH e à Sida, e os trabalhadores migrantes”.

No que respeita à discriminação relacionada com o VIH baseada em estereótipos, o Comité de Peritos observou:

“Os estereótipos surgem, por exemplo, porque as pessoas em causa pertencem a regiões do mundo, ou segmentos da população considerados como de maior risco ou vulneráveis à infeção pelo VIH, incluindo homens que fazem sexo com homens, consumidores de drogas injetáveis e pessoas que praticam sexo comercial”.

O Parágrafo 3 (c) da Recomendação (N.º 200) além de referir que não deveria existir discriminação no emprego e na profissão com base no estatuto VIH real ou suposto, prevê expressamente que não pode existir discriminação contra pessoas pertencentes a regiões do mundo ou grupos conhecidos como de risco mais elevado de infeção VIH.

A discriminação baseada em estereótipos pode surgir de várias formas. Por exemplo, um indivíduo pode ser discriminado devido à orientação sexual e estatuto VIH, unicamente com base numa noção preconcebida de que as pessoas de diferente orientação sexual são mais suscetíveis de vir a ser VIH positivo. O indivíduo pode na realidade nem ser homossexual nem VIH positivo. Uma pessoa pode, também, ser discriminada devido a uma associação com o cônjuge ou membro da família VIH positivo.

A decisão do Tribunal de Direitos Humanos de Ontário ilustra a abordagem seguida por um tribunal nacional no que diz respeito à questão da discriminação com base na perceção do estatuto VIH.

65 *Ibid.*, parág. 811 e nota de rodapé 2048 (na p. 339).

País: Canadá

Tribunal de Direitos Humanos de Ontário *Guiguère vs. Restaurante, Popeye* Processo n.º 2008 HRT02, Acórdão de 17 janeiro de 2008

Em Guiguère, o Tribunal de Direitos Humanos de Ontário examinou as alegações de discriminação contra um indivíduo VIH negativo. A queixosa alegou que o seu emprego como empregada de mesa tinha sido denunciado pelo seu empregador, porque o companheiro era VIH positivo. O empregador alegou que o estatuto VIH do cônjuge era conhecido quando a queixosa foi contratada e que a decisão de rescindir com a queixosa tinha sido tomada devido a reclamações de clientes relacionadas com o estatuto VIH do companheiro. A queixosa alegou discriminação com base na deficiência (incluindo a deficiência suposta), associação e estado civil. O empregador e gerente negou as acusações, alegando que a rescisão foi o resultado de uma quebra do negócio e dificuldades financeiras. Alegaram que as reclamações de clientes e o facto de que o cônjuge da queixosa ser VIH positivo não tiveram influência nenhuma na decisão. O Tribunal observou que o caso levantou “ questões jurídicas interessantes de deficiência suposta, de discriminação por motivo de associação e do que às vezes é apelidado de “casos de preferência dos clientes.”

O Tribunal observou que o empregador tinha fornecido à queixosa uma carta escrita de rescisão, onde afirmou:

“Lamento que tenha de pôr termo ao seu contrato devido a queixas de clientes relacionadas com a possibilidade de ter contraído o vírus da Sida. As queixas foram dirigidas a mim e a alguns dos seus colegas de trabalho.

Alguns clientes disseram-me de imediato que iriam deixar de vir ao restaurante se continuasse a trabalhar para mim.

Quando a contratei, informou-me que o seu namorado, em breve seu marido, estava infetado com o vírus da Sida, e que o seu teste tinha sido negativo. A sua honestidade foi muito apreciada.

Na altura, eu não considerei que fosse um problema, infelizmente, contrariamente às minhas convicções, dado que este facto veio afetar os negócios desta maneira, eu não tenho outra hipótese a não ser rescindir o seu contrato de trabalho” .

O Tribunal observou que era indiscutível que o restaurante estava, de facto, em termos financeiros em dificuldades. No entanto, não existiam evidências de que outras pessoas, a não ser a queixosa, tivessem sido despedidas durante o mesmo período, e não havia nenhuma prova de que o restaurante tinha perdido clientes. O Tribunal concluiu que a decisão de cessar o contrato com a queixosa foi motivada principalmente por discriminação com base na sua associação com uma pessoa VIH positivo, e que, portanto, violava o Código dos Direitos Humanos de Ontário.

Abordagens dos tribunais à discriminação relacionada com o VIH no emprego e na profissão

Esta secção fornece exemplos da jurisprudência que ilustra a forma como os tribunais em diferentes países têm abordado a questão da discriminação relacionada com o VIH no emprego e na profissão.

A discriminação no recrutamento e seleção: rejeição no processo de contratação

Alguns tribunais nacionais têm sustentado que, só por si não deve ser recusado o acesso ao emprego a candidatos com base no estatuto VIH, real ou suposto.

País: África do Sul

Tribunal Constitucional, *Jacques Charl Hoffmann vs. South African Airways*, Processo n.º CCT 17/00, Acórdão de 28 de setembro de 2000

Foi recusado um emprego a um candidato a assistente de bordo devido ao seu estatuto VIH positivo. Antes do seu estatuto VIH ser divulgado ao empregador, ele tinha sido considerado com tendo as qualificações e aptidões exigidas para o cargo. O Tribunal Constitucional observou que as pessoas que vivem com VIH constituem uma minoria que foi sujeita a intensa discriminação na sociedade da África do Sul. O Tribunal constatou a necessidade de proteger este grupo de pessoas contra a discriminação e interpretou o artigo 9 (3) da cláusula de igualdade da Constituição, para proteger contra a discriminação no emprego com base no estatuto VIH.

O Tribunal considerou que o estatuto VIH por si só não torna o queixoso inapto para o cargo de assistente de bordo. Baseando-se na Constituição e na Convenção (N.º 111) da OIT sobre discriminação (Emprego e Profissão), de 1958, o Tribunal concluiu que, para eliminar eficazmente a discriminação, a resposta adequada às circunstâncias deste caso era que a *South African Airways* empregasse o queixoso como assistente de bordo.

Estatuto VIH positivo e o direito ao trabalho

O Tribunal Superior de Bombaim decidiu que a recusa de emprego a um candidato a emprego VIH positivo não só constitui uma discriminação ilícita, mas também constitui uma violação do direito ao trabalho, à vida e aos meios de subsistência.

País: Índia

Bombay High Court, (Tribunal Superior, Habitante indiano MX de Bombaim vs. Tribunais M/s ZY e outro, processo n.º 406 BOM, Acórdão de 3 de abril de 1997

O nome do requerente foi eliminado da lista dos trabalhadores temporários, porque o seu teste VIH foi positivo. De acordo com a prova perante o Tribunal, o requerente foi considerado apto

para o trabalho.

A decisão analisou as consequências económicas da exclusão das pessoas infetadas pelo VIH do mercado de trabalho e considerou que a recusa de emprego com base no estatuto VIH viola o direito ao trabalho, à vida e à subsistência, concluindo que tal discriminação seria efetivamente condenar o trabalhador VIH positivo à virtual morte económica:

“Além disso, o direito dessas pessoas a obterem o seu sustento e ao emprego, e os interesses do empregador, dos colegas de trabalho no local de trabalho e o público que possa entrar em contacto com uma pessoa no local de trabalho, têm de ser ponderados. Em nossa opinião, o Estado e as instituições públicas... não podem tomar uma posição implacável e desumana de que não contratam uma pessoa, a menos que estejam convencidos de que essa pessoa vai estar durante todo o tempo ao serviço, desde o recrutamento até à reforma. ... [a] coisa mais importante em relação às pessoas infetadas com o VIH são os requisitos de apoio da comunidade, o apoio económico e combate à discriminação. Isto também é necessário para a prevenção e controlo desta terrível doença. Tendo em consideração a ameaça generalizada e a presente ameaça desta doença no mundo em geral e neste país, em particular, o Estado não pode permitir que se condene vítimas de infeção pelo VIH, muitas das quais podem lamentavelmente estar numa situação de eminente morte económica.

Não é do interesse público em geral e é inadmissível nos termos da Constituição.”

Numa decisão posterior, o Supremo Tribunal de Bombaim também abordou a questão da discriminação relacionada com o VIH no contexto do emprego protegido, no caso de um benefício negado a uma viúva VIH positivo de um trabalhador falecido.

País: Índia

Tribunal Superior de Bombaim, *Bombay High Court, S. Cidadã Indiana de Mumbai vs. Diretor Geral de Polícia, CISF e outros (não declarado)*, Processo n.º 202 de 1999, Acórdão de 27 de fevereiro de 2004

A requerente era uma viúva infetada pelo VIH, cujo marido tinha trabalhado no setor público. Foi-lhe negado o emprego por motivos humanitários (para o lugar do seu falecido marido) devido ao seu estatuto VIH positivo, apesar de estar certificada clinicamente como apta para o trabalho. A 14 de novembro de 1999, o tribunal emitiu uma ordem provisória determinando que a empresa a empregasse com caráter temporário, por um período de noventa dias. A 16 de janeiro de 2004, na sua ordem final, o Tribunal determinou que a empresa atribuisse à requerente um posto permanente.

Recusa do acesso a uma profissão específica

Embora a discriminação relacionada com o VIH possa ter como resultado a recusa no acesso a um emprego, também pode resultar na exclusão de uma profissão específica. Por exemplo, no caso de Hoffmann atrás referido, o empregador argumentou que o queixoso não poderia ser recrutado como assistente de bordo porque o seu estatuto VIH positivo o impediria de se vacinar contra a febre amarela, uma exigência para viagens de longo curso.

O Tribunal Constitucional Sul-Africano rejeitou este argumento. Baseando-se na prova médica especializada apresentada, o Tribunal considerou que:

“O receio e a ignorância nunca podem justificar a recusa a todas as pessoas VIH positivas ao direito fundamental de serem julgadas pelos seus méritos. O tratamento de pessoas VIH positivas deve basear-se em avaliações fundamentadas e sólidas do ponto de vista médico. Estas pessoas devem ser protegidas contra preconceitos e estereótipos. Devemos combater ideias erradas, no entanto predominantes, de percepções sobre VIH. O facto de algumas pessoas VIH positivas poderem, em determinadas condições, não serem adequadas para trabalhar como assistentes de bordo, não justifica uma exclusão total do posto de trabalho como assistentes de bordo, de todas as pessoas VIH positivas.

Quando um indivíduo VIH positivo é assintomático e imunocompetente, estará, na ausência de qualquer outro impedimento para satisfazer os requisitos necessários para o desempenho das suas funções, assim como para se submeter à vacinação exigida para essas funções. O Tribunal afirmou ainda: “a exclusão de um indivíduo VIH positivo do trabalho, exclusivamente com base na sua condição, não pode ser justificada só por razões médicas.” Além disso, o Tribunal observou que, com um tratamento eficaz, “os indivíduos podem viver uma vida normal e desempenhar qualquer tarefa no emprego para as quais estão qualificados.” (Hoffmann, op.cit., parág. 14)

Alguns tribunais puseram em causa políticas que negavam um emprego a pessoas VIH positivo que estavam empregadas ou que procuravam emprego nas forças armadas e serviços militarizados.

País: Namíbia

Tribunal do Trabalho, *Haindongo Nghidipohamba Nanditume vs. Ministro da Defesa*, Processo n.º LC 24/98, Acórdão de 10 de maio de 2000

O Tribunal de Trabalho citando disposições contra a discriminação injusta contida na Legislação do Trabalho da Namíbia, declarou inválida a política da Força de Defesa da Namíbia, que excluía do emprego pessoas que vivem com o VIH.

País: África do Sul

Tribunal Superior, *União Sul Africana das Forças de Segurança (SASFU) vs. Surgeon General*, Processo n.º 18683/07, Acórdão de 16 de maio de 2008

A SASFU desafiou a política, das Forças de Defesa da África do Sul, de exclusão das pessoas VIH positivo, no recrutamento, e ainda a implementação e promoção de oportunidades para aquelas que já estão nas forças armadas, se vierem a ser infetadas pelo VIH.

O empregador justificou a sua política, alegando que era necessária para garantir a boa saúde dos seus funcionários. À luz da evidência científica que põe em causa esta justificação, as partes concordaram num acordo que foi adotado pelo Supremo Tribunal, que também pediu ao empregador para desenvolver uma nova política de classificação de saúde em linha com esta decisão.

País: Estados Unidos da América

Nova Iorque, *Second Circuit Court (Tribunal de Segunda Vara)*, *Doe vs. City of New York*, Caso nº. 15 F, 3d 264, Acórdão de 28 de janeiro de 1994

O Tribunal Distrital examinou a questão de se o estatuto VIH positivo de um bombeiro o torna incapaz para exercer as suas funções. O Tribunal contou com o testemunho médico e científico de um especialista, ao considerar que não havia risco mensurável do requerente para transmitir o VIH a outros bombeiros ou ao público durante o decurso das suas funções. O Tribunal observou que, “para chegar a esta conclusão, o tribunal junta-se a outros tribunais que se recusaram a considerar a possibilidade teórica ou remota de transmissão do VIH como base para a exclusão do emprego ou de oportunidades de formação a pessoas com infeção VIH.”

País: Índia

Supremo Tribunal de Andhra Pradesh, *X vs. State Level Police Recruitment Board*, Processo Nº. 15981 de 2005, Acórdão de 22 dezembro de 2005

O Supremo Tribunal do Estado de Andhra Pradesh declarou que só por si, o estatuto VIH positivo, não esteve na base para a recusa de emprego, e que uma pessoa que além disso se adequava, era qualificada e não representava qualquer risco substancial para as outras pessoas não lhe poderia ser negado um emprego na polícia. O Supremo Tribunal de Justiça salientou que o estatuto VIH por si só não torna uma pessoa incapaz para o trabalho. Citando Hoffmann, o Tribunal salientou que a discriminação injusta pode condenar uma pessoa infetada pelo VIH à “morte económica”. “O facto de que algumas pessoas descobriram que são VIH positivas, pode, nalgumas circunstâncias, ser não adequado para o emprego na polícia

mas tal não justifica a exclusão de todas as pessoas que vivem com o VIH. Se fosse assim, as pessoas que são seropositivas nunca teriam a oportunidade de ter uma avaliação da sua condição médica, à luz do conhecimento médico atual, para determinar se estão aptas para um emprego nas forças policiais. Pelo contrário, elas estariam vulneráveis à discriminação com base em preconceitos e suposições infundadas. Isto é manifestamente injusto. Ao abrigo do direito constitucional, a percepção pública mal informada, relativamente a pessoas com VIH, pode originar a discriminação injusta do requerente. O preconceito nunca pode justificar a discriminação injusta. As pessoas que vivem com VIH devem ser tratadas com cuidado e compreensão. Não devem ser condenadas à “morte económica” por lhes negada igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Nem todas as pessoas...que vivem com VIH não estão aptas para o trabalho. Só apenas aquelas cuja contagem de CD4 + desce abaixo de um determinado nível, podem vir a ser consideradas não aptas para o emprego. Tendo em conta todas estas considerações, a recusa de emprego ao requerente, que tinha cumprido os requisitos físicos prescritos e outras regras, só porque o seu teste VIH foi positivo, a sua dignidade foi prejudicada e este facto constitui uma discriminação injusta. ... [Não] “pode ser recusado emprego a nenhuma pessoa pelo simples facto de o seu teste ser VIH positivo.”

O acesso à proteção social: a discriminação relacionada com o VIH em relação aos cuidados de saúde, segurança social e seguros

As pessoas que vivem com o VIH podem ser excluídas da cobertura de planos de saúde relacionados com o emprego e planos de seguros (saúde, invalidez e seguro de vida). A Recomendação (N.º 200) dispõe, no Parágrafo 18 que “Os Membros devem garantir que os trabalhadores com VIH e as pessoas a seu cargo beneficiem do pleno acesso aos cuidados de saúde, quer estes sejam prestados no âmbito dos sistemas de saúde pública, da segurança social, de seguros privados ou de outros regimes. Os Membros devem igualmente velar pela educação e sensibilização dos trabalhadores a fim de lhes facilitar o acesso aos cuidados de saúde.”

i) O direito ao tratamento

O direito à igualdade de acesso aos serviços de saúde, incluindo o tratamento de doenças relacionadas com o VIH também está coberto pelo Parágrafo 19 da Recomendação (N.º 200). Os tribunais têm considerado que recusar o acesso aos serviços de saúde com base no estatuto VIH é uma violação dos direitos da pessoa que vive com o VIH ou Sida.

País: África do Sul

Tribunal Constitucional da África do Sul, *Ministério da Saúde e outros vs. Campanha de Ação de Tratamento e outros*, Processo n.º CCT 9/02, Acórdão de 4 de abril, 2002

Uma ONG pediu que a nevirapina (uma medicação ARV) fosse distribuída gratuitamente a mulheres com infeção VIH, pois pode reduzir para metade a transmissão do VIH de mães para filhos. O Tribunal Constitucional considerou que a política e as medidas do governo para prevenir a transmissão do VIH mãe filho ao nascer ficaram aquém do cumprimento do artigo 27 (1) e (2) da Constituição Sul Africana e ordenou que o Estado fornecesse a medicação necessária e que alterasse o seu programa.

País: Estados Unidos da América

Supremo Tribunal dos EUA, *Bragdon vs. Abbot*, Processo n.º 97-156, Sentença de 25 de junho 1998 (524 U.S.A. 624)

Um dentista recusou o tratamento de um doente, devido ao seu estatuto VIH positivo. Sustentando que esta recusa constitui uma discriminação ilegítima, o Supremo Tribunal considerou que:

“A existência ou não, de um risco significativo deve ser determinado a partir do ponto de vista da pessoa que recusa o tratamento ou alojamento, e *a avaliação de riscos deve ser baseada em evidências médicas ou outras, objetivas...* Como profissional de cuidados de saúde, o requerente tinha o dever de avaliar o risco de infeção com base na informação objetiva e científica disponível quer para si quer para outros na sua profissão. A sua convicção de que existia um risco significativo, mesmo se de boa-fé, não lhe retira responsabilidades. “

ii) Igualdade de acesso aos seguros

Os tribunais nacionais têm sustentado que as pessoas que vivem com VIH têm o direito de adquirir um seguro de vida.

País: Colômbia

Tribunal Constitucional da Colômbia/Corte Constitucional da Colombia, *xxxx e xxxx vs. Aseguradora Solidaria de Colombia*, Processo n.º T-1165/01, Acórdão de 6 de novembro de 2001)

O Tribunal Constitucional da Colômbia examinou o caso de recusa de uma companhia de seguros em fornecer um seguro de vida que abranja as pessoas infetadas pelo VIH. O Tribunal considerou que a política da empresa foi discriminatória e violou o direito do requerente à dignidade.

iii) Igualdade de acesso aos benefícios da segurança social

O acesso à segurança social é considerado um direito fundamental do ser humano na legislação internacional, bem como em muitas constituições nacionais.

País: Perú

Tribunal Constitucional do Perú/Tribunal Constitucional Del Perú, Jacinto Francisco Villacorta Guevara vs. Governo, Processo n.º 04749-2009-PA/TC, Acórdão 9 de agosto de 2011

O Tribunal Constitucional confirmou o direito de um requerente VIH positivo a receber uma pensão por invalidez. O Tribunal concluiu que a sua recusa constitui uma violação de um direito fundamental. Na decisão foi referido que as pessoas infetadas pelo VIH eram física e emocionalmente vulneráveis em consequência do seu estatuto VIH e afirmava-se que, por essa razão, mereciam especial proteção da lei. A decisão referia o quadro jurídico e político nacional do Perú, que prevê o direito à proteção social e proíbe todas as formas de discriminação com base no estatuto VIH. O Artigo 7.2 da Lei do Perú N.º 28.243 também prevê o direito, das pessoas VIH positivo, ao acesso aos cuidados e tratamento, incluindo aos benefícios da segurança social no caso de se tornarem incapacitadas e com incapacidade para trabalhar. O Tribunal declarou explicitamente que a decisão se baseou no direito fundamental à vida e na legislação nacional sobre VIH e Sida.

O despedimento discriminatório em função do estatuto VIH não só resulta na perda de emprego para o trabalhador, como também prejudica o acesso à cobertura pela segurança social e por sistemas de saúde no trabalho. Os tribunais nacionais têm examinado os casos de despedimento sem justa causa, em que a compensação ordenada incluiu a restituição dos direitos do queixoso aos benefícios da segurança social.

País: Colômbia

Tribunal Constitucional da Colômbia, XX vs. Gun Club Corporation et al., Processo N.º SU-256/96, Acórdão de 30 de maio de 1996

O queixoso alegou que o seu contrato de trabalho havia sido rescindido quando o seu empregador soube que era VIH positivo.

O queixoso foi contratado pela *Gun Club Corporation*, em 1992. Os seus benefícios enquanto trabalhador, incluíam usufruir dos serviços médicos do médico do empregador nas instalações do Clube. Em 1994, o médico ordenou que o queixoso se submetesse a um teste de VIH. O queixoso alegou que, quando o seu teste se revelou VIH positivo, o médico disse-lhe que deixasse o clube. O empregador, preparou então, uma carta a suspender o queixoso, com um pagamento de 30 dias. Subsequentemente, o empregador impôs um segundo período

de suspensão com pagamento, seguido de uma carta de cessação do contrato de trabalho.

O queixoso pediu uma indemnização por perda de rendimentos, bem como um documento para manter os seus direitos de segurança social. O Tribunal reconheceu os direitos do queixoso previstos na Constituição colombiana à igualdade, dignidade, trabalho, saúde e segurança social. Pelas provas apresentadas, o Tribunal considerou que o queixoso tinha sido discriminado e despedido sem justa causa, devido ao seu estatuto VIH positivo.

O Tribunal Constitucional condenou o empregador a indemnizar o queixoso por todos os danos (incluindo perda de rendimentos) que incorreram na sequência do despedimento. O Tribunal também determinou que o Instituto Nacional da Segurança Social desse cobertura ao queixoso, na mesma medida, como se o seu contrato de trabalho não tivesse sido terminado. O Tribunal também determinou que o Instituto fornecesse ao queixoso uma pensão de invalidez a partir da data em que ele revelou sintomas relacionados com a Sida. Tomando a conduta do médico do empregador em consideração, o Tribunal também instruiu que as cópias da decisão deviam ser enviadas para o Tribunal de Ética Médica.

Despedimento sem justa causa

Uma das formas mais comuns de discriminação relacionada com o VIH no emprego é o despedimento sem justa causa, o que resulta em perda de rendimento e subsistência para o trabalhador em causa. Também pode resultar na perda do acesso aos benefícios de saúde relacionados com o emprego, para o trabalhador, para a sua família e dependentes.

País: Polónia

Tribunal Constitucional Polaco/Trybunału Konstytucyjnego, Processo n.º 150/10/A/2009, Acórdão de 23 de novembro de 2009 e Tribunal de Justiça Regional Administrativa de Gdansk, Processo n.º III SA/Gd 6/10, Acórdão de 10 de março de 2010

Um polícia que vivia com VIH foi despedido, com base no seu estatuto VIH. O empregador baseou o despedimento nos regulamentos administrativos que listam as condições de saúde impedindo o emprego na polícia. O pedido de verificação da constitucionalidade das normas foi encaminhado para o Tribunal Constitucional pelo Tribunal Administrativo Regional de Gdansk, que estava a analisar o pedido do polícia sobre a decisão de despedimento. O Tribunal Constitucional decidiu que os regulamentos administrativos, para despedir automaticamente uma pessoa devido ao seu estatuto VIH, violavam o direito constitucional de não discriminação no acesso aos serviços públicos. O Tribunal salientou que deve haver uma possibilidade de tomar em consideração o estado de saúde de um indivíduo na avaliação da aptidão para o trabalho. Também foram feitas uma série de referências à Coletânea das Diretivas Práticas da OIT sobre o VIH/Sida. Com base neste acórdão, o Tribunal Administrativo Regional de Gdansk anulou o despedimento.

Num caso de 2011, o Tribunal de Trabalho Sul-Africano citou a Convenção (N.º 111) da OIT e a Recomendação (N.º 200), para além do direito constitucional e comum, manifestando-se a favor de um trabalhador despedido com base no estatuto VIH.

País: África do Sul

Tribunal de Trabalho da África do Sul, *Gary Shane Allpass vs. Mooikloof Estates (Pty) Ltd*, Processo N.º JS178/09, Acórdão de 16 de fevereiro de 2011

Allpass foi contratado, pela *Estates Mooikloof*, como instrutor de equitação e responsável pelo estábulo, a 1 de novembro de 2008. Na altura da contratação, ele vivia com o VIH há quase 20 anos. Antes de ser contratado, Allpass foi entrevistado, informando o empregador que estava “bem de saúde”. Pouco tempo depois de ter sido contratado, foi pedido, a Allpass, assim como a outros dois funcionários, que preenchessem um formulário pedindo-lhes para revelar se estavam a tomar alguma “medicação para situações crónicas”.

Allpass obedeceu e revelou que estava a tomar, entre outras coisas, a medicação diária para controlar a sua condição VIH. Ao tomar conhecimento do seu estatuto VIH positivo, o gerente demitiu imediatamente Allpass, alegando que ele tinha fraudulentamente deturpado a sua condição e que estava de facto “gravemente doente”. Além de alegações de discriminação e despedimento sem justa causa, Allpass, que residia na propriedade do empregador, como parte dos termos e condições do seu contrato de trabalho, alegou que tinha sido insultado, maltratado e expulso da propriedade.

O Tribunal do Trabalho Sul-Africano considerou que Allpass tinha sido vítima de discriminação e despedimento sem justa causa devido ao seu estatuto VIH e considerou que lhe era devido um pagamento de doze meses por danos compensatórios e custos. O Tribunal considerou que o despedimento violou os direitos de igualdade previstos no artigo 9.º da Constituição da República da África do Sul Lei N.º 108, de 1996. O Tribunal também considerou que o despedimento violou, igualmente, as secções 187 (1) (f) e 188 da Lei das Relações de Trabalho n.º 66, de 1995 e a secção 6 (1) da Lei de Igualdade no Emprego, n.º 55 de 1998. [As alegações de assédio e despejo forçado foram consideradas improcedentes pelo Tribunal devido à falta de provas para estabelecer uma ligação direta entre o despejo, que foi realizado por terceiros, e o empregador.]

Na sua decisão, o Tribunal fez referência ao Código Sul-Africano de Boas Práticas em Aspetos chave do VIH e Sida no Emprego (1998). Também se apoiou na Convenção (N.º 111) da OIT sobre Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958 e a Recomendação da OIT (N.º 200) sobre o VIH e Sida e o Mundo do Trabalho, de 2010.

Em 2011, o Tribunal de Trabalho Federal Superior do Brasil também citou a Convenção (N.º 111) e a Recomendação (N.º 200) da OIT em dois casos de despedimento sem justa causa com base no estatuto VIH.

País: Brasil

Tribunal Superior do Trabalho (TST), *Adriana Ricardo da Rosa vs. Sociedade de Ônibus Porto Alegrense LTDA – SOPAL*, Processo N.º TST-RR-104900-64.2002.5.04.0022, Acórdão de 3 de agosto de 2011 (publicado a 2 de setembro de 2011)

Tribunal Superior do Trabalho (TST), *Edson Osório Leites vs. Sociedade de Ônibus Gaucha LTDA (SOGAL)*, Processo N.º TSTRR-61600-92.2005.5.04.0201, Acórdão de 22 de junho de 2011 (publicado a 1 de julho de 2011)

Os queixosos argumentaram, em ambos os casos, que tinham sido demitidos devido ao seu estatuto de VIH positivo, e que as ações dos empregadores eram discriminatórias e violavam os seus direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira. Ambos os queixosos procuraram a reintegração e pagamento de salários retroativos e todos os benefícios correspondentes perdidos em resultado dos despedimentos. O Tribunal decidiu a favor dos trabalhadores VIH positivo, em ambos os casos, apoiando a decisão no facto de que tinham sido discriminados e despedidos sem justa causa, com base no seu estatuto VIH. Nas decisões, o Tribunal referiu a Convenção (N.º 111) e a Recomendação (N.º 200). O Tribunal observou, nas duas situações, que a Recomendação (N.º 200) proíbe a discriminação contra os trabalhadores VIH positivo e prevê que os Estados membros devem garantir que os trabalhadores não sejam discriminados ou estigmatizados devido ao seu estatuto VIH real ou suposto. As decisões referentes aos parágrafos 10 e 11 da Recomendação (N.º 200), estipulam que o estatuto VIH real ou suposto não deve ser um motivo de discriminação, impedindo o recrutamento ou a manutenção no emprego e que não deve ser uma causa para a cessação da relação de trabalho. As decisões do Tribunal também realçaram que a Recomendação (N.º 200) apela aos Estados membros da OIT para promoverem a manutenção no trabalho e a contratação de pessoas que vivem com VIH. Examinando, nos dois casos, a questão do ónus da prova, com base em observações apresentadas pela CEACR à luz da Convenção (N.º 111) sobre Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958, o Tribunal determinou que os empregadores respondentes - não os queixosos - têm o dever de provar que o despedimento não foi devido ao estatuto VIH dos queixosos.

Os dois trabalhadores foram reintegrados.

As obrigações dos empregadores em caso de doença relacionada com o VIH

Como foi referido no *item* anterior, o estatuto VIH, real ou suposto por si só não é uma razão válida para despedimento. Além disso, nos termos do Parágrafo 13 da Recomendação (N.º 200), aos trabalhadores com doenças relacionadas com o

VIH não deve ser negada a possibilidade de continuar a realizar o seu trabalho, com alojamento razoável se necessário, durante o tempo em que eles estejam clinicamente aptos a fazê-lo.

Os empregadores podem, no entanto, justificar a decisão de despedir um funcionário, alegando que o trabalhador não pode continuar a exercer as suas funções. Os tribunais podem ser chamados a determinar se um despedimento é, na verdade, injusto e discriminatório ou se se justifica devido à incapacidade do trabalhador.

Os casos que se seguem constituem exemplos da abordagem dos tribunais a esta questão.

País: Botswana

Tribunal de Trabalho do Botswana, *Lemo vs. Northern Air Maintenance (Pty) Ltd*, Processo Nº. 166 de 2004, Acórdão de 22 de novembro de 2004

O Tribunal de Trabalho examinou as alegações de despedimento sem justa causa de um trabalhador com uma doença relacionada com o VIH. Houve um conflito factual perante o tribunal para saber se Lemo tinha sido despedido devido ao seu estatuto VIH, ou porque, como alegado pelo empregador, se recusou a submeter-se a exames médicos.

Lemo, um funcionário do *Northern Air Maintenance*, foi demitido no dia seguinte ao ter revelado o seu estatuto VIH ao seu empregador. Durante os últimos quatro anos do seu emprego, a saúde de Lemo tinha-se deteriorado. Tinha gozado a totalidade das férias anuais e a licença por doença, e o empregador, em várias ocasiões concedeu-lhe períodos de licença não remunerada. A 28 de janeiro de 2004, a gestão reuniu com Lemo e referindo-se às suas ausências frequentes, sugeriu que se submetesse a um exame médico com um médico privado. Lemo recusou, indicando que estava a ser tratado no hospital local e que a equipa médica estava familiarizada com a sua situação. No dia seguinte, a 29 de janeiro de 2004, Lemo revelou o seu estatuto VIH ao empregador. O empregador preparou uma carta de demissão a 30 de janeiro de 2004.

O Tribunal considerou que a decisão do *Northern Air Maintenance* de despedir Lemo era discriminatória. Rejeitando o argumento do empregador que o despedimento ficou a dever-se ao facto de Lemo se recusar a realizar um exame médico, o Tribunal considerou, com base em todas as provas apresentadas, que Lemo tinha sido despedido unicamente devido ao seu estatuto VIH. Para chegar a esta decisão, o Tribunal apontou para o facto de que a empresa *Northern Air Maintenance* tinha autorizado as ausências frequentes de Lemo ao trabalho durante três anos, até que descobriu o seu estatuto de VIH, pelo que foi demitido imediatamente. O Tribunal também referiu que não havia provas de que, de facto, Lemo estava incapacitado. Nestas circunstâncias, o Tribunal concluiu que Lemo foi despedido apenas devido ao seu estatuto VIH positivo e que a decisão foi, portanto, substancialmente injusta.

O Tribunal considerou ainda que o despedimento de Lemo era processualmente injusto, pois não foi precedido pelos procedimentos adequados de consulta e discussão. A este respeito, o Tribunal constatou que:

... “mesmo no caso de incapacidade progressiva, o trabalhador não pode ser despedido sem antes se realizar uma investigação justa, na qual a natureza da incapacidade, a causa da incapacidade, a probabilidade de recuperação, as melhorias ou a reincidência, o período de ausência, o seu efeito sobre as atividades do empregador e o tempo de serviço do trabalhador, para mencionar apenas alguns dos fatores críticos, sejam considerados.

Quando um trabalhador é VIH positivo, os empregadores devem abster-se de quaisquer práticas de discriminação contra um trabalhador VIH/Sida positivo, e devem ver o trabalhador da mesma forma como fariam com qualquer outro trabalhador que sofre de uma doença grave. Isto acontece porque, em regra geral um trabalhador VIH positivo pode, durante anos, ou mesmo décadas, não sentir nenhuma interferência da doença com a sua capacidade para o trabalho, decorrentes das exigências do seu trabalho. ... Para excluir um trabalhador VIH/Sida positivo do emprego através de despedimento somente porque ele é VIH positivo e sem ter sido estabelecido que ele está incapacitado...falta um fundamento racional e é injusto.”

No *caso Lemo*, o Tribunal observou, no entanto, que não se espera que um empregador fique “amarrado a um funcionário que não é produtivo, quer devido ao VIH/Sida ou alguma outra doença e tem o direito de demitir um funcionário que, devido a doença, está ausente por períodos longos de tempo não razoáveis nas circunstâncias”. No entanto, observou que a questão de saber se um período de absentismo foi considerado “excessivamente longo” deve ser determinada de acordo com as circunstâncias de cada caso. Além disso, o Tribunal adverte que quando os funcionários “ficam doentes de modo a não realizar o seu trabalho atual, o empregador fica obrigado a seguir um procedimento justo. “A justa e objetiva avaliação médica da capacidade do trabalhador para executar as tarefas do seu trabalho é uma condição necessária para tais procedimentos.

A decisão de 1998 do Tribunal de Trabalho do Botswana, num caso de doença relacionado com o VIH (citado no caso Lemo), fornece orientação sobre a natureza e a extensão das obrigações processuais do empregador para lidar com questões de incapacidade progressiva ou permanente de um trabalhador VIH positivo.

País: Botswana

Tribunal de Trabalho do Botswana, *Monare vs. Botswana Ash Pty (Ltd)*, Processo N.º 112 de 1998, Acórdão de 28 de março de 2004

O Tribunal de Trabalho constatou que um empregador poderia justificar o despedimento de um trabalhador que já não tem capacidade para desempenhar as suas funções se os procedimentos corretos forem seguidos. Em Monare, o queixoso era o único trabalhador a realizar um determinado trabalho. Ele esteve ausente do trabalho devido a doença relacionada com o VIH e o empregador forneceu-lhe assistência durante a doença, incluindo alojamento, assistência médica e transporte para o hospital. Durante os últimos poucos meses do seu emprego, o queixoso só tinha capacidade para trabalhar meios dias, mas foi pago como se tivesse continuado a trabalhar a tempo inteiro. Nestas circunstâncias, o Tribunal concluiu que o empregador podia despedir o trabalhador devido a problemas de saúde, uma vez que não havia possibilidade de recuperação e, devido a requisitos operacionais.

Questões para debate

1. Como é que a discriminação com base no estatuto VIH real ou suposto se manifesta no local de trabalho?
2. Que elementos são necessários para estabelecer um caso *prima facie* de discriminação?
3. Tem conhecimento de algumas instâncias onde a discriminação relacionada com o VIH tenha sido tomada em consideração por um tribunal de trabalho no seu país? Se sim, qual foi o resultado?

Módulo 7: Testes, privacidade e confidencialidade

A Recomendação (N.º 200) preconiza uma ampla proteção para salvaguardar a privacidade dos trabalhadores - incluindo os candidatos a emprego - e as suas famílias no contexto do VIH e Sida. A Recomendação prevê que não se deve realizar nenhum teste obrigatório de VIH para fins de emprego, e que os resultados do teste (voluntário), deverão ser confidenciais e não colocar em risco o acesso a postos de trabalho, tempo de trabalho, segurança no emprego ou oportunidades de progressão. Estipula, também, que os empregadores têm a obrigação de respeitar a privacidade dos trabalhadores e manter a confidencialidade das informações pessoais, incluindo dados médicos, referente ao estatuto VIH dos trabalhadores, das suas famílias e dependentes. Além disso, os trabalhadores não devem ser obrigados a divulgar informações sobre o seu próprio estatuto VIH, ou de qualquer outra pessoa.

Recomendação (N.º 200) sobre a Infecção VIH e Sida, 2010

Parágrafos 3 (h) e (i)

“(h) os trabalhadores, as suas famílias e seus dependentes devem beneficiar da protecção da sua privacidade, incluindo a confidencialidade relacionada com o VIH e Sida, especialmente no que se refere ao seu próprio estatuto VIH;

i) nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a um teste de VIH nem a revelar o seu estatuto VIH;”

Parágrafo 14(g)

Devem ser tomadas medidas no local de trabalho ou através dele para reduzir a transmissão do VIH e minorar o seu impacto ao:

(g) garantir a efectiva confidencialidade dos dados pessoais, nomeadamente dos dados médicos.

Este módulo irá examinar a abordagem adotada pelos tribunais nacionais nas questões de confidencialidade e testes obrigatórios de VIH.

Privacidade e confidencialidade

Em 1988, o Comité das Nações Unidas para os Direitos Humanos afirmou o direito à privacidade previsto no artigo 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. O Comité esclareceu que a recolha e a organização de informações pessoais em computadores, bancos de dados e outros dispositivos, seja por autoridades públicas ou particulares ou organismos, deve ser regulamentada por lei e que tais informações nunca devem ser utilizadas para fins incompatíveis com o Pacto. Isto impediria o uso de tais informações para fins de discriminação no emprego, o que é proibido de acordo com o artigo 26º do Pacto⁶⁶.

Quando os direitos de privacidade não são respeitados, os trabalhadores VIH positivos podem ser sujeitos ao estigma e à discriminação, criando-se um ambiente hostil que pode, em última instância, forçá-los a demitir-se do seu emprego. Os tribunais nacionais têm mantido que, quando se demonstra que existe um ambiente hostil, a renúncia de um trabalhador pode ser considerada como um despedimento implícito. O caso a seguir ilustra esta abordagem e fornece um exemplo dos danos que a divulgação do estatuto de um trabalhador pode provocar, especialmente num ambiente de trabalho onde predomine o estigma relacionado com o VIH.

País: Canadá

Tribunal Canadano dos Direitos Humanos, *Fontaine vs. Canadian Pacific Ltd.*, Processo N.º TD 14/89, Acórdão de 25 de setembro de 1990

Parágrafos 3 (h) e (i)

Gilles Fontaine, um homem VIH positivo, foi contratado pela *Canadian Pacific Railroad* para trabalhar como cozinheiro para o pessoal do caminho de ferro, uma equipa de cerca de 20 homens num acampamento em Saskatchewan, no Canadá. Quando revelou o seu estatuto a um membro da equipa, a notícia espalhou-se rapidamente.

A reação do supervisor da equipa à revelação contribuiu para um ambiente de trabalho hostil. Recusou-se a tomar o pequeno-almoço naquela manhã, comunicando desta forma ao resto da tripulação que poderiam estar em risco se comessem a refeição que Fontaine tinha preparado para eles. O supervisor também expressou preocupação com a segurança de Fontaine, das implicações para ele se a tripulação tivesse uma reação violenta à notícia de que era VIH positivo.

66 *United Nations Human Rights Committee, Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, General Comment No. 16 (United Nations, Geneva, 29 March 1996), HRI/GEN/1/Rev.2.*

Estas ações criaram um tal clima hostil que Fontaine decidiu rapidamente que não podia mais continuar no acampamento. O Tribunal dos Direitos Humanos do Canadá considerou que, apesar de Fontaine não ter sido oficialmente despedido, o clima hostil tinha tido o mesmo efeito, levando ao seu despedimento implícito devido à discriminação relacionada com o VIH.

As obrigações dos empregadores em relação à confidencialidade dos dados pessoais

A OIT elaborou diretrizes para a proteção de dados pessoais dos trabalhadores, incluindo informações médicas pessoais. Em resposta às crescentes preocupações sobre a prática crescente de recolha, armazenamento e divulgação de dados sobre os trabalhadores, incluindo dados médicos pessoais foi convocada, em 1997, uma reunião de especialistas para analisar a questão da privacidade dos trabalhadores. Este encontro resultou no desenvolvimento do Código de práticas da OIT sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, em 1997 (“o Código de 1997”).

O Código de 1997 aborda a utilização de dados pessoais dos trabalhadores e visa salvaguardar a dignidade dos trabalhadores e proteger os seus direitos fundamentais à privacidade.

A secção 6.7 do Código de práticas da OIT sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores de 1997, apela à estrita proteção da informação médica pessoal:

“Dados pessoais médicos não devem ser recolhidos, exceto se em conformidade com a legislação nacional, a confidencialidade médica e os princípios gerais de saúde e segurança no trabalho, e somente quando necessário para:

- (a) determinar se o trabalhador está apto para um emprego particular;
- (b) cumprir os requisitos de segurança e saúde profissional, e
- (c) determinar o direito e conceder, benefícios sociais. “

A Recomendação (N.º 200) integra os princípios do código de 1997:

O Parágrafo 27 da Recomendação (N.º 200) estipula que:

“Os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, as pessoas à procura de trabalho e os candidatos a emprego, não devem ser obrigados pelos países de origem, de trânsito ou de destino, a revelar informações que digam respeito si próprias ou a outras pessoas relativamente ao VIH. O acesso a essas informações deve reger-se por normas de confidencialidade, compatíveis com o código de práticas da OIT sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, de 1997, e com outras normas internacionais pertinentes sobre proteção de dados.”

Teste obrigatório VIH

Pode ser pedido aos candidatos a emprego que se submetam a testes de VIH, antes da contratação ou com o objetivo de entrarem para uma determinada profissão. Os trabalhadores já empregados podem ser submetidos a testes de VIH como condição para a manutenção do emprego. Os candidatos a um emprego ou os trabalhadores também podem ser submetidos a práticas de rastreio (“screening”) visando determinar o seu estatuto VIH através de perguntas invasivas numa entrevista ou um pedido de informação sobre a medicação.

Um argumento comumente avançado para justificar o teste VIH obrigatório é o de que serviria para proteger os interesses de saúde pública. Na verdade, os testes obrigatórios não protegem nem os colegas de trabalho, nem o público em geral.

Em primeiro lugar, o VIH só pode ser transmitido pelos meios específicos descritos no Módulo 1 (transmissão sexual, contacto com sangue ou derivados e transmissão mãe filho). Assim, a presença de um indivíduo com VIH não ameaça a segurança de outros. Por este motivo, no âmbito das medidas de segurança e saúde no trabalho, a Recomendação prevê que:

O parágrafo 33 da Recomendação (N.º 200) estipula que:

“As medidas de sensibilização devem salientar o facto de o VIH não ser transmitido pelo simples contacto físico e de a presença de uma pessoa com VIH não constituir um risco no local de trabalho.”

Em segundo lugar, o teste obrigatório de VIH não é justificado com o argumento de que seria do interesse da saúde pública, dadas as limitações inerentes ao próprio teste:

- Um teste VIH pode não detetar o vírus, se a infeção for recente. Como foi referido no Módulo 1, a maioria dos testes de VIH detetam a presença do VIH, e não o próprio vírus. Pode demorar algum tempo para que o sistema imunológico produza os anticorpos suficientes para que o teste detete o VIH, o período de tempo varia de pessoa para pessoa (entre duas a oito semanas). Este período de tempo é, geralmente, referido como o “período de janela”, durante o qual as pessoas podem ser altamente infecciosas e ainda desconhecem a sua condição. Um teste de VIH realizado durante este período de janela refletirá um resultado VIH negativo falso.
- O teste irá determinar o estatuto VIH só a partir do momento em que o teste é administrado. Um trabalhador com um teste um dia negativo, no dia seguinte o teste pode já ser positivo.

Por esta razão, uma abordagem mais eficaz para a prevenção do VIH no local de trabalho é o de promover a utilização de normas preventivas (como é descrito no Módulo 1), que atuam como uma barreira para evitar a transmissão do VIH no local de trabalho. Esta abordagem é complementada com o estabelecimento de um ambiente de trabalho de não discriminação, que respeite os direitos no local de trabalho das pessoas que vivem com ou estão infetadas pelo VIH ou Sida. Num tal ambiente, os trabalhadores podem, como parte de uma estratégia eficaz de prevenção do VIH no local de trabalho, ser encorajados a conhecer o seu estatuto VIH, através de aconselhamento voluntário e confidencial e do teste. Esta abordagem não só protege a saúde do trabalhador, que pode, então, tomar as medidas adequadas e procurar tratamento em caso de teste positivo, mas também contribui para a prevenção da disseminação do vírus. Quando uma pessoa conhece o seu estatuto, pode tomar precauções para evitar a transmissão sexual. Além disso, se um trabalhador estiver a fazer um tratamento anti-retroviral eficaz para reduzir a carga viral, o risco de transmissão a uma outra pessoa fica correspondentemente reduzido.

A Recomendação (N.º 200) estabelece inequivocamente que o teste VIH ou outras formas de rastreio não devem ser exigidos (parágrafos 3 (i), 24 e 25). Este princípio baseia-se nos princípios fundamentais já estabelecidos na Coletânea das Diretivas Práticas da OIT de 2001 e nas diretrizes internacionais conjuntas *UNAIDS/OHCHR* sobre VIH/Sida e Direitos humanos⁶⁷.

Os testes obrigatórios ou rastreio são discriminatórios se usados para identificar pessoas VIH positivo para fins de emprego. Além disso, mesmo se os trabalhadores concordaram em submeter-se a testes, pode não ter sido um consentimento informado, ou o consentimento pode não ter sido dado livremente, sobretudo tendo em conta o poder desigual nas relações entre empregador e trabalhador. Em alguns casos, os trabalhadores podem submeter-se ao teste VIH como parte de um exame médico no local de trabalho, mas pode não saber que foi realizado o teste VIH. Os empregadores podem, assim, usar os resultados dos testes positivos como uma forma discriminatória, e aos candidatos a emprego pode ser negado um emprego, e um trabalhador pode ser demitido, sem nunca ter sido comunicado a ambos a verdadeira razão. A fim de evitar a discriminação e de acordo com o artigo 1.º (2) da Convenção (N.º 111) sobre Discriminação (Emprego e Profissão) da OIT, de 1958, os exames médicos para fins de emprego só devem avaliar a aptidão para a realização das tarefas inerentes a um determinado trabalho.

⁶⁷ Ver *OHCHR/UNAIDS, International guidelines on HIV/AIDS and human rights*, op.cit., parág. 20 (b).

ILO: Equality in employment and occupation, Special Survey on Equality

in Employment and Occupation in respect of Convention No. 111, International Labour Conference, Report III (4B), 83rd Session, Geneva, 1996, parágrafo 255:

“O estado de saúde de um trabalhador só deve ser levado em consideração pelos empregadores no que diz respeito às necessidades específicas de um determinado posto de trabalho, e não deve ser considerado automaticamente como afetando o direito de acesso ao emprego, ou as condições de trabalho no âmbito da relação de trabalho...”

O parágrafo 26 da Recomendação (N.º 200) estipula que os resultados dos testes VIH devem ser confidenciais e não devem colocar em risco o acesso a postos de trabalho, tempo de trabalho, segurança no emprego ou oportunidades para a progressão. Além disso, não respeitar a confidencialidade do resultado dos testes também fará com que os trabalhadores se tornem relutantes em realizar os testes voluntariamente, receando que um teste positivo possa resultar no despedimento ou levar a consequências negativas.

Muitos tribunais têm declarado que sujeitar trabalhadores a testes VIH obrigatórios constitui uma violação dos seus direitos fundamentais.

País: Zâmbia

Tribunal Superior de Livingstone, *Kingaibe et al. Vs. Força Aérea da Zâmbia*, Processo N.º 2009/HL/86, Acórdão de 27 de maio de 2010

Stanley Kingaibe e Charles Chookole ingressaram na Força Aérea da Zâmbia (ZAF), respetivamente em junho e julho de 1989. Entre 2001 e 2002, ambos foram submetidos a exames médicos obrigatórios, sem serem informados de que estavam a realizar testes VIH. Os resultados foram positivos para o VIH e foram-lhes prescritas substâncias anti-retrovirais (ARV). No entanto, de acordo com o seu testemunho, não foram nem informados do seu estatuto VIH positivo, nem informados sobre a natureza dos medicamentos prescritos. Ambos foram exonerados em outubro de 2002.

Tanto Kingaibe como Chookole processaram a ZAF, alegando violação dos seus direitos constitucionais a serem poupados de um tratamento cruel, desumano e degradante. Bem como ao direito à liberdade, privacidade, e a viverem livres de discriminação ao submetê-los a testes obrigatórios de VIH, e a um tratamento sem o seu conhecimento, e despedindo-os unicamente devido ao seu estatuto VIH.

O Tribunal considerou que, ambos, os requerentes foram sujeitos a testes VIH sem seu consentimento, o que violou os seus direitos à privacidade e de não serem tratados de uma forma desumana e degradante, e que eles tinham direito a indemnização por perdas e danos. Depois de revisto o historial médico de ambos e os efeitos do seu estado de saúde na sua capacidade de trabalho, o Tribunal concluiu que a demissão foi baseada na condição médica dos requerentes e não no seu estatuto VIH.

País: Nigéria

Tribunal Superior do Estado de Lagos, *Georgina Ahamefule vs. Imperial Medical Centre e Dr. Alex K. Molokwu*, Processo N.º ID/1627/2000, Acórdão de 27 de setembro de 2012

A queixosa tinha sido contratada pelo centro médico do requerente (D1) como auxiliar de enfermagem, uma vez que foi criado pelo segundo requerente, em 1989. Em 1995, quando estava grávida, teve febre e procurou tratamento por parte do médico requerente (D2). Ele realizou exames de diagnóstico, mas não revelou a natureza ou resultados dos testes à autora da queixa. Em vez disso, foi-lhe concedida baixa médica por duas semanas.

D2 encaminhou a autora da queixa para um segundo hospital para mais exames, onde ela e o seu marido foram convidados a fornecer amostras de sangue. Não lhes foi comunicado o motivo deste pedido. Posteriormente, o segundo hospital informou-a que o seu teste VIH tinha sido positivo. Os requerentes, em seguida, cessaram o seu contrato de trabalho.

Depois de sofrer um aborto espontâneo, foi-lhe negada assistência médica pelos requerentes devido ao seu estatuto VIH.

A autora da queixa requereu uma declaração de que a sua demissão devido ao seu estatuto VIH era discriminatória e ilegal. Ela também alegou que tinha sido submetida a uma bateria ilegal de testes pelos requerentes que a tinham submetido a testes de VIH sem o seu conhecimento ou consentimento informado. Alegou, também, que a recusa de atendimento médico dos requerentes devido ao seu estatuto VIH constituía uma violação do seu direito fundamental aos cuidados de saúde.

Não foi contestado que a autora da queixa tinha sido exonerada devido ao seu estatuto VIH, no entanto, os requerentes argumentaram que a rescisão foi justificada porque o estado de saúde da autora da queixa representava um risco para o pessoal e os pacientes do hospital. O Tribunal rejeitou este argumento, considerando que, como auxiliar de enfermagem, a autora da queixa não representava nenhum risco para o pessoal do hospital ou para os doentes. O Tribunal concluiu que a cessação do contrato foi “baseada na maldade e na extrema má fé.” Além disso, o Tribunal considerou que os requerentes cometeram uma ilegalidade sujeitando a autora da queixa a testes de VIH sem o seu consentimento informado. O Tribunal também considerou que “negar a assistência médica à autora em razão do seu estatuto VIH positivo constitui [d] uma violação clara do direito à saúde garantido pela Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos legislação da Federação da Nigéria e pelo ... Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais “.

Os tribunais nacionais, como parte da ajuda concedida em casos de discriminação relacionados com o VIH, também instruíram os empregadores a cessar a prática de exigir o teste de VIH.

País: Japão

Tribunal Distrital de Tóquio, *Processo (Police Academy/Police Hospital VIH Test) Processos N.ºs 12133 (Wa) de 2001 e 20076 (Wa) de 2001, Acórdão de 28 de maio de 2003*

O Tribunal Distrital de Tóquio emitiu uma decisão a favor de um autor da queixa que tinha sido obrigado a submeter-se a um teste de VIH e tinha sido expulso da Polícia de Tóquio quando o teste revelou o seu estatuto VIH positivo. Como parte do apoio concedido, o Tribunal instruiu o empregador para acabar com a prática de exigir o teste de VIH.

A recusa em submeter-se a testes de VIH

Os Tribunais têm defendido o princípio de que um trabalhador não pode ser demitido por se recusar a concordar com o teste de VIH.

País: Botswana

Tribunal de Trabalho do Botswana, *Diau vs. Botswana Building Society, Processo IC N.º 50/2003, Acórdão de 19 de dezembro de 2003*

A queixosa, uma funcionária do *Botswana Building Society*, foi despedida depois de se recusar a fazer o teste VIH. Ela pediu a reintegração e indemnização por despedimento ilícito e humilhação. O Tribunal concluiu que a autora da queixa tinha sido despedida, porque se recusara a submeter-se a um teste VIH obrigatório, após a admissão ao emprego. Considerou que a autora da queixa tinha direito a desobedecer à instrução para realizar o teste, dado que era “irracional e absurdo na medida em que não se pode afirmar que tais testes estão relacionados com os requisitos inerentes ao posto de trabalho.”

Embora não tenha ficado provado que a autora da queixa tinha sido demitida devido ao seu estatuto VIH real ou suposto, o tribunal considerou que o direito da autora da queixa de não ser sujeita a um tratamento desumano e degradante tinha sido violado. O Tribunal considerou que “punir um indivíduo por se recusar a concordar com uma violação da sua privacidade ou integridade corporal é humilhante, indigno, degradante e desrespeita o valor intrínseco do ser humano: “O tribunal observou que esta conclusão foi especialmente justificada no contexto do VIH e Sida”; onde até mesmo a mais remota suspeita de estar infetado com o VIH/Sida [sic] pode gerar um prejuízo imenso, ostracismo e a estigmatização. “O Tribunal ordenou que o empregador reintegrasse a autora da queixa e lhe pagasse uma indemnização no valor do salário de quatro meses.”

País: Costa Rica**Supremo Tribunal da Costa Rica/*La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, XX vs. Centro Nacional de Rehabilitación (CENARE)*, Processo N.º 09-007890-0007-CO, Acórdão de 29 de janeiro de 2010**

O recorrente foi contratado para trabalhar como assistente dos doentes no departamento de neurologia do Centro de Reabilitação Nacional (CENARE), uma instituição médica que faz parte do Fundo de Segurança Social da Costa Rica (CCSS). Pouco depois da sua contratação, o queixoso foi submetido a um exame por um médico do CENARE. O médico instruiu-o a submeter-se a uma série de testes, incluindo um teste VIH. Quando se recusou a submeter-se ao teste, observando que o teste de VIH obrigatório era proibido pela legislação da Costa Rica, a médica supostamente respondeu que, no entanto, ela exigia o teste. Ela, alegadamente referiu que, como assistente do médico, estava obrigado a estar em boa saúde, dado que estaria a lidar com pessoas doentes. A médica teria afirmado que uma pessoa infetada pelo VIH não está de boa saúde e, portanto, não poderia trabalhar com doentes do CENARE. O queixoso recusou-se a submeter-se ao teste, revelando que era VIH positivo. Na sequência desta troca de argumentos, o autor da denúncia deixou o emprego e apresentou um recurso alegando discriminação ilícita.

O Supremo Tribunal da Costa Rica decidiu a favor do recorrente, sustentando que o CENARE tinha violado a legislação nacional, exigindo ao autor da queixa submeter-se ao teste VIH para emprego. O Tribunal atribuiu-lhe uma compensação por danos, incluindo salários perdidos, e instruiu o CENARE a abster-se de impôr testes obrigatórios VIH, que violam a legislação nacional.

Testes voluntários e confidenciais

A adoção e implementação da proteção contra os testes obrigatórios e rastreio para fins de emprego não impede a necessidade de incentivar as pessoas a procurarem testes voluntários e confidenciais de VIH, acompanhados de aconselhamento pré e pós-teste, como parte dos esforços de prevenção geral contra o VIH. A Coletânea das Diretivas Práticas da OIT estipula que os testes de VIH não devem ser efetuados no local de trabalho, exceto, como está especificado, em três situações concretas:

- *testes voluntários* por iniciativa do trabalhador, desde que seja realizado por pessoal devidamente qualificado, em condições de estrita confidencialidade, precedido por consentimento informado por escrito e acompanhado por aconselhamento pré e pós-teste;
- vigilância epidemiológica, desde que seja *anónima* e realizada de acordo com os princípios éticos da investigação científica e proteção dos direitos individuais e confidencialidade, e

- de acordo com um risco de *exposição profissional* a material potencialmente infectado.

A Recomendação (N.º 200) inclui o aconselhamento voluntário e confidencial sobre o VIH e o teste como uma parte essencial de programas eficazes de prevenção do VIH no local de trabalho.

O parágrafo 16 (d) da Recomendação (N.º 200) estabelece que:

“Os programas de prevenção devem assegurar: ...

(d) medidas de incentivo aos trabalhadores para que conheçam a sua condição VIH através de aconselhamento e realização de testes voluntários..”

A maior parte da legislação geral sobre Sida e algumas das leis do trabalho que tratam do VIH e Sida no local de trabalho têm secções específicas que tratam dos testes obrigatórios e voluntários. A maioria simplesmente proíbe os testes obrigatórios. Outras estabelecem uma proibição geral, mas, em seguida, abrem exceções em circunstâncias específicas. Por exemplo, as exceções previstas na legislação nacional normalmente exigem testes de VIH em processos penais, como em processos de violação, ou no contexto de doação de sangue ou de órgãos⁶⁸.

Por exemplo, a secção 14 da Lei Geral da Costa Rica sobre o VIH/Sida, N.º7771 de 29 de Abril 1998 prevê exceções à proibição obrigatória de testes de VIH quando: (1) há critérios médicos que justificam o teste apenas para atender à saúde do paciente, (2) em casos criminais ou divórcio, nos termos de uma ordem judicial, ou (3) no caso de doação de sangue e seus derivados, leite materno, sêmen, órgãos e tecidos. A Secção 14 também prevê que, se o teste VIH for autorizado sob qualquer das exceções estipuladas, os resultados dos testes devem ser usados de forma confidencial.

Alguns tribunais nacionais examinaram, também, as circunstâncias nas quais os testes VIH no local de trabalho são justificáveis, nos termos da legislação do trabalho nacional. O caso de África do Sul ilustra como os tribunais têm abordado esta questão.

País: África do Sul

Tribunal do Trabalho da África do Sul, *Irvin Johnson Ltd vs. Trawler Line Fishing Union and Others*, Processo N.º C1126/2002, Acórdão de 17 de dezembro de 2002

Um empregador Sul-Africano apresentou um pedido no Tribunal do Trabalho Sul Africano solicitando autorização para realizar o teste voluntário e anónimo aos seus trabalhadores, a fim de avaliar o impacto potencial do VIH e Sida na sua mão-de-obra e para conceber respostas

68 Para outros exemplos, ver Jane Hodges, *Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law*, op.cit., pp. 29-33.

adequadas e específicas para o local de trabalho, tendo em vista facilitar a efetiva prevenção de novas infecções por VIH. Os sindicatos que representam os trabalhadores apresentaram uma petição confirmando que, nestas circunstâncias, não se opunham a este pedido. O tribunal aceitou e autorizou o teste. Ao fazê-lo, o tribunal examinou os critérios estabelecidos na legislação nacional que prevê o teste VIH, e concluiu que, quando um empregador tem a intenção de realizar testes voluntários e anónimos para adotar medidas eficazes para enfrentar a epidemia no local de trabalho, tais testes poderiam ser justificáveis.

Ver também *South African Labour Court, Joy Mining Machinery (Harnischfeger) (SA) (Pty) Ltd vs. National Union of Metalworkers of SA & Others [União Nacional dos Metalúrgicos da SA e Outros]*, Processo nº J 158/02, Acórdão de 31 de janeiro de 2002.

Questões para debate:

1. Existe proteção legal no seu país que salvguarde os direitos à privacidade dos candidatos a emprego e dos trabalhadores?
2. O teste VIH obrigatório para fins de emprego é proibido na sua jurisdição? Se assim for, essa proteção atende a todos os critérios estabelecidos pela Recomendação (Nº. 200)?
3. O seu país adotou proteção legal para salvguardar os trabalhadores e os candidatos a emprego de práticas de rastreio discriminatórias em relação ao emprego?

Módulo 8: A igualdade de género e a epidemia do VIH

Estima-se que metade de todos os adultos que vivem com VIH em todo o mundo são mulheres. A epidemia VIH evolui de forma diferente nas diferentes regiões do mundo, e o papel de género e a sexualidade variam entre epidemias. Não obstante, as desigualdades de género em todas as regiões aumentam a vulnerabilidade das mulheres e meninas à infeção pelo VIH. Ao mesmo tempo, os papéis estereotipados de género também aumentam o risco de infeção por VIH para os homens e meninos.

UNAIDS: Global Report: UNAIDS Report on the Global Sida Epidemic, 2012, pág. 70:

“O estatuto socioeconómico e político mais baixo atribuído às mulheres, incluindo o acesso desigual à educação e ao emprego, o medo ou a experiência de violência coloca as mulheres numa situação de grande vulnerabilidade fisiológica ao VIH. Devido a desequilíbrios de poder económico e sociais entre homens e mulheres e às limitações relacionadas com o acesso aos serviços, muitas mulheres e meninas têm pouca capacidade de negociar sexo seguro, insistir no uso do preservativo ou, de outro modo, tomar outras medidas para se protegerem do VIH.

As normas de género também aumentam a vulnerabilidade dos homens ao VIH, incentivando comportamentos de alto risco e impedindo-os de procurar os serviços de saúde sexual ou reconhecer a sua falta de conhecimento sobre o VIH. Além disso, o estigma e a discriminação contra os transgénero torna-os altamente vulneráveis ao VIH e impede o seu acesso aos serviços e a assegurar meios de subsistência.”

Este módulo centra-se na questão da igualdade entre mulheres e homens trabalhadores. No entanto, as dimensões de género da epidemia vão para além das questões homem/mulher. Os grupos chave vulneráveis e os grupos de risco – nas epidemias nacionais incluem, os homens que fazem sexo com homens, transgéneros e transexuais. A discriminação com base na orientação sexual e identidade de género prevalece em muitos países e está frequentemente associada à discriminação relacionada com o VIH. (Estas questões vão ser abordadas no

Módulo 9). Antes de voltar à questão das desigualdades entre homens e mulheres, pode, no entanto, ser útil distinguir os conceitos de “sexo” e “género”.

A distinção entre sexo e género

- O termo “sexo” refere-se aos atributos físicos, biológicos universais de homens e mulheres.
- O termo “género” refere-se aos papéis socialmente construídos, responsabilidades e relações de poder entre mulheres e homens, meninas e meninos, e que são baseados no seu sexo. Papéis e responsabilidades de género mudam ao longo dos tempos e podem variar devido a outros fatores chave, tais como a etnia, a classe económica, a religião e a idade. O conceito de género também abarca normas, crenças e práticas relativas ao que é considerado comportamento “masculino” e “feminino”⁶⁹.
- As atitudes e os comportamentos de género também aumentam a vulnerabilidade dos homens e dos meninos, principalmente por incentivar os comportamentos que os expõem ao risco de infeção por VIH. Por exemplo, pode-se esperar que os homens e os meninos sejam fortes e exibam um comportamento dominante, e podem ser desencorajados a mostrar as suas emoções. As perceções sobre os comportamentos “masculinos” muitas vezes encorajam-nos a demonstrar a sua virilidade através de comportamentos de risco, que podem incluir relações sexuais desprotegidas com múltiplos parceiros ou parceiras sexuais. Estes comportamentos aumentam o risco de infeção por VIH⁷⁰. As expectativas de género também dificultam a procura de informação sobre o VIH e Sida, limitando o acesso à informação sobre prevenção, incluindo a informação sobre o uso de preservativos na prevenção do VIH.
- O conceito de género também inclui pessoas transgénero. Este grupo inclui homens e mulheres que podem identificar-se com um sexo que não corresponde ao seu sexo. A sua identidade de género pode, portanto, colocá-los em conflito com as normas de género aceites na sociedade e na cultura em que vivem. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade de género é frequente, e as pessoas transgéneros são vítimas de perseguições e violência, inclusive no local de trabalho⁷¹.

69 ILO, *Guide to mainstreaming gender in workplace responses to HIV and AIDS* (Geneva, 2011), p. 5.

70 A. Cruz e S. Klinger, *Gender-based violence in the world of work: Overview and selected annotated bibliography*, Bureau for Gender Equality, Working Paper 2011/3 (Geneva, 2011), p. 21.

71 United Nations Economic and Social Council, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General Comment No. 20, op.cit., parág. 32.

As dimensões de género do VIH e Sida

Vulnerabilidade acrescida das mulheres e meninas

Na África subsaariana, a região mais afetada pela epidemia de VIH, mais mulheres do que os homens vivem com o VIH. De acordo com o Relatório Global da ONUSIDA de 2012, aproximadamente 58 por cento das pessoas que vivem com VIH nesta sub-região são mulheres⁷². Em vários países da região, as mulheres jovens (15-24 anos) têm oito vezes mais probabilidades de virem a ser infetadas com o VIH do que os homens jovens. Nas Caraíbas, as mulheres jovens têm duas vezes mais probabilidades de serem infetadas com o VIH do que os seus parceiros homens⁷³.

As desigualdades de género também impedem o acesso aos serviços relacionados com o VIH. Enquanto as mulheres e as meninas enfrentam barreiras de acesso devido à desigualdade, as normas de género também impedem os homens de aceder aos serviços de saúde necessários, incluindo aos testes e tratamento do VIH.

UNAIDS: Global Report: UNAIDS Report on the Global AIDS Epidemic (Geneva, 2012) p. 71:

“A ONUSIDA conduziu avaliações participativas das barreiras de género relacionadas com os serviços prestados para evitar que as crianças venham a ser infetadas com o VIH ressaltando os efeitos negativos da desigualdade de género. As participantes do estudo referiram a falta de poder para a tomada de decisão, a falta de acesso aos recursos, o receio da violência e o abandono, e as atitudes culturais em relação ao sexo, gravidez e VIH como barreiras significativas no [acesso] aos serviços.

...

Do mesmo modo, as normas de género relativas à masculinidade desencorajam os homens de procurar ajuda e a admitir que estão doentes. Os homens têm consistentemente taxas mais baixas de realização de testes VIH do que as mulheres. O [seu] desproporcionalmente baixo acesso à terapia anti-retroviral tem sido documentado em todo o sul africano e em muitos outros países, tais como o Quênia, Malawi, África do Sul e Zâmbia.”

Fatores de risco biológicos

As mulheres também são mais vulneráveis à infeção pelo VIH numa perspetiva biológica. O aumento do risco biológico de infeção por VIH enfrentado pelas

⁷² *United Nations Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20*, op.cit., parág. 32.

⁷³ *UNAIDS, Global Report 2012*, op.cit., p. 70.

mulheres e meninas é agravado por desigualdades de género, que em muitos países, as coloca em papéis de subordinação na sociedade como um todo, e nas relações individuais. Essas desigualdades, muitas vezes significam que as mulheres e meninas carregam um fardo pesado quando lidam com a epidemia.

As desigualdades sociais, económicas e legais tornam as mulheres e as meninas mais vulneráveis ao VIH

- As normas de género da sociedade relacionados com o comportamento “feminino” e “masculino” afetam na medida do acesso das mulheres e dos homens à informação e serviços do VIH, dos seus comportamentos sexuais e da maneira como lidam com a infeção VIH. A subordinação nos casamentos ou relacionamentos reduz a capacidade das mulheres e das meninas para se protegerem da infeção VIH através da negociação do uso do preservativo ou da recusa de sexo, especialmente sexo inseguro. Elas enfrentam o aumento da violência da parte dos seus parceiros, por lhes pedir o uso do preservativo, o acesso ao teste voluntário do VIH e ao aconselhamento, ou ao recusarem sexo dentro ou fora do casamento⁷⁴.
- A conformidade com papéis tradicionais de género que tornam as mulheres dependentes dos homens, social e economicamente, impedem-nas de aceder aos serviços de saúde relacionados com o VIH. Estudos com mulheres da África sub saariana mostraram que o receio de reação negativa do parceiro, incluindo o abandono, a violência, a rejeição, perda do apoio económico e acusações de infidelidade, foram as barreiras mais comumente relatadas para o teste de VIH e revelação do estatuto VIH⁷⁵.
- A desigualdade de género no mercado de trabalho contribui para a desvantagem económica das mulheres. Por exemplo, as mulheres têm maior probabilidade de estar desempregadas, ocupam predominantemente empregos a tempo parcial e na economia informal, passam mais tempo nas tarefas domésticas não remuneradas, e ganham menos do que os homens por trabalho de igual valor⁷⁶. As mulheres podem, também, ser discriminadas devido à gravidez ou como resultado das suas responsabilidades familiares, resultando na diminuição do acesso ao emprego ou perda de emprego. Os papéis de género aceites em determinadas sociedades, também excluem efetivamente as mulheres e meninas do acesso a certas profissões.

74 UNAIDS, *Reducing HIV Stigma and Discrimination: a critical part of national AIDS programmes, A resource for national stakeholders in the HIV response* (Geneva, 2007), p.10.

75 UNAIDS, *HIV in Asia and the Pacific: Getting to Zero* (Geneva, 2011).

76 UN Women/ILO, *Decent work and women's economic empowerment: Good policy and practice, Policy Brief* (New York, 2012).

- Leis e práticas discriminatórias no que diz respeito à propriedade da terra, herança, casamento e divórcio, aumentam a marginalização económica das mulheres e podem impedi-las de sair de relacionamentos abusivos. Nas situações em que as mulheres têm limitadas opções para se sustentar, têm maiores probabilidades de permanecer em relacionamentos onde têm pouca ou nenhuma capacidade para negociar sexo seguro, especialmente na utilização de preservativo. A investigação em comunidades com poucos recursos, em diferentes regiões do mundo, sugere que as mulheres correm grandes riscos sexuais em favor do sustento para elas próprias e para a sua família⁷⁷. Algumas podem ser obrigadas a envolverem-se em relações sexuais desprotegidas a troco de dinheiro, alimentação ou abrigo⁷⁸.
- Práticas tradicionais nocivas em determinados países, como o sistema de dote, casamentos inter-geracionais, sexo seco, herança da viúva e a purificação da viúva, também facilitam a disseminação de VIH⁷⁹. A violência doméstica, a violação e a agressão sexual, bem como outras formas de violência de género, também aumentam o risco de exposição das mulheres ao VIH.

O VIH e Sida têm um impacto desproporcionado sobre as mulheres e meninas

Não só as mulheres e meninas estão mais vulneráveis à infeção pelo VIH, como também são muitas vezes desproporcionalmente afetadas pelo VIH e Sida comparativamente com os homens. Por exemplo, há mais probabilidades das mulheres e meninas assumirem a tarefa de cuidar dos membros da família que sofrem de doenças relacionadas com o VIH, e podem ser forçadas a deixar o trabalho ou a escola devido a essas responsabilidades. Este facto, por sua vez, reduz as suas oportunidades de educação e de emprego.

Violência de género

A desigualdade de género e a violência contra as mulheres estão intimamente ligadas. A desigualdade pode facilitar a violência de género, enquanto que, por sua vez, a violência, reforça as desigualdades existentes. A violência contra as mulheres é tanto um fator de risco para o VIH como uma consequência por ser identificada como estando infetada pelo VIH. A violência doméstica, violação e

77 M. Gysels, R. Pool e B. Nnalusiba, “Women who sell sex in a Ugandan trading town: Life stories, survival strategies and risk” in: *Social Science and Medicine*, 1982, No. 54(2), pp. 179–192.

78 *International Association of Women Judges (IAWJ)*, *The gender and legal dimensions of HIV/AIDS: Women’s access to justice and the role of the judiciary* (Washington, 2005).

79 *United Nations Human Rights Council*, *The protection of human rights in the context of human immunodeficiency virus (HIV) and acquired immune deficiency syndrome (AIDS)*, op.cit., parags. 30-34.

agressão sexual e outras formas de violência de gênero também aumentam o risco de exposição das mulheres ao VIH.

WHO/UNAIDS: Addressing violence against women and HIV/AIDS: What works (Genebra, 2010), página 9

Estudos realizados em África e na Ásia têm demonstrado que as mulheres que sofrem de violência têm uma maior probabilidade de ser infetadas pelo VIH. Por exemplo, um estudo mostrou que no Ruanda as mulheres que tinham sido coagidas sexualmente pelos seus parceiros masculinos, tinham 89 por cento de maior probabilidade de ser seropositivas. Na República Unida da Tanzânia, as mulheres com menos de 30 anos que tinham sido vítimas de violência pelos parceiros, tinham dez vezes mais probabilidade de serem seropositivas; e num estudo de mais de 28.000 mulheres casadas na Índia, concluiu-se que as mulheres vítimas de violência tinham três vezes mais probabilidade de serem infetadas pelo VIH do que aquelas que não tinham sofrido nenhum tipo de violência. As meninas estão particularmente em risco. De acordo com o *UNAIDS World AIDS Day Report* (2011), a prevalência da primeira relação sexual forçada entre meninas adolescentes com menos de 15 anos situa-se, globalmente, entre os 11 e os 48 por cento.

As mulheres que revelam o seu estatuto VIH positivo enfrentam, também, um maior risco de violência dos seus cônjuges ou parceiros. Uma investigação realizada junto de mulheres na Europa e na Ásia Central mostrou que um terço das mulheres que revelaram o seu estatuto VIH positivo aos parceiros sofreram de violência doméstica⁸⁰. A violência contra meninas aumenta o risco de infeção pelo VIH.

Barreiras no acesso à saúde

Em muitos países, as mulheres enfrentam obstáculos no acesso aos cuidados de saúde, incluindo a saúde sexual e reprodutiva. Onde existem níveis elevados de desigualdade sexual, as mulheres podem ter oportunidades limitadas ou nenhuma de fazer escolhas informadas sobre a sua saúde, especialmente se os seus parceiros masculinos as desencorajam de procurar esses serviços. Isto dificulta a sua capacidade de procurar o teste VIH ou, se forem VIH positivo, de procurar o tratamento necessário para garantir a prevenção da transmissão mãe-filho.

Mesmo quando têm acesso aos serviços de saúde, as mulheres que vivem com VIH podem, em resultado de atitudes estigmatizantes, ser aconselhadas a não ter filhos ou serem coagidas a passarem por processos de esterilização⁸¹. Tais atitudes desempenham um papel poderoso para dissuadir as mulheres de procurar

80 *Ibid.*, parág. 40

81 *Ibid.*, parág. 32

informações e serviços necessários relacionados com a prevenção e tratamento do VIH.

País: Namíbia

Supremo Tribunal da Namíbia, *LM, MI, NH vs. o Governo*, Processos n.º I 1603/2008, I 3518/2008 e 3007/2008, Acórdão de 30 de julho de 2012

O Supremo Tribunal examinou três casos semelhantes em que três mulheres com VIH tinham sido submetidas a procedimentos de esterilização. As mulheres alegaram: (1) que os procedimentos de esterilização foram realizados sem o seu consentimento; e (2) que as esterilizações foram realizadas como parte de uma prática ilícita de discriminação contra elas com base no seu estatuto VIH. O Tribunal observou que as três mulheres foram obrigadas a assinar os formulários de consentimento para a esterilização, enquanto estavam “no auge da sua vida ativa” (n.º 76). O Tribunal concluiu que, nestas circunstâncias, não pode ser dito que as queixosas tinham dado o seu consentimento informado em relação aos respetivos procedimentos de esterilização.

O Tribunal observou, ainda, que as queixosas tinham o ónus de provar que os procedimentos de esterilização foram realizados devido ao facto de serem VIH positivo. A invocada discriminação pelo VIH foi recusada neste caso, tendo o tribunal constatado que as queixosas não lograram provar o que haviam alegado.

A ação da OIT: promoção da igualdade de género e empoderamento das mulheres

Desde a sua criação que a OIT tem promovido o princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e na profissão para mulheres e homens trabalhadores.

Anexo à Constituição da OIT: Declaração da Organização Internacional do Trabalho, relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, adotada em Filadélfia em 10 de Maio de 1944 (Declaração de Filadélfia), Parte II:

“Convencida de que a experiência demonstrou plenamente o fundamento da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, e segundo a qual só se pode estabelecer uma paz duradoura com base na justiça social, a Conferência afirma que:

a) todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança económica e com oportunidades iguais; “...

Como parte da sua estratégia global para a promoção deste princípio, a OIT adotou duas convenções fundamentais, que foram ratificadas pela maioria dos Estados membros da OIT. A Convenção (N.º100) sobre Igualdade de Remuneração, de 1951 refere que homens e mulheres trabalhadores devem auferir um salário igual para trabalho de igual valor, enquanto que a Convenção (N.º 111) sobre Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958 proíbe a discriminação no emprego e na profissão com base, *inter alia*, no sexo. A Convenção (N.º 156) sobre os Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, de 1981 proíbe a discriminação contra os homens e mulheres trabalhadores com responsabilidades familiares⁸².

O código de boas práticas da OIT reconhece explicitamente a ligação entre as desigualdades de género e o VIH, e a importância crítica da igualdade de

A Secção 4.3 do Coletânea das Diretivas Práticas da OIT refere:

“As dimensões de género do VIH/Sida devem ser reconhecidas. As mulheres são mais suscetíveis de vir a ser infetadas e são mais vezes negativamente afetadas pela epidemia do VIH e Sida do que os homens, por razões biológicas, sócio-culturais e económicas. Quanto maior for a discriminação de género nas sociedades e menor a posição das mulheres, mais negativamente são afetadas pelo VIH. Além disso relações de maior igualdade de género, e o empoderamento das mulheres são vitais para prevenir com sucesso a propagação da infeção pelo VIH e capacita as mulheres para lidar com o VIH e Sida. “

género e do empoderamento das mulheres para prevenir a transmissão do VIH. A Recomendação (N.º 200) baseia-se na Coletânea das Diretivas Práticas, que realça a importância do reconhecimento e da abordagem das dimensões de género do VIH e da Sida no contexto da resposta ao VIH.

Preâmbulo da Recomendação N.º200

“Registando que o VIH afeta tanto homens como mulheres, muito embora as mulheres e raparigas estejam em maior risco e sejam mais vulneráveis à infeção por VIH do que os homens e sejam afetadas de modo desproporcionado por esta pandemia em resultado da desigualdade de género, pelo que o reforço dos direitos das mulheres é um elemento essencial da resposta mundial ao VIH e Sida; “

* NT: Esta publicação pode ser consultada no CD acompanhante na versão do Brasil e na versão de Portugal.

82 ILO, *Giving globalization a human face*, op.cit., parág. 811.

O parágrafo 14 da Recomendação contém disposições específicas que apelam a que se tomem medidas no local de trabalho para prevenir a transmissão do VIH e reduzir o seu impacto, entre outras coisas:

- Assegurar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres
- Prevenir e proibir o assédio e a violência no trabalho
- Envolver homens e mulheres trabalhadores na resposta ao VIH
- Salvar os direitos e a saúde sexual e reprodutiva
- Assegurar a confidencialidade dos dados médicos pessoais.

Abordar as dimensões de gênero da epidemia do VIH através de ações direcionadas, facilita o desenvolvimento de estratégias efetivas que contemplam as necessidades e preocupações, tanto de mulheres como de homens, tendo em vista reduzir a sua vulnerabilidade à infecção e prevenir a propagação do vírus.

O papel dos tribunais

Os tribunais desempenham um papel essencial na garantia da aplicação da legislação a nível nacional e internacional que salvaguardam os direitos humanos de mulheres e meninas. Eles são habitualmente chamados a examinar casos que envolvem a discriminação no emprego, em casos de heranças, de direitos de propriedade, divórcio e questões relacionadas com a guarda das crianças, violência doméstica e outras questões relevantes para a igualdade de gênero. As suas decisões são fundamentais na abordagem da discriminação e violência sistemática contra as mulheres e meninas, e implementação dos princípios da igualdade de oportunidades e de tratamento e proteção da igualdade perante a lei. As decisões judiciais que reconhecem os direitos fundamentais de igualdade, apoiam a eliminação da discriminação no local de trabalho e muitas outras configurações, como ilustram os exemplos seguintes⁸³.

Igualdade no tribunal

As regras probatórias que atribuem aos depoimentos das testemunhas do sexo feminino menos peso do que aos de testemunhas do sexo masculino, podem colocar as mulheres e meninas em franca desvantagem, aumentando a sua vulnerabilidade ao VIH, especialmente em casos de agressão sexual. Os tribunais nacionais têm sustentado o direito das mulheres à igualdade de tratamento em processos judiciais, deixando de lado tais regras discriminatórias.

83 Ver também: *International Association of Women Judges (IAWJ)*, op.cit.

País: Namíbia

Supremo Tribunal da Namíbia, *S. Vs. D. e outra*, de 1992 (1) SA 517, Acórdão de 4 de outubro de 1991

Este caso envolveu um recurso de dois recorrentes que foram ambos condenados por violação e sentenciados a três anos de prisão por um tribunal regional de Primeira Instância. Este tribunal baseou-se no testemunho das duas queixosas, que testemunharam que tinham sido levadas pelos recorrentes para um edifício incendiado, onde haviam sido violadas. Cada queixosa foi violada por um dos dois recorrentes, mas em locais separados. Cada queixosa foi, portanto, a única testemunha em relação à alegada violação. Ao examinar se as provas apresentadas apoiavam a conclusão de culpa do tribunal de primeira instância, de que não suscitam dúvidas razoáveis, o tribunal considerou a advertência tradicional que regula a agressão sexual. A regra preventiva baseia-se na suposição de que as testemunhas alegando abuso sexual são menos credíveis do que as testemunhas que alegam outros crimes, como roubo. O Tribunal tomou conhecimento de jurisprudência que define a regra, apelando à precaução, “no caso de todas as mulheres que alegam agressões sexuais”. (Citando *R vs J* 1966 (1) SA 88 (SR) em 92A-C)) Em *S. vs D.* o Tribunal recusou-se a aplicar a regra de advertência, observando que as evidências disponíveis não suportam a afirmação de que são colocadas mais falsas acusações em casos de agressão sexual do que noutras categorias de crimes. Além disso, o Tribunal observou que, embora a regra de advertência se aplique a todos os casos de violência sexual, independentemente do sexo do queixoso, a esmagadora maioria dos queixosos em tais casos, são do sexo feminino. O Tribunal concluiu que a regra de advertência que surgiu em casos de violação, não tinha uma base racional para a sua existência e que, de facto, “a chamada regra cautelar não tem outra finalidade a não ser a discriminação contra as mulheres queixosas. A regra é contrária ao art. 10º da Constituição da Namíbia, que prevê a igualdade de todas as pessoas perante a lei independentemente do sexo.”

País: Uganda

Supremo Tribunal do Uganda em Kampala, *Uganda vs. Peter Matovu*, Secção Criminal, Processo n.º 146, de 2001, Acórdão de 21 de outubro de 2002

O réu Peter Matovu foi indiciado pela acusação de violação. O Tribunal recusou-se a aplicar a regra de legislação comum que, quando uma vítima alega que o acusado cometeu um crime sexual contra ela, o juiz deve advertir que é perigoso agir de acordo com as evidências não corroboradas da vítima. O Tribunal observou que a regra discrimina contra as mulheres, que eram as mais frequentes vítimas de crimes sexuais. Foi, portanto, inconsistente com a Constituição do Uganda e obrigações de direito internacional, particularmente o artigo 1.º da CEDAW. O Tribunal também observou que “nos termos do artigo 21º da Constituição,

que proclama a igualdade de todas as pessoas perante a lei, a igual proteção da lei, e a proibição da discriminação em razão do sexo, o Uganda promulgou, de uma vez, o essencial dos instrumentos internacionais acima referidos. e, portanto, o Uganda tem a obrigação de executar os conteúdos desses instrumentos internacionais. “O Tribunal de Justiça considerou que a regra discriminatória era inconstitucional e, portanto, nula. O Tribunal observou que a violação era um crime muito grave, que expôs as jovens raparigas à possibilidade de serem infetadas com doenças sexualmente transmissíveis e principalmente Sida.

A igualdade de direitos de propriedade - Os direitos de herança

Os tribunais nacionais têm usado o direito internacional na defesa da igualdade dos direitos das mulheres em questões relacionadas com a herança, como neste caso, que examinou o direito consuetudinário e constitucional.

País: Botswana

Tribunal Superior do Botswana em Gaborone, *EMM, BM, JL e MKN vs. MSF*, Processo n.º MAHLB-000836-10, Acórdão de 12 de outubro de 2012

O Tribunal examinou a questão dos direitos de herança à luz do direito consuetudinário, que proíbe as mulheres de herdarem a casa de família. Este direito consuetudinário significa que uma mulher pode ficar sem teto na morte dos pais ou do cônjuge.

O caso foi apresentado por três requerentes (três irmãs idosas que viviam na casa de família). Elas argumentaram que deveriam ter permissão para herdar a casa da família em vez de a ceder a um sobrinho do sexo masculino (o filho de um meio irmão das irmãs).

O Tribunal considerou que a aplicação da regra do direito consuetudinário para qualificar apenas o filho mais novo como herdeiro testamentário, com a exclusão das suas irmãs do sexo feminino, viola a Secção 3, da Constituição do Botswana, que prevê o direito à igualdade de proteção perante a lei. Nas suas conclusões, o Tribunal considerou a legislação nacional, acórdãos de outras jurisdições africanas e instrumentos internacionais assinados ou ratificados pelo Botswana, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

Direito à igualdade de direitos no casamento

Os tribunais nacionais também rejeitaram os argumentos com base no direito consuetudinário, afirmando a igualdade de direitos para mulheres e homens no casamento.

País: Uganda

Tribunal Superior do Uganda em Masaka, *Uganda vs. Yiga Hamidu*, Secção Criminal Processo Nº.0055 de 2002, Acórdão de 2004 (não declarado/unreported)

Neste processo penal, o Tribunal rejeitou um argumento baseado no direito consuetudinário para justificar uma acusação de violação. A queixosa alegou que tinha rompido o noivado com o réu, quando soube que a sua anterior esposa tinha morrido, possivelmente de Sida, e ela exigiu como condição que ambos deviam submeter-se ao teste do VIH antes de se casarem. Ela alegou que o réu havia contratado dois homens para a raptar e depois a violaram, trancando-a no seu quarto e ele próprio violentando-a, enquanto os seus dois sequestradores a seguravam no chão. O arguido negou as acusações, apresentando a defesa afirmativa de erro de facto ou de crença sincera, de acordo com a seção 9 (1) do Código Penal do Uganda. Alegou acreditar sinceramente que a queixosa era sua esposa porque pagou um dote aos pais dela e havia sido acordado um casamento. De acordo com o arguido, ele estava, portanto, casado com a queixosa. Argumentou que, em consequência, a queixosa tinha implicitamente consentido a relação sexual e que, de acordo com a lei do Uganda, um marido não pode violar a sua própria esposa. O Tribunal não encontrou provas de que o casamento teve lugar e não existiam provas de que a queixosa tinha consentido a relação sexual. Na condenação com acusação de violação, o Tribunal considerou que, mesmo se o casal fosse casado, os factos do caso justificariam a constatação de violação. O Tribunal observou que a disposição do Código Penal em matéria de violação não permite exceções para pessoas casadas. Ele considerou que a existência de um casamento válido, ou a sincera convicção da validade do casamento, não constitui defesa para a violação no Uganda, tendo em conta a Constituição de 1995, que prevê a igualdade de direitos no casamento e a igualdade plena da dignidade da pessoa. O Tribunal observou que a queixosa foi tratada como um “mero instrumento sexual” e que sua “dignidade humana foi espezinhada”. Rejeitou, portanto, a defesa do arguido e condenou-o por violação.

A igualdade de direitos na divisão de bens do casal

Os tribunais nacionais também examinaram a questão da igualdade de direitos de bens do casal no contexto do VIH⁸⁴.

⁸⁴ Para resumos deste e de outros casos, ver *Tanzania Women Judges Association* (TAWJA) (Associação de Mulheres Juízas da Tanzânia) *Case law manual* (Dar es Salaam, 2013).

País: Quênia

***Court of Appeal, Midwa vs. Midwa*, Processo Nº. 197/200, Acórdão de 31 de julho de 2001 ((2000) 2 EA 453 (CAK))**

O marido pediu o divórcio da mulher infetada pelo VIH, alegando que ela punha em risco a sua vida e que ele não poderia continuar a viver com ela debaixo do mesmo teto. O tribunal de primeira instância ordenou que a esposa fosse expulsa do lar conjugal e fosse para o quarto dos empregados, concedendo a custódia das crianças ao marido enquanto se aguardava o julgamento do caso. A mulher recorreu ao Tribunal de Justiça, afirmando que parte de seu salário foi para o pagamento da hipoteca da casa e contestando o seu confinamento ao quarto dos empregados. Ela argumentou que não existiam nenhuma circunstâncias excepcionais que justificassem a concessão da guarda dos filhos ao pai.

O Tribunal de Recursos comentou a decisão de primeira instância, caracterizando-a como insensível, traumatizante e desumana. O Tribunal ordenou que a mulher voltasse à casa do casal.

País: República Unida da Tanzânia

Tribunal Superior da Tanzânia em Dodoma, *Elizabeth Mtawa vs. Hassan Mfaume Risasi*, (PC) Recurso civil Nº. 12 de 2001[1]

A recorrente viveu com o irmão do inquirido, Mwinjuma Mfaume Risasi, como marido e mulher durante cerca de nove anos e cuidou dele até à sua morte. O falecido também foi apoiado por dois filhos, nascidos fora do casamento. O irmão inquirido alegou que a recorrente não era a esposa do falecido, mas apenas uma concubina e, portanto, não tinha direito a uma parte dos bens do falecido. Um segundo irmão do falecido, testemunhou que a recorrente não merece ficar na casa e deveria tê-la desocupado após o funeral.

O tribunal de primeira instância concluiu que havia uma presunção de casamento de acordo com as leis nacionais do casamento e ordenou que a recorrente poderia ficar na casa disputada sob certas condições, incluindo a de que ela deveria desocupar a casa, se se casasse e que não deveria trazer um outro homem para casa. O irmão do falecido apelou, argumentando que a recorrente não deveria beneficiar da ocupação de uma casa para cuja aquisição não tinha contribuído. O tribunal de recurso considerou que a recorrente era uma mera concubina e que não poderia ter direito a uma participação na casa, uma vez que não tinha sido construída pelos esforços conjuntos da recorrente e do falecido.

O Tribunal de Justiça anulou, mantendo-se a favor da recorrente. Constatou-se que houve ampla evidência de que a recorrente e o falecido tinham vivido juntos como marido e mulher, e aplicou a presunção de casamento na legislação nacional. O Tribunal recusou-se a aplicar tanto a lei islâmica ou o direito consuetudinário ao caso. Observou que o direito

consuetudinário impede um cônjuge do sexo feminino sobrevivente de afirmar os direitos de propriedade sobre bens imóveis, permitindo-lhe apenas fazer valer os direitos de usufruto. O Tribunal considerou que esta disposição viola os princípios básicos dos direitos humanos, nos termos dos artigos 2º e 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como a legislação nacional.

O Tribunal constatou que a recorrente cuidou do falecido até à sua morte e criou os dois filhos, e que não houve nenhuma evidência de que o inquirido, ou outro dos seus irmãos tenha prestado qualquer assistência. Caracterizando a sua afirmação como “injusta” e “repugnante para a justiça”, considerou a contribuição do recorrente para o bem-estar do falecido e seus filhos, como uma contribuição para a aquisição dos bens da família, o Tribunal concedeu à recorrente a partilha de metade da casa e a outra metade com os dois filhos, enquanto herdeiros legais.

Eliminação da discriminação contra as mulheres no emprego e na profissão

A discriminação no emprego contra as mulheres persiste e pode basear-se noutras considerações que limitam as suas oportunidades de obter ou de permanecer no emprego, tais como o estado civil, a gravidez e as responsabilidades familiares⁸⁵.

Discriminação na gravidez

Pode ser negado às mulheres o acesso a um cargo ou podem ser despedidas sem justa causa devido à gravidez ou complicações pós parto. O caso a seguir fornece um exemplo da aplicação das normas internacionais do trabalho que garantam a proteção da maternidade num contexto nacional.

País: Benim

Tribunal de Primeira Instância de Cotonou, *Hossou Djossou Z. Prisque vs. Plan International Benin*, Processo Nº. 54-02, Acórdão Nº. 009/09 de 20 julho 2009

O Tribunal examinou a queixa de despedimento sem justa causa enquanto a trabalhadora estava de licença de maternidade alargada. Após o parto, foi diagnosticada uma doença à trabalhadora que a impedia temporariamente de fazer qualquer movimento que envolvesse um impacto no seu corpo. O seu trabalho exigia andar diariamente de moto. O seu empregador despediu-a durante a licença de maternidade alargada embora, por razões de incapacidade física, afirmando que não era possível recolocá-la numa posição coerente com o seu estado

⁸⁵ ILO, *Equality in employment and occupation: Special Survey on equality in employment and occupation in respect of Convention No. 111, International Labour Conference, Report III (Part 4B), 84th Session (Geneva, 1996)*, parágrafos 35-36.

de saúde. O Tribunal referiu as secções 170-172 do Código do Trabalho do Benin, bem como o artigo 8 ° da Convenção (N ° 183), sobre Proteção da Maternidade, de 2000 que estabelece que é ilegal despedir uma mulher durante a gravidez, licença de maternidade ou num período após o seu retorno da licença, salvo por motivos alheios à gravidez, parto e suas consequências ou amamentação. [O Tribunal observou que o Código do Trabalho do Benin prevê a proteção na maternidade idêntica ao previsto na Convenção (N ° 183).]

Responsabilidades familiares

As mulheres que vivem ou estão infetadas pelo VIH podem enfrentar situações de discriminação devido às suas responsabilidades de prestação de cuidados. No caso seguinte, como exemplo, uma funcionária foi suspensa do seu emprego por ter estado ausente do trabalho para cuidar do filho doente.

País: Lesoto

Tribunal do Trabalho do Lesoto, *Palesa Peko vs. The National University of Lesotho*, Processo N.º LC/95, Acórdão de 1 de agosto de 1995

A funcionária esteve ausente do trabalho por duas semanas para cuidar do seu filho, que esteve a recuperar de uma cirurgia. Ela tinha dito ao empregador que estava doente, para que pudesse cuidar dele. O empregador suspendeu-a e deduziu um montante no seu salário correspondente ao período da sua ausência.

O Tribunal do Trabalho observou que havia uma deficiência na legislação nacional aplicável, citando a secção 4 do Código do Trabalho, que prevê:

“Em caso de ambiguidade, as disposições do Código e de quaisquer normas e regulamentos criados ao seu abrigo, devem ser interpretados de tal forma que devem estar mais em conformidade com as disposições das Convenções adotadas pela Conferência da Organização Internacional do Trabalho e as Recomendações adotadas pela Conferência da Organização Internacional do Trabalho.”

O Tribunal baseou-se na Convenção da OIT (N.º 156) sobre os Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, de 1983 para preencher a lacuna na legislação nacional, encontrando-se habilitada nos termos do artigo 9 ° da Convenção a dar efeito às suas disposições. Nesta base, o Tribunal aplicou as disposições da Convenção (N.º 156) ordenando diretamente que anulasse a suspensão, e instruiu o empregador a pagar os salários devidos pelo período correspondente ao tempo que ela tinha estado ausente do trabalho para cuidar do filho.

Igualdade de remuneração

Garantir a igualdade económica entre homens e mulheres no mercado de trabalho reduz a vulnerabilidade das mulheres à epidemia. O Tratado de Versalhes, que incorpora a Constituição original da OIT, estabelece como um dos nove princípios “de especial e prioritária importância” os princípios que “os homens e as mulheres devem receber remuneração igual para trabalho de igual valor” e que “as normas estabelecidas por lei em cada país no que diz respeito às condições de trabalho devem ter em conta o justo tratamento económico de todos os trabalhadores...”⁸⁶

A Convenção da OIT (N.º 100) sobre Igualdade de Remuneração, de 1951 apela aos Estados membros da OIT que apliquem o princípio da igualdade de remuneração na lei e na prática.

País: Índia

Supremo Tribunal da Índia, *MacKinnon MacKenzie & Co. Ltd vs. Audrey D’Costa & Anr*, Processo N.º. 1987 AIR 1281 1987 SCR (2) 659, Acórdão de 26 de março de 1987

A estenodactilógrafa desafiou o sistema de remuneração aplicado na sua empresa argumentando que existia discriminação entre mulheres e homens. A discriminação tinha sido reconhecida nos tribunais de instância inferior. A empresa iniciou um processo no Supremo Tribunal Federal para que as medidas tomadas em seu favor fossem anuladas. A empresa alegou que a estenodactilógrafa tinha um posto de confiança e que não havia nenhum homem empregado com um trabalho similar. Tinha, no entanto, reconhecido que um estenodactilógrafo receberia um salário mais elevado para o mesmo trabalho.

O Tribunal observou que a Convenção da OIT (N.º 100) era aplicável à matéria, afirmando que:

“O Artigo 39º (d) da Constituição da Índia prevê que o Estado deve, em particular, dirigir a sua política no sentido de garantir a igualdade de remuneração para trabalho de igual valor, para homens e mulheres. A Convenção sobre a Igualdade de Remuneração para trabalho de igual valor foi adotada pela Conferência Geral da OIT em 29 de junho de 1951. A Índia é uma das partes da referida Convenção”.

Referindo-se tanto à Convenção (N.º.100) como à abordagem adotada pelos países Europeus em relação à igualdade de remuneração, o Tribunal da Índia considerou que a queixosa tinha recebido salários inferiores aos dos seus colegas do sexo masculino na realização de trabalhos de igual valor. O facto de que não havia nenhum homem empregado na mesma posição na

86 *Treaty of Versailles, Part XIII, 1919, Article 427*

empresa era irrelevante, uma vez que o princípio da igualdade de remuneração apela para o mesmo nível de remuneração a ser garantido não só para pessoas que desempenham o mesmo trabalho mas para homens e mulheres trabalhadores que executam trabalhos diferentes, mas considerados de igual valor.

Assédio sexual

O assédio sexual e a violência aumentam a vulnerabilidade das mulheres ao VIH. Os tribunais nacionais formularam princípios e diretrizes gerais sobre o assédio sexual no local de trabalho, com vista a garantir uma maior igualdade de género.

País: Índia

Supremo Tribunal da Índia, *Vishaka & ORS vs. State of Rajasthan & ORS*, Processo Nº. 6 SCC 241, Acórdão de 13 de agosto de 1997

O Supremo Tribunal analisou uma ação coletiva movida por um grupo de demandantes nos termos do artigo 32 da Constituição Indiana. A ação surgiu a partir de acusações de uma violação em grupo. As petionárias solicitaram ao tribunal que emitisse orientações para a aplicação dos direitos fundamentais da Constituição, que estavam supostamente a ser violados por práticas de assédio sexual de mulheres no local de trabalho. Observando que o direito interno não aborda a questão do assédio sexual, o Tribunal decidiu formular princípios gerais e diretrizes sobre o assunto. Ao fazê-lo, apoiou-se na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e comentários do órgão de fiscalização responsável por supervisionar a sua aplicação.

O Tribunal observou que:

“A igualdade de género inclui a proteção contra o assédio sexual e o direito a trabalhar com dignidade, que constitui um direito humano universalmente reconhecido... As normas e convenções internacionais, são, portanto, de grande importância na formulação das orientações para alcançar este objetivo.”

Aplicação judicial de outros instrumentos internacionais relevantes

Além dos instrumentos da OIT, outros instrumentos internacionais e regionais garantem o direito das mulheres à igualdade, como a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Interamericana contra todas

as formas de discriminação e Intolerância e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Estas podem ser úteis na apreciação dos processos que envolvem alegações de discriminação sexual em contextos nacionais, particularmente onde as questões levantadas não estão cobertas pela legislação nacional.

Questões para debate

1. O seu país ratificou as Convenções e as Normas internacionais sobre igualdade de género? Se sim, têm sido aplicadas na jurisprudência nacional? Que proteção legislativa tem o seu país adotado para fornecer proteção contra a discriminação no emprego com base no sexo?
2. Será que essas medidas oferecem proteção contra a discriminação relacionada com o emprego equivalente ao previsto na Convenção (N.º 111) da OIT e da Recomendação (N.º. 200)?
3. Quais os desafios para a igualdade de género no seu país / região e o que podem os tribunais fazer para ajudar a enfrentar esses desafios?

Módulo 9: Grupos chave

A epidemia do VIH tende a afetar quem vive nas margens da sociedade. As taxas de prevalência do VIH são significativamente mais elevadas em determinados grupos chave que já são marginalizados, em muitos países, devido a estigmas pré-existentes. Incluem-se nestes grupos os homens que têm sexo com homens (HSH), as pessoas que praticam sexo comercial, pessoas transgénero, reclusos e utilizadores de drogas injetáveis. O relatório de 2012 da ONUSIDA refere, por exemplo, que o VIH afeta desproporcionalmente as pessoas que praticam sexo comercial, HSH e utilizadores de drogas injetáveis⁸⁷.

UNAIDS Terminology Guidelines (revisão de Outubro de 2011) (página 18):

“O termo “populações chave” ou “populações chave em maior risco de exposição ao VIH” refere-se a “pessoas mais suscetíveis de estarem expostas ao VIH ou a transmiti-lo – o seu empenhamento é fundamental para uma resposta bem-sucedida ao VIH, i.e., são fundamentais em relação à epidemia e pessoas chave para a resposta ao VIH. Em todos os países, as populações chave incluem as pessoas que vivem com o VIH. Na maioria dos contextos, os homens que tem sexo com homens, pessoas transgénero, pessoas que utilizam drogas injetáveis, pessoas que praticam sexo comercial e os seus clientes e parceiros seronegativos em casais serodiscordantes estão em maior risco de exposição ao VIH do que outras pessoas. Há uma forte ligação entre os vários tipos de mobilidade e de risco elevado de exposição ao VIH, dependendo da razão da mobilidade e de até que ponto as pessoas estão fora de seu contexto social e normas. Cada país deve definir as populações específicas que são fundamentais para a epidemia e a resposta baseada no contexto epidemiológico e social.”

Certas populações chave, como homens que têm sexo com homens (HSH), pessoas que praticam sexo comercial ou utilizadores de drogas injetáveis (UDI), são consideradas populações “em risco” quando têm comportamentos e estilos de vida conducentes a um maior risco de exposição ao VIH. Há outros grupos que, devido a fatores socioeconómicos e culturais, podem ser mais vulneráveis ao VIH

87 UNAIDS, *World AIDS Day Report 2012*, op.cit., p.42

do que os outros, incluindo crianças e jovens, mulheres, trabalhadores migrantes, pessoas com deficiência, refugiados e pessoas deslocadas internamente⁸⁸.

Os membros de grupos chave da população estão frequentemente sujeitos a múltiplos níveis de estigma e tendem a sofrer níveis mais elevados de discriminação do que os outros, especialmente quando estão infectados pelo VIH⁸⁹. Em resultado disso, deparam-se frequentemente com barreiras no acesso aos serviços de saúde, à educação e a oportunidades de emprego.

United Nations General Assembly: Implementation of the Declaration of Commitment on HIV/AIDS and the Political Declarations on HIV/AIDS: United to end AIDS: achieving the targets of the 2011 Political Declaration, Report of the Secretary-General, A/66/757, 2 Abril 2012, parágrafo 58:

“Em 2010, 46 por cento dos países referiram possuir legislação, regulamentação ou políticas que impedem as populações chave com maior risco de infeção de VIH de ter acesso aos serviços de prevenção, tratamento, cuidados e apoio. Setenta e seis países criminalizam as relações sexuais homossexuais consentidas entre adultos, a maioria dos países criminalizam algum aspeto do sexo comercial e a maior parte impõe sanções penais às pessoas dependentes de drogas. Não só essas leis marginalizam e expõem os membros das populações chave à violência, a sanções penais e prisão, mas também têm como resultado a exclusão desses grupos da economia nacional, dos programas de apoio à saúde e programas sociais.”

Grupos chave vulneráveis e em situação de risco

Este módulo irá abordar a questão de um conjunto de grupos chave da população ativa afetados, ou entre os que interagem com o mundo do trabalho, que ou são particularmente vulneráveis à infeção pelo VIH ou que se envolvem em comportamentos que podem colocá-los num maior risco de infeção. Estes grupos chave não são necessariamente os únicos relevantes, mas são mencionados no presente contexto, por duas razões: quer porque são especificamente referidos na Recomendação (N.º 200), ou por terem sido identificados como grupos com maior prevalência do VIH num número significativo de epidemias nacionais.

88 Ver também *UNAIDS, UNAIDS Terminology Guidelines, Revised Version* (Geneva, October 2011), p.30 Disponível em: http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2011/JC2118_terminology-guidelines_en.pdf

89 Ver *UNAIDS/Programme Coordinating Board, Thirty-first meeting*, PCB (31)/12.25 (Geneva, 2012), parág. 15. Disponível em: http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/pcb/2012/20121111_PCB%2031_Non%20Discrimination_final_newcoverpage_en.pdf

Os grupos chave e os fatores de risco para cada grupo também podem variar de país para país, dependendo das características e evolução da epidemia de VIH a nível nacional.

Pessoas que praticam sexo comercial

Desde o início da epidemia do VIH, a prevalência do VIH em epidemias nacionais foi significativamente maior entre as pessoas que praticam sexo comercial, de ambos os sexos e pessoas transgénero, do que entre a maioria dos outros grupos da população⁹⁰. De acordo com o Relatório Global da ONUSIDA de 2012, uma análise recente dos dados disponíveis de 50 países concluiu que as pessoas do sexo feminino que praticam sexo comercial têm 13,5 vezes mais probabilidades de viver com o VIH do que as mulheres que não estão envolvidas nesta prática⁹¹.

É importante lembrar que as pessoas que praticam sexo comercial incluem homens e pessoas transgénero, os quais também já se demonstrou, nalguns países, terem altas taxas de infeção por VIH, em comparação com a população em geral.

WHO/UNAIDS/UNICEF: Global HIV/AIDS Response: Epidemic update and health sector progress towards universal access, Progress Report 2011 (Geneva, 2011), página 31:

“Os dados para as pessoas do sexo masculino que praticam sexo comercial e pessoas transgénero são escassos, mas mostram uma prevalência muito elevada de VIH: entre 9% e 25% destas pessoas do sexo masculino inquiridas submetidas ao teste VIH tiveram resultados positivos na China (102) Indonésia e Tailândia, por exemplo, assim como 34% de pessoas transgénero (hijra) que praticam sexo comercial em Jacarta (Indonésia), 16% dos seus pares em Mumbai (Índia) e 14% das pessoas transgénero em Bangucoque (Tailândia) (103)”.

O Relatório Global da ONUSIDA de 2012 refere que, devido às elevadas taxas de estigma e discriminação enfrentados pelos quinze milhões de pessoas transgénero em todo o mundo, muitas vezes só contam com o sexo comercial como a única fonte de rendimento e sobrevivência, estimando-se que mais de 44 por cento das pessoas transgénero estejam envolvidas na prática de sexo comercial.

Alguns tribunais nacionais têm abordado as questões do emprego no contexto do sexo comercial⁹².

⁹⁰ UNAIDS, *Sex work and HIV/AIDS: UNAIDS Technical Update, UNAIDS Best Practice Collection*, (Geneva, 2002).

⁹¹ UNAIDS, *Global Report 2012*, op.cit., p. 21.

⁹² UNAIDS, *Global Report 2012*, op.cit., p. 21.

País: Colômbia

Tribunal Constitucional da Colômbia, *Lais vs. PANDEMO*, Processo Nº. T- 629/10, Acórdão de 13 de agosto de 2010

Nesta decisão, o Tribunal Constitucional examinou as alegações de despedimento sem justa causa no contexto da prática de sexo comercial. A queixosa praticava sexo comercial e estava empregada num bar/discoteca. O empregador despediu a queixosa sumariamente depois de saber que ela estava grávida. Para chegar à decisão, o Tribunal Constitucional abordou a questão relativa ao sexo comercial de acordo com o direito internacional e a jurisprudência de outros países. O tribunal fez notar que a queixosa era a única pessoa responsável pelo agregado familiar e que tinha direito à mesma proteção na maternidade concedida a qualquer outra trabalhadora de acordo com a legislação colombiana, citando os artigos 236º e 239º do Código do Trabalho da Colômbia. O Tribunal decidiu que as pessoas que praticam sexo comercial, quer sejam mulheres ou homens, têm os mesmos direitos dos que desenvolvem qualquer outra atividade. O Tribunal atribuiu uma indemnização à trabalhadora.

País: África do Sul

Tribunal do Trabalho de Segunda Instância Sul-Africano, *Kylie vs. Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others*, Processo Nº. CA 10/08, Acórdão de 26 de Maio de 2010 ((CA10/08) [2010] ZALAC 8; 2010 (4) SA)

O Tribunal do Trabalho de Segunda Instância Sul-Africano examinou um caso de despedimento sem justa causa de uma mulher que praticava sexo comercial, que alegadamente teria sido despedida do seu emprego, sem audição prévia. O tribunal de primeira instância indeferiu o pedido, concluindo que não tinha competência sobre o caso. Na sua decisão, o tribunal de primeira instância observou que o sexo comercial era ilegal na legislação sul africana e por isso o seu contrato de trabalho era inválido. O tribunal de primeira instância (*lower court*) considerou que a proteção de práticas de trabalho justas oferecidas nos termos do artigo 23.º da Constituição da África do Sul não se aplica a uma pessoa envolvida em trabalho ilegal. A queixosa recorreu do despedimento.

O tribunal de recurso argumentou que a proteção das práticas de trabalho justas, no âmbito do artigo 23.º da Constituição da África do Sul, que prevê ao abrigo da subsecção (1) que “todos têm o direito a práticas de trabalho justas. “Observando que o precedente do Tribunal Constitucional que interpretou esta disposição, o tribunal de recurso concluiu que o direito constitucional relativo a práticas de trabalho justas é atribuído a todas as pessoas e que inclui não apenas as partes de um contrato de trabalho mas também as pessoas com uma relação de trabalho. O Tribunal observou que “a atividade ilegal de uma pessoa que pratica sexo comercial per se não a impede de usufruir de uma série de direitos constitucionais “.

Levando em conta todas as circunstâncias, o Tribunal declarou:

“É importante enfatizar os resultados precisos do presente acórdão e onde [ele] não para se aplica. [Ele] não pode e não sanciona o sexo comercial. Esta é uma questão para a Legislatura.....No entanto, o facto de a prostituição ser considerada ilegal não... diminui toda a proteção constitucional que pode ser usufruída por alguém como recorrente, mesmo que seja uma pessoa que pratica sexo comercial “(parágrafo 54). Assim, o Tribunal concluiu que a proteção ao abrigo da secção 193º da Lei das Relações de Trabalho se aplica à recorrente, não obstante a ilegalidade da atividade realizada” (parágrafo 55).

País: Bangladesh

O Supremo Tribunal examinou as alegações apresentadas por um grupo de mais de 54 organizações sem fins lucrativos em nome de um grupo de mulheres que praticam sexo comercial e dos seus filhos. As petionárias, incluindo a Associação Nacional das Mulheres Advogadas do Bangladesh e a Sociedade do Bangladesh para a Aplicação dos Direitos Humanos, entre outras, alegaram que um grupo de pessoas que praticam sexo comercial e os seus filhos tinham sido ilegalmente, e à força, despejadas das suas residências em Zanzibar e Nimali. As petionárias alegaram que o Governo foi regularmente tomando medidas para assediar as mulheres prostitutas e os seus filhos, “perseguido-as pela ocupação pacífica de casas/quartos alugados por elas” (p. 3). Alegaram que as mulheres e crianças tinham sido expulsas, retiradas de suas camas nas primeiras horas da manhã pela polícia local. Foram vítimas de abusos físicos e verbais e levadas para uma casa para vadios, violando o seu direito à vida e à subsistência, protegidos pela Constituição do Bangladesh e pela legislação nacional.

O Tribunal observou que o direito à vida garantido pelo artigo 31º da Constituição do Bangladesh inclui o direito à subsistência. Concluiu que as pessoas que praticam sexo comercial “depois da expulsão...também foram destituídas do direito à subsistência...a que se junta a privação do direito à vida, tornando a ação inconstitucional e ilegal.” (p. 10).

Da mesma forma, no processo *Bedford vs. AG Canadá* de 2010, um juiz desaplicou três disposições do código penal do Canadá que proíbe o sexo comercial, apelidando-os de violação da Carta dos Direitos do Canadá, uma vez que “forçam as prostitutas a escolher entre a sua liberdade e os seus direitos à segurança pessoal” (*Bedford vs. Canadá (Attorney Geral)*, 2010 ONCA 0814, Ont. Tribunal Superior de Justiça Ct. (28 de setembro 2010)). A decisão do Tribunal de Apelação de Ontário, de 2012, considerou que as disposições que proíbem bordéis e que vivem “de tirar partido da prostituição” foram ambos considerados

inconstitucionais na sua forma atual (*Canada (Attorney General) vs. Bedford*, 2012 ONCA 186). À data da elaboração deste processo, tinha sido concedida autorização à decisão Bedford para apelar para o Supremo Tribunal do Canadá.

Lésbicas, homossexuais, bissexuais, transgénero e pessoas intersexo (LGBTI)

Em maio de 2013 estimava-se que mais de 70 países ainda criminalizavam as relações consentidas entre pessoas do mesmo sexo, com alguns destes países prevendo penas severas, incluindo a prisão e, até mesmo a morte⁹³. As pessoas LGBTI estão em risco de violência física e psicológica, incluindo assassinato, espancamento e agressão sexual⁹⁴. As Lésbicas e as mulheres bissexuais ou transgénero são frequentemente alvo de violência, em particular violação, devido à sua orientação sexual ou identidade de género. O Gabinete do Alto Comissariado dos Direitos Humanos manifestou a sua preocupação com a prática de “violação corretiva” em certos países⁹⁵. O estigma e a discriminação com base na orientação sexual no emprego é generalizado, e as pessoas LGBTI podem estar sujeitas a discriminação com base na sua orientação sexual por si só ou a discriminação pode estar relacionada com o estatuto VIH real ou suposto. Estas circunstâncias dissuadem as pessoas LGBTI de revelar o seu comportamento aos prestadores dos serviços de saúde, tornando-as mais vulneráveis ao VIH e contribuindo para a disseminação do vírus⁹⁶.

Vários países adotaram legislação contendo proteção explícita contra a discriminação com base na orientação sexual. Por exemplo, a constituição da África do Sul e do Equador proíbem essa discriminação⁹⁷.

O direito à não discriminação com base na orientação sexual inclui o direito à privacidade.

93 OHCHR, *Born free and equal: Sexual orientation and gender identity in international human rights law* (Geneva, 2012), p. 30. Ver também: *International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (ILGA), State-sponsored homophobia: A world survey of laws: criminalisation, protection and recognition of same-sex love* (Brussels, 2013).

94 OHCHR, *Ibid.*, p. 15.

95 *Ibid.*, p. 18.

96 *The Global Forum on MSM and HIV (MSMGF), Social discrimination against men who have sex with men (MSM): Implications for HIV policy and programs* (Oakland CA, 2010), p. 2.

97 Ver a secção 9, subsecção 3 da Constituição da República da África do Sul, Nº. 108, de 1996, com as alterações; Ver também Artigo 11º, subsecção 2 da Constituição da República do Equador, 2008. Além disso, ver ILGA, op.cit.

País: Reino Unido**Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Smith and Grady vs. Reino Unido*, Processos nº 33985/96 e 33986/96, Julgamento de 27 de setembro 1999**

A *Royal Air Force* (Força Aérea Real) tinha, na época, uma política contra a contratação de homossexuais, e levou a cabo investigações sobre a homossexualidade de uma mulher e de homem. Ambos foram despedidos, e alegaram que tal se devia à sua orientação sexual e que este facto violou o direito à vida privada referido no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O Tribunal considerou que a investigação constituía uma violação do direito à vida privada.

Os homens que têm sexo com homens - HSH⁹⁸ estão consistentemente entre as populações chave com maior prevalência de VIH nas epidemias nacionais. Um inquérito à infeção por VIH em populações de HSH, em capitais de todo o mundo, revelou taxas 13 vezes superiores às da população em geral⁹⁹. Os que também sofrem níveis elevados de discriminação são mais suscetíveis de se envolver em níveis mais elevados de comportamentos de risco, aumentando assim a sua vulnerabilidade ao VIH¹⁰⁰.

Pessoas transgénero

As pessoas transgénero, particularmente de homem para mulher, enfrentam riscos especiais e vulnerabilidades elevadas relativamente ao VIH. São muitas vezes vítimas das mais duras formas de discriminação e estigma devido à forma como expressam a sua identidade de género¹⁰¹. De acordo com a Aliança Internacional VIH/Sida, as pessoas transgénero são muitas vezes sujeitas a abusos e violência. Efetivamente, mais de 200 pessoas transgénero foram assassinadas em todo o mundo, em 2008 e 2009, por razões relacionadas com a sua identidade de género. A discriminação com base na orientação sexual e identidade de género no emprego e na profissão é generalizada. As pessoas transgénero têm um risco desproporcionalmente elevado de infeção por VIH, com uma prevalência muito elevada em certas regiões, qualquer coisa como 68 por cento¹⁰².

98 UNAIDS. *UNAIDS Terminology Guidelines*, op.cit. nota de rodapé 90, dá a seguinte definição de HSH, p. 19: "...descreve homens que têm sexo com homens, independentemente de terem ou não sexo com mulheres ou de terem uma identidade homo ou bissexual. Este conceito é útil porque também inclui homens que se auto identificam como heterossexuais mas têm sexo com outros homens".

99 UNAIDS, *Global Report 2012*, op.cit., p. 25.

100 *Ibid.*

101 *United Nations Human Rights Council, The protection of human rights in the context of human immunodeficiency virus (HIV) and acquired immune deficiency syndrome (AIDS)*, op.cit.

102 UNAIDS, *Global Report 2012*, op.cit., p. 76.

País: África do Sul

Tribunal de Trabalho da África do Sul, *Christine Ehlers vs. Bohler Uddeholm Africa (PTY) Ltd*, Processo Nº. JS 296/09, Acórdão de 13 de agosto de 2010

A queixosa, uma transexual, apresentou uma queixa por despedimento sem justa causa contra o empregador, alegando que tinha sido despedida devido à sua identidade de género.

O Tribunal do Trabalho comentando os factos do caso, observou: “Este caso mostra o que as pessoas discriminadas sofrem diariamente no local de trabalho. É uma triste acusação para a nossa sociedade que, apesar do nosso passado de discriminação e de todas as leis anti discriminação em vigor, a discriminação no local de trabalho ainda prospere. A requerente é uma dessas vítimas. Não só sofreu discriminação e rejeição por parte da família, como também foi submetida ao ridículo por alguns dos seus colegas. Algumas pessoas acreditavam que tinham o direito de lhe chamar nomes, simplesmente porque ela era diferente. Este é um estado de coisas bastante triste. Ela destacava-se no local de trabalho, era a melhor. Eu não entendo porque é que a mudança de sexo pode afetar agora o seu desempenho”. O Tribunal decidiu a favor da queixosa, sustentando que o empregador a tinha discriminado injustamente em razão do seu sexo e género, violando o artigo 9 ° da Constituição Sul Africana e a secção 51.2 da Lei das Relações de Trabalho. O Tribunal ordenou que a queixosa fosse reintegrada e que o empregador tomasse medidas para evitar que uma situação de discriminação semelhante ocorra novamente no futuro, além de ter de apresentar desculpas por escrito à queixosa.

País: África do Sul

Tribunal de Trabalho da África do Sul, *Quinton Atkins vs. Datacentrix (PTY) Ltd*, Processo Nº. JS 02/07, Acórdão de dezembro de 2009

Na sequência de uma entrevista de emprego bem sucedida foi o trabalhador, queixoso, admitido ao serviço do recorrido, vindo posteriormente aquele informar que pretendia mudar de sexo - de homem para mulher.

O empregador deu por finda a relação de trabalho e invocou má conduta do queixoso, em virtude de não ter sido informado de um facto relevante durante a entrevista de emprego.

O Tribunal rejeitou o argumento do empregador, no sentido de que o queixoso tinha sido desonesto, notando que não existia nenhuma obrigação legal de onde decorresse dever aquele informar o recorrido de que era sua intenção submeter-se a uma mudança de sexo.

Notando que a alegação do empregador, recorrido se traduzia em discriminação, tanto relativamente ao sexo como ao género, o Tribunal concluiu que o trabalhador, queixoso, tinha sido discriminado e concedeu-lhe uma indemnização por despedimento ilícito em razão da violação da cláusula de igualdade na Secção 9 da Constituição Sul Africana, Lei nº 55 de 1998 sobre Igualdade no Emprego, e a Lei nº 66 das Relações de Trabalho, de 1995.

Vários países têm adotado legislação que estabelece o direito à identidade de género. Em 9 de maio de 2012, a Argentina aprovou uma Lei de Identidade de Género das Pessoas. Em 2009, o Uruguai aprovou a Lei nº 18 620 sobre o Direito à Identidade de Género e alteração de nome e sexo em documentos de identificação. A 15 de março de 2011, Portugal aprovou a Lei nº 7/2011 que prevê o direito à mudança de sexo e de nome próprio¹⁰³.

Reclusos

O número de reclusos que vive com o VIH varia de país para país, mas regra geral a prevalência de VIH é maior entre a população de reclusos do que entre a população em geral. O acesso à prevenção do VIH e a cuidados de saúde (incluindo o seu tratamento) em prisões é, muitas vezes, mínimo ou inexistente.

R. Jürgens, M. Nowak e M. Day, “HIV and incarceration: prisons and detention”, in *Journal of the International AIDS Society*, 14:26 (2011).

A alta prevalência de infeção pelo VIH entre reclusos e detidos antes do julgamento, associada à superlotação e condições de vida inferiores à média, tornam as prisões e outros centros de detenção num ambiente de alto risco para a transmissão do VIH. Em última análise, isso contribui para a epidemia de VIH nas comunidades para onde os reclusos voltam depois de serem libertados.

Alguns países têm abordado a questão das prisões na sua legislação sobre VIH, fornecendo medidas de prevenção e proteção dos direitos humanos dos reclusos.

País: República do Congo

Lei n.º 30-2011, secção 13(1) de 3 de junho de 2011 para combater o VIH e Sida e proteção dos direitos das pessoas que vivem com o VIH:

“O ministério responsável pela justiça deve disponibilizar preservativos aos reclusos e outros materiais para relações sexuais sem risco, bem como a informação adequada sobre a sua utilização e a importância na prevenção da infeção por VIH e outras doenças sexualmente transmissíveis.”

As prisões são, também, locais de trabalho, e os funcionários prisionais podem beneficiar de políticas de VIH e programas que reduzam a discriminação relacionada com o VIH e facilitar o acesso à prevenção, tratamento, cuidados e a serviços de apoio. Por exemplo, em 2010, o Serviço Prisional do Gana adotou

¹⁰³ Estão disponíveis cópias destas leis em: <http://www.ilo.org/aids/legislation/lang--en/index.htm>

uma política de VIH/TB no local de trabalho abrangendo os seus funcionários e os reclusos¹⁰⁴.

O estigma e a discriminação relacionados com o VIH são comuns em ambientes prisionais e muitas prisões em todo o mundo desenvolvem políticas de segregação para os reclusos infetados pelo VIH.

País: Estados Unidos da América

Human Rights Watch/American Civil Liberties Union (ACLU): Condenado ao estigma: a segregação dos presos VIH-positivos no Alabama e na Carolina do Sul (2010).

Ao entrar no sistema prisional do Estado de Alabama e da Carolina do Sul, cada prisioneiro tem de se submeter a um teste VIH. Os que realizam o teste, ou os que já conhecem o seu estatuto VIH positivo são alojados separadamente. No Alabama e na Carolina do Sul a maioria dos reclusos VIH são obrigados a usar uma braçadeira ou distintivo para indicar o seu estatuto VIH positivo.

Um tribunal distrital federal do Alabama analisou a política do *Alabama Department of Corrections* de segregação dos reclusos VIH relativamente à população prisional em geral. O tribunal considerou que a política de discriminação contra os reclusos com base numa deficiência (o seu estatuto VIH), viola a *Americans with Disabilities Act*¹⁰⁵.

Os tribunais nacionais também sustentaram que o Estado tem a obrigação de fornecer tratamento anti-retroviral aos reclusos que vivem com o VIH.

País: Nigéria

Supremo Tribunal Federal da Nigéria, Festus Odafe & Ors vs. Attorney General da República Federal da Nigéria, Processo n.º FHC/PH/CS680/2003, Acórdão de 23 de fevereiro de 2004 (publicado em AHRLR 205 (NgHC 2004))

O Supremo Tribunal considerou que a recusa em proporcionar, aos reclusos VIH que aguardam julgamento, o acesso ao tratamento violava o seu direito de usufruir do mais elevado nível possível de saúde física e mental, como é garantido na Carta Africana. Neste caso, um número de reclusos que aguardavam julgamento, durante a detenção foi diagnosticado o VIH. Foram segregados e foi-lhes negado tratamento médico. Embora a Constituição Nigeriana não preveja o direito a cuidados de saúde, o Tribunal, no entanto, considerou que a Nigéria está

¹⁰⁴ A política incorpora os princípios gerais da Recomendação (Nº 200) e está disponível em www.ilo.org/aids

¹⁰⁵ *Alabama District Court, Northern Division, Henderson e all vs. Alabama Department of Corrections, Case 2:11 – cv-00224-MHT-WC..Judgement of 21 December 2012.*

obrigada a prestar o tratamento médico adequado em virtude da Carta Africana, que a Nigéria tinha ratificado. O Tribunal observou o custo económico, mas considerou que o Estado tinha a obrigação de fornecer o tratamento ARV para os reclusos independentemente do crime de que tenham sido acusados.

Outros grupos chave

Crianças e jovens

As crianças e os jovens estão entre os mais vulneráveis de todos os grupos afetados pelo VIH e Sida. Assim, a Recomendação apela para que sejam adotadas medidas especiais para proteger as crianças e os jovens trabalhadores (Parágrafos 35, 36 e 40).

Trabalho infantil

Um dos aspetos mais trágicos da epidemia VIH é que deixa, particularmente em risco os filhos dos que estão incapacitados devido a doenças relacionadas com o VIH ou que morrem de Sida. Essas crianças muitas vezes perdem familiares e outras pessoas que cuidam delas. Em muitos casos, especialmente em países e regiões de alta prevalência, as comunidades locais têm sido tão devastadas pelo VIH e Sida que não há ninguém para tomar conta destas crianças órfãs e abandonadas, que podem ser forçadas para as piores formas de trabalho infantil, incluindo a vender o seu corpo para sobreviver.

Trabalhadores Jovens

Reconhecendo que os jovens podem ser colocados em situações de risco mais elevado, a Recomendação apela para que sejam adotadas medidas para proporcionar aos jovens “uma educação em matéria de saúde sexual e reprodutiva objetiva, em particular, a difusão de informações sobre VIH e Sida através da formação profissional, dos programas de emprego jovem e serviços” (Parágrafo 36). Embora esta abordagem possa dar origem a alguma controvérsia em certas culturas, ela vai ao encontro das necessidades dos jovens trabalhadores que possam estar afastados do ambiente familiar pela primeira vez e que estão em maior risco de se envolver em comportamentos sexuais desprotegidos, independentemente destes serem de forma voluntária ou forçada.

Ao analisar situações que envolvem o trabalho infantil ou o trabalho dos jovens, os juízes devem estar conscientes das disposições especiais da Recomendação (N.º 200) e das possíveis implicações que envolvem o VIH e a Sida.

Pessoas com deficiência

As desigualdades sociais e económicas aumentam a vulnerabilidade ao VIH das pessoas com deficiência. As pessoas com deficiência têm mais probabilidades de estar desempregadas do que as outras pessoas. Quando estão empregadas, as pessoas com deficiência, muitas vezes, ganham menos do que os seus colegas e há uma maior probabilidade de trabalharem em empregos da economia informal. Também podem incorrer em despesas extra devido à sua deficiência, por exemplo, para cuidados ou dispositivos de assistência. Em resultado disso, precisam de mais recursos do que as outras pessoas para alcançar os mesmos resultados.

WHO / World Bank: World report on disability (Genebra, 2011), pág. 27.

Atualmente, mais de quinze por cento da população mundial - cerca de 650 milhões de pessoas - vive com uma deficiência. Quase todas as pessoas irão estar temporaria ou permanentemente com alguma deficiência em algum momento da sua vida, e as pessoas que chegam à velhice estão sujeitas a dificuldades acrescidas em determinadas áreas.

Muitas pessoas com deficiência não têm igual acesso aos serviços de saúde, educação e oportunidades de emprego e sofrem a exclusão em muitas atividades da vida diária.

Embora exista pouca investigação disponível, é geralmente aceite que as pessoas com deficiência têm necessidades significativas não satisfeitas em relação aos direitos de saúde reprodutiva e sexual. Os adolescentes e adultos com deficiência, por exemplo, têm mais probabilidades de serem excluídos dos programas de educação sexual, e existe uma menor probabilidade das mulheres com deficiência serem questionadas sobre a utilização de anticoncecionais durante as visitas aos médicos de clínica geral.

A Convenção (Nº 159) sobre Readaptação Profissional e Emprego de Deficientes da OIT, de 1983 apela para a adoção de medidas eficazes a nível internacional e nacional para promover a “plena participação” das pessoas com deficiência na vida social. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006 é o instrumento mais recente e abrangente que descreve os direitos civis, culturais, políticos, sociais e económicos das pessoas com deficiência.

Trabalhadoras e trabalhadores domésticos

Nos últimos anos, a procura do trabalho doméstico tem aumentado devido a uma série de fatores: a crescente participação das mulheres no mercado de trabalho, juntamente com a crescente necessidade de serviços de assistência, a feminização da migração internacional; e o envelhecimento das sociedades. No entanto, o trabalho doméstico continua a ser desvalorizado e mal regulamentado. Em particular, as trabalhadoras domésticas migrantes que são internas podem ser

sujeitas a maus-tratos. Prevaecem o assédio e o abuso sexual, o que aumenta o risco de VIH¹⁰⁶.

Em muitos países, o trabalho doméstico é amplamente praticado por crianças trabalhadoras do sexo feminino, o que aumenta os riscos para a saúde das meninas em geral. A relação de trabalho doméstico não está prevista em muitos enquadramentos nacionais do direito do trabalho, deixando as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos altamente vulneráveis a um tratamento desigual, injusto e muitas vezes abusivo às mãos dos seus empregadores. Reconhecendo a necessidade de melhorar as suas condições de vida e de trabalho, a Conferência Internacional do Trabalho adotou, em 2011, a Convenção (N.º 189) sobre Trabalho Digno para o Trabalho Doméstico e a Recomendação (N.º 201).

Recomendação (N.º 201) sobre o Trabalho Doméstico de 2011, parágrafo 3:

“Ao tomar medidas para a eliminação da discriminação relativamente ao emprego e profissão, os Membros devem, em coerência com as normas internacionais do trabalho, entre outras coisas:

...

(c) assegurar que nenhum trabalhador/a doméstico/a seja sujeito/a a testes de VIH ou de gravidez ou a revelar o estatuto VIH ou a gravidez

Trabalhadores migrantes

Os trabalhadores migrantes muitas vezes trabalham e vivem em condições precárias, geralmente longe das suas famílias e cultura. Estes são fatores que exigem uma atenção especial para os proteger do estigma e discriminação, bem como para assegurar o seu acesso aos serviços relacionados com o VIH. Por esta razão, a Recomendação (N.º 200) contém uma série de disposições que se referem explicitamente aos trabalhadores migrantes (ver parágrafos 3(c), 25, 27, 28, 40 e 47).

As normas internacionais do trabalho e as convenções das Nações Unidas estabelecem que os trabalhadores migrantes devem gozar da mesma proteção de base dos outros trabalhadores. Apesar das suas condições de trabalho e de residência no país de acolhimento poderem estar sujeitas a determinadas condições - por exemplo, no caso dos trabalhadores migrantes indocumentados¹⁰⁷ - eles têm ainda o direito de usufruir dos mesmos direitos fundamentais dos outros trabalhadores, incluindo o direito à saúde e à não discriminação.

¹⁰⁶ ILO, *Decent work for domestic workers*, Report IV(1), *International Labour Conference, 99th Session (Geneva, 2010)* pp. 5-8.

¹⁰⁷ Também referidos como trabalhadores migrantes em situação irregular.

Estas proteções aplicam-se mesmo quando os Estados membros em questão não ratificaram a Convenção (N.º 97) da OIT sobre Trabalhadores Migrantes, de 1949, a Convenção (N.º 143) sobre Trabalhadores migrantes (disposições complementares), de 1975, ou a Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990. Os direitos dos trabalhadores migrantes estão, também, previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966, amplamente ratificado.

UNAIDS: HIV-related restrictions on entry, stay and residence, UNAIDS Human Rights and Law Team (Genebra, 2012, atualizado a 1 de janeiro de 2013)

De acordo com a ONUSIDA, à data de 1 de janeiro de 2013, 44 países ainda exigiam o teste VIH para as pessoas que procuram entrar nos seus países, seja como trabalhadores ou noutra situação - embora um número de países esteja agora a abolir este requisito.

Os trabalhadores migrantes são obrigados a realizar o teste VIH em muitos países. Embora os requisitos nacionais necessariamente não o declarem de forma explícita, o teste obrigatório a trabalhadores migrantes resulta, geralmente, na recusa do direito à legalização dos migrantes com VIH na mesma base que os outros trabalhadores. Eles podem, portanto, ser obrigados a emigrar ilegalmente. Em muitos casos, o acesso à migração para obter um emprego é a única oportunidade para que os trabalhadores tenham um rendimento, se no seu país se verificarem taxas elevadas de pobreza e desemprego. A migração é uma estratégia de sobrevivência, em particular para as pessoas pobres, e se forem infetadas pelo VIH veem recusado o acesso legal à migração, e podem tentar a migração ilegal.

Além disso, negar aos trabalhadores migrantes a oportunidade de trabalhar significa que eles podem ter pouco ou nenhum acesso a serviços de prevenção, a cuidados, tratamento e apoio, benefícios muitas vezes só disponíveis apenas através ou no local de trabalho. Este facto torna-os mais vulneráveis à infecção pelo VIH e para o desenvolvimento de Sida e seus sintomas, e nega-lhes o acesso e às suas famílias ao rendimento e meios de subsistência. Estes fatores têm sido reconhecidos por um número de países que rejeitaram explicitamente o teste a migrantes para emprego - e, em alguns casos, retiraram as restrições anteriores.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Kiyutin vs. Rússia, Processo N.º 2700/10. Acórdão de 10 de março de 2011

O Tribunal decidiu, por unanimidade, que a recusa das autoridades russas para conceder uma autorização de residência a um nacional do Uzbequistão, com base no seu estatuto VIH foi arbitrária e discriminatória. O Tribunal considerou que a recusa constituía uma violação do

artigo 14º (proibição de discriminação) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (lidas conjuntamente com o Artigo 8º, relativo à proteção do lar e da vida familiar).

O requerente, nacional do Uzbequistão, vivia na Rússia desde 2003 e era casado com uma cidadã russa, com quem teve um filho. Após o pedido de uma autorização de residência, foi submetido a um exame médico e o teste VIH foi positivo. O seu pedido de residência foi então recusado com base numa disposição legal impedindo a emissão de autorização de residência a cidadãos estrangeiros com VIH.

Na sua decisão, o Tribunal referiu que as pessoas que vivem com o VIH representam um grupo vulnerável na sociedade, que tinham sido discriminadas de várias maneiras no passado. O Tribunal observou que as restrições de viagens relacionadas com o VIH não foram impostas a turistas, visitantes de curta duração ou nacionais russos. Referiu que, a mera presença de um indivíduo com VIH no país, não constitui uma ameaça para a saúde pública e que a imposição seletiva das restrições de viagens relacionadas com o VIH apenas a estrangeiros que procuram residência não se justifica. O Tribunal considerou que o queixoso tinha sido vítima de discriminação com base no seu estado de saúde, violando o artigo 14º, juntamente com o artigo 8º.

Os trabalhadores migrantes encontram outras dificuldades relacionadas com o VIH e a Sida. Pode-lhes ser negada a prevenção relacionada com VIH e os serviços de educação, tanto antes da partida como nos países de acolhimento. Eles podem não estar familiarizados com a língua, a cultura e os procedimentos do país de acolhimento, o que torna mais difícil aceder a informações e serviços relacionados com o VIH. Além disso, os trabalhadores migrantes, em situação irregular geralmente não podem aceder aos serviços de saúde pública nos países em que estão a trabalhar.

Setores económicos de maior risco

Muitos trabalhadores também estão envolvidos em profissões que os colocam em maior risco de infeção por VIH. Por exemplo, os profissionais de saúde podem estar expostos a agulhas infetadas transportando sangue. Outros trabalhadores podem ter empregos obrigando-os a trabalhar em situações de isolamento ou confinamento, ou a viver longe das suas famílias e segregados em habitações proporcionadas pelo empregador, como marinheiros ou trabalhadores nos setores mineiro e da construção. Os trabalhadores móveis, como os motoristas de camião de longa distância, são vulneráveis, pois encontram-se frequentemente muito longe de casa por longos períodos e podem envolver-se em relações sexuais desprotegidas com parceiros ocasionais ou procurar os serviços de pessoas que praticam sexo comercial, um grupo especial de risco de transmissão do VIH.

Questões para debate

1. Quais os grupos que considera serem particularmente vulneráveis ou de risco de infecção por VIH no seu país? Quais são as características desses grupos, e como recomendaria que as suas necessidades sejam abordadas na lei e na prática?
2. Os migrantes que entram no seu país são sujeitos a testes VIH obrigatórios? O que aconteceria se fosse determinado que um potencial migrante era seropositivo?
3. A legislação ou a política nacional do seu país dá proteção contra a discriminação com base na orientação sexual e/ou identidade de género?

Módulo 10: O papel dos juízes e profissionais da área jurídica

As autoridades judiciais e os profissionais da área jurídica têm um papel crucial na proteção dos direitos humanos fundamentais, incluindo os direitos do trabalho das pessoas que vivem ou estão infectadas pelo VIH e Sida. Os tribunais nacionais são responsáveis pela execução eficaz de proteções legais existentes, enquanto profissionais da área jurídica podem desempenhar um papel essencial na defesa do cumprimento dos quadros legais existentes.

Devem, também, entender as razões pelas quais a implementação de um enquadramento legal e político que promova o respeito pelos direitos humanos constitui uma componente essencial de respostas eficazes ao VIH. Além disso, quanto mais familiarizados estiverem os juízes e profissionais da área jurídica com a abordagem das questões do emprego relacionadas com o VIH, noutros casos, inclusive noutras jurisdições, mais eficazmente podem resolver problemas semelhantes quando se deparam com eles

Juízes do trabalho e profissionais da área jurídica em vários países:

- são cada vez mais chamados a examinar e pronunciarem-se sobre as acusações de estigma e de discriminação no emprego e na atividade profissional relacionadas com o VIH, bem como sobre alegadas violações e direitos associados, incluindo a violação dos direitos à privacidade e direitos a benefícios relacionados com o emprego;
- desempenham um papel fundamental no sentido de garantir o desenvolvimento e aplicação de proteção jurídica contra a discriminação;
- apoiam a criação de um ambiente legal favorável que reforça os esforços de prevenção do VIH e o respeito pelos direitos no local de trabalho das pessoas que vivem ou que estão infectadas pelo VIH;
- contribuem para apelar por reformas legais que forneçam proteção contra o estigma e a discriminação relacionados com o VIH; e
- garantem que as proteções legais sejam efetivamente aplicadas em contextos nacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a necessidade de assegurar mecanismos e recursos efetivos para defender os direitos humanos fundamentais.

O Artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que:

“Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

A legislação pode apoiar ou dificultar as respostas nacionais ao VIH. Quando os tribunais aplicam a lei para proteger os direitos das pessoas que vivem com e estão infetadas pelo VIH, podem ajudar a criar um ambiente positivo de não discriminação em contextos de trabalho. Tal ambiente incentiva os trabalhadores que vivem ou estão infetados pelo VIH a continuarem a ser membros produtivos das suas comunidades e salvaguardando o acesso aos rendimentos do trabalho e aos serviços e benefícios relacionados com o VIH, incluindo o tratamento anti-retroviral. Por outro lado, a forma como os tribunais têm lidado com os casos de discriminação relacionada com o VIH no emprego tem, ocasionalmente, criado precedentes que poderiam ter o efeito perpetuar ou conduzir a práticas discriminatórias relacionadas com o VIH.

País: Portugal

Supremo Tribunal de Justiça, *Mário Pereira vs. Sociedade Hoteleira de BB, SA*, Processo n.º SJ20080924037934, Acórdão de 24 de setembro, 2008

Neste caso, o Tribunal examinou as alegações de despedimento sem justa causa. O autor da denúncia tinha sido contratado, há vários anos, por um hotel de quatro estrelas como cozinheiro no seu restaurante. Quando o teste VIH se revelou positivo, foi despedido. O Tribunal concluiu que o autor não podia continuar a trabalhar na cozinha porque podia representar um perigo para os colegas de trabalho ou para os clientes do hotel. O Tribunal considerou que o despedimento não constitui discriminação, mas que a cessação do contrato se justificava devido à impossibilidade de desempenho do contrato de trabalho.

País: Grécia

Supremo Tribunal Federal Helénico/*Areios Pagos, Spyridoula Georgiou Karyotou vs. X*, Processo n.º 676/2009, Acórdão de 24 de fevereiro de 2009 (publicado em 17 março 2009)

O Tribunal considerou as alegações de despedimento sem justa causa trazida pelo queixoso, que foi demitido depois do teste VIH positivo. Os colegas de trabalho do autor, quando souberam do seu estatuto VIH, exigiram que a gestão o retirasse do local de trabalho. Alguns dos colegas de trabalho assinaram uma petição exigindo que o autor fosse retirado. Por fim, a empregadora cedeu à pressão a que foi sujeita pelos seus funcionários e despediu o queixoso. O Tribunal considerou que esta ação não constitui discriminação, mas em vez disso se justificava pelas circunstâncias, dada a pressão a que estava sujeita a entidade empregadora e o perigo que representava para o bom funcionamento da empresa devido à presença continuada do queixoso.

Conduta no tribunal

Em alguns casos, os juízes que não estão familiarizados com os meios de transmissão têm lidado com o VIH nos seus próprios tribunais, de forma estigmatizante. Por exemplo, no julgamento de uma queixa envolvendo a alegada rescisão de um funcionário com base no seu estatuto VIH, um tribunal ordenou que, antes de a queixosa apresentar o seu testemunho, seria necessário apresentar um relatório médico garantindo que não transmitiria o vírus para os advogados, juízes e outras pessoas que assistiam ao julgamento¹⁰⁸.

Implementação dos direitos humanos no trabalho para os trabalhadores com infeção por VIH e suas famílias

Ao longo das mais de três décadas desde que o primeiro caso de Sida foi diagnosticado, muitos países adotaram legislação para a proteção dos direitos humanos das pessoas que vivem ou estão infetadas pelo VIH, ou têm interpretado a legislação existente para cobrir o estatuto VIH real ou suposto como uma área proibida de discriminação. No entanto, em 2012, 61 por cento dos países referiram a existência de leis anti discriminação que protegem as pessoas com

108 Ver: P. Patel, “*African Case Law on HIV*” in *Interights Bulletin*, 2005, No. 15 (at p. 4), citando J. Oziegbe: *Litigating HIV/AIDS-related cases-Festus Odafe & Ors v. Attorney General of the Federal Republic of Nigeria and Ors*, (2005), disponível em <http://www.interights.org/documentbank/index.htm?id=247>

VIH¹⁰⁹. Mesmo onde essa legislação existe, ela nem sempre é efetivamente aplicada.

A Recomendação (N.º 200) apela aos países que estabeleçam mecanismos e procedimentos que também garantam uma implementação eficaz.

O parágrafo 12 da Recomendação (N.º 200) estabelece que:

“Quando as medidas existentes contra a discriminação no local de trabalho não forem adequadas para uma proteção efetiva contra a discriminação face ao VIH e Sida, os Membros deverão adaptar estas medidas ou recorrer a novas soluções, assegurando a sua execução efetiva e transparente.”

Há um extenso corpo de jurisprudência relacionada com o VIH a partir de uma série de países com elevada prevalência de VIH. Nesses países, as condições são favoráveis à procura de reparação através dos tribunais, dado que os regimes legais e regulatórios detalhados que abordam o VIH foram desenvolvidos como resposta à epidemia. Por exemplo, a legislação e políticas na área de VIH e Sida da África do Sul estão altamente desenvolvidas e integram princípios dos direitos humanos, incluindo os princípios fundamentais da Recomendação (N.º 200) (ver por exemplo o código da África do Sul revisto, *South African Code of Good Practice on HIV and AIDS and the World of Work*, 2012).

Para além disso, a reparação através do sistema judicial ficou facilitada pela existência de organizações da sociedade civil que intentaram acções litigiosas como um método de influenciar a lei ou as políticas. Por exemplo, os sindicatos, que são, também, organizações da sociedade civil, têm sido ativos em fazer *lobby* para o desenvolvimento e adoção de proteção no emprego para os trabalhadores infectados pelo VIH e na divulgação de informação aos trabalhadores sobre os seus direitos no trabalho e no apoio na procura da aplicação desses direitos.

Desafios para uma aplicação eficaz

Não é suficiente desenvolver e adotar legislação - também tem de ser aplicada.

As normas internacionais do trabalho consideram que a aplicação possa ser alcançada através de meios diversificados, tendo em conta as circunstâncias de cada Estado membro.

109 UNAIDS, *Global Report 2012*, op.cit., p. 80.

O parágrafo 37 da Recomendação (N.º 200) estabelece que:

“As políticas e programas nacionais relativos ao VIH e Sida e ao mundo do trabalho deverão:

- a) ser implementadas mediante consulta das organizações de empregadores e trabalhadores mais representativas e de outras partes interessadas, incluindo as estruturas públicas e privadas competentes no domínio da saúde no trabalho, através de um ou vários dos meios seguintes:
 - i) legislação nacional;
 - ii) convenções coletivas;
 - iii) políticas e programas de ação à escala nacional e do local de trabalho;
 - iv) estratégias setoriais, com especial incidência nos setores em que as pessoas abrangidas pela presente Recomendação estão mais expostas ao risco;”

Existem inúmeros desafios institucionais para a aplicação dos direitos do trabalho sobre o VIH e Sida e os direitos humanos. Estes podem incluir: a reduzida capacidade dos governos em fazer cumprir disposições dos instrumentos legislativos, ou em cumprir os direitos humanos, por força de disposições legais inadequadas para atender aos pedidos dos que procuram recurso no sistema legal; sanções leves em caso de incumprimento, processos judiciais morosos; e falta de consciência do público em geral, em particular das mulheres, dos seus direitos e ações que podem tomar quando os seus direitos estão a ser violados.

Antes de existir uma aplicação eficaz, o público em geral deve estar consciente da legislação anti discriminação em vigor no país. Devem, também, ser desenvolvidas disposições para estabelecer mecanismos e procedimentos acessíveis (e de baixo custo) para fazer cumprir as leis sobre igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego, de modo a que as pessoas que consideram que os seus direitos foram violados possam tomar medidas para procurar soluções para as supostas violações. A fim de promover a aplicação efetiva da proteção dos direitos humanos, a administração nacional do trabalho e as autoridades judiciais devem, igualmente, ter consciência dos fatores básicos envolvidos, incluindo mitos comuns e equívocos em torno do VIH que alimentam o estigma e a discriminação no local de trabalho.

A OIT analisou as vantagens e desvantagens de várias instituições responsáveis pela aplicação da lei nas áreas de género e migração para o trabalho - e do ponto de vista de práticas para uma boa administração de trabalho¹¹⁰. As

110 Por exemplo, ver: C. Thomas and R. Taylor, *Enforcement of equality provisions for women workers, an interdepartmental project*, Working Paper No. 20 (ILO, Geneva, 1994); I. McClure e M. Reischle, *Law and practice in combating discrimination against immigrant workers*, International Migration Branch Working Paper (ILO, Geneva, 2002); B. Lust (ed.), *Labour administration: A powerful agent of a policy of gender equality in employment and occupation*, Labour Administration Branch Working Paper No. 55-1 (ILO, Geneva, 1999).

autoridades da administração do trabalho desenvolveram instrumentos em relação ao VIH e Sida, que fornecem orientação detalhada sobre este assunto. Os órgãos de supervisão da OIT também examinaram vários sistemas de monitorização da não discriminação, e observaram uma tendência para as funções *quasi* jurisdicionais destes organismos. Na maioria dos países, as instituições criadas para fiscalizar as leis da igualdade não são os tribunais civis, ainda que, a nível nacional, possam vir a ser chamados a intervir. No entanto, a sua estrutura, bem como os seus poderes de investigação e de tomada de decisão, pode atribuir-lhe um estatuto semelhante ao dos tribunais. Estes organismos para a igualdade são, também, muitas vezes distintos dos tribunais de trabalho, este último com jurisdição mais ampla sobre qualquer conflito relativo às relações trabalhador – empregador.

Compromisso no desenvolvimento de políticas nacionais sobre o VIH e a Sida e o mundo do trabalho

Juízes e profissionais da área jurídica podem identificar pontos fortes e fracos na legislação nacional e nas políticas, especialmente quando aplicados a uma situação evolutiva, como a epidemia do VIH. A reforma legal é muitas vezes, no entanto, um processo longo e interativo. Quando uma situação tal como a epidemia do VIH evolui rapidamente, a lei pode ficar aquém das necessidades das pessoas afetadas.

País Quénia

Tribunal Superior do Quénia, *P.A.O. & 2 e outros vs. Attorney General*, Processo Nº. 409 de 2009, Acórdão de 20 de abril de 2012

Os peticionários argumentaram que a Lei Anti Contrafação do Quénia, a Lei N.º13 de 2008, limitava o acesso a drogas e medicamentos acessíveis e essenciais, incluindo medicamentos genéricos para o VIH e Sida, colocando, assim, os seus direitos em risco.

O Tribunal afirmou na sua decisão que a Lei “é vaga e pode prejudicar o acesso aos medicamentos genéricos a preços acessíveis uma vez que [ele] tinha claramente falhado na distinção entre medicamentos contrafeitos e genéricos”. O Tribunal foi chamado ao Parlamento do Quénia para rever a Lei e eliminar as ambiguidades que poderiam resultar em apreensões arbitrárias de medicamentos genéricos sob o pretexto de combater a contrafação de medicamentos. O acórdão também afirmou que os direitos de propriedade intelectual não devem sobrepor-se ao direito à vida e à saúde.

Nos estádios iniciais da epidemia VIH, a desinformação e o medo levaram a muitos casos em que pessoas foram despedidas dos seus empregos, sob o pretexto de protegerem outros trabalhadores e o público com quem estavam em contacto. À medida que as informações corretas sobre as formas de transmissão do VIH se foram tornando mais amplamente disponíveis, os tribunais de muitos países tiveram a capacidade de contrariar os efeitos de tais receios, apresentando decisões baseadas em factos e não em equívocos. Isto levou a uma maior sensibilização do público sobre o VIH e a Sida e ajudou os decisores políticos e legisladores públicos a tomarem melhores decisões sobre como lidar com a epidemia.

A legislação existente nem sempre especifica que o estatuto VIH, real ou suposto é um fator de discriminação proibido. Os juízes podem aplicar as leis existentes em novas situações, sempre que o texto da lei o permitir, ou podem tornar claro que, quando a lei existente não lhes permite aplicar a proteção a novas categorias de pessoas. Isto, por sua vez, destaca os pontos fortes e fracos nas leis e convida à reforma.

Catalisadores para a mudança

Os juízes e profissionais da área jurídica podem ser agentes para a reforma, e os precedentes judiciais podem ter profundas implicações na mudança social e política. Por exemplo, o Tribunal Superior do Botswana abraçou este papel pró ativo na sua decisão histórica afirmando os direitos das mulheres à igualdade no âmbito dos direitos de propriedade. Contrariando a decisão do tribunal de instância inferior na aplicação do direito consuetudinário que proibia as mulheres de herdarem a propriedade da família e aplicando as disposições da igualdade previstas na Constituição do Botswana, o Tribunal demonstrou que era um catalisador da mudança na promoção da coesão social.

País Botswana

Tribunal Superior de Botswana, *EMM, BM, JL e MKN vs. MSF*, Processo N.º MAHLB-000836-10, Acórdão de 12 de outubro de 2012

Na sua decisão, o Tribunal salientou a função essencial das autoridades da justiça nacional “para manter a lei viva, em movimento, e para torná-la progressiva com a finalidade da aplicação da justiça para todos.” (parágrafo 211). O Tribunal salientou o papel dos tribunais na reforma, observando que “chegou agora o tempo para os juízes deste tribunal assumirem o papel das parteiras judiciais e ajudarem no nascimento de um novo mundo lutando para nascer, um mundo de igualdade entre homens e mulheres, como previsto pelos autores da Constituição do [Botswana]” (parágrafo 217).

Influenciar as suas comunidades locais

Os juízes e profissionais da área jurídica são pessoas proeminentes nas suas comunidades. Podem atuar em conselhos de instituições de ensino, como patronos de instituições de caridade, ou simplesmente ser chamados a falar em público. Ao refletirem publicamente sobre o desenvolvimento de situações tais como a propagação do VIH e as possibilidades de mudança para o seu tratamento, podem exercer uma influência positiva sobre as atitudes públicas.

Formação de pares

Os juízes e profissionais da área jurídica que estão conscientes dos desenvolvimentos em matéria de VIH e Sida podem desempenhar um papel vital na formação dos seus pares que ainda não tenham sido confrontados com a epidemia nas suas vidas profissionais, ou que estão mais relutantes em aplicar uma abordagem de direitos humanos nos conflitos relacionados.

Na maioria dos países há instituições de formação, que desenvolvem ações de formação para os juízes recém-nomeados e profissionais da área jurídica ou de formação contínua para juízes e profissionais da área jurídica. A participação nesta formação permite-lhes partilhar o seu conhecimento sobre as questões do VIH e Sida que surgiram tanto a nível nacional como em contextos internacionais.

Pontos para debate

1. Qual é o papel desempenhado pelas autoridades judiciais ou profissionais da área jurídica na sua jurisdição no estabelecimento de leis e políticas?
2. Como pode contribuir através da sua atuação, para a resposta ao VIH no seu país?
3. Como pode promover a mudança no seu local de trabalho, seja no tribunal ou escritório de advogados através da formação de pares?

Módulo 11: Acesso à justiça: mecanismos, procedimentos e reparação

Pessoas que procuram a reparação em resultado de discriminação ou outras violações nos seus locais de trabalho, muitas vezes enfrentam uma série de obstáculos, tanto do ponto de vista estrutural como processual. A primeira barreira encontrada por um potencial requerente pode simplesmente ser a ausência de recursos no âmbito do quadro legal nacional.

United Nations General Assembly: Implementation of the Declaration of Commitment on VIH/AIDS and the Political Declarations on VIH/AIDS: United to end AIDS: achieving the targets of the 2011 Political Declaration, Report of the Secretary-General, A/66/757 (Nova Iorque, 2 abril 2012)

Parágrafo 57:

“... Um em cada três países, informou, em 2010, não ter leis em vigor que proíbem a discriminação contra as pessoas com VIH. Um número crescente de países promulgaram leis pouco sólidas e contraproducentes criminalizando a não divulgação, a exposição ou transmissão do VIH, com os países de rendimento elevado a liderar os processos judiciais à luz dessas leis. “

Parágrafo 59:

“Consistente com os compromissos assumidos na Declaração Política de 2011 sobre VIH e Sida, os países devem rever imediatamente os quadros legais e políticos nacionais e, quando indicado, adotar disposições fortes anti discriminação e revogar ou rever outras leis que impedem respostas fortes para o VIH. Dado que em 2010, só 51 por cento dos países tinha um sistema legal de apoio em vigor, para os casos relacionados com o VIH, os países devem esforçar-se por proporcionar assistência jurídica e investir em programas de literacia sobre os direitos legais para as pessoas que vivem com o VIH e para as populações chave. São igualmente necessários esforços urgentes para sensibilizar funcionários judiciais e as autoridades policiais.”

Onde existem medidas, pode haver pouca consciência pública da sua existência. É relevante apurar se os trabalhadores têm uma consciência elevada ou reduzida dos seus direitos no trabalho. Se as queixas de discriminação relacionadas com o VIH não forem levadas perante os tribunais, esse facto não indica, necessariamente, a ausência de discriminação. Isso pode simplesmente indicar uma consciência baixa entre os trabalhadores de que têm um meio de recurso, se os seus direitos do trabalho forem violados. Um número muito pequeno de queixas - ou mesmo a sua ausência total - pode ser um indicador de que os procedimentos de queixas não estão suficientemente acessíveis ou que não estão a ser utilizados devido a outros fatores que devem ser identificados e considerados.

A segunda questão é de se saber se os recursos existentes estão, de facto, acessíveis na prática. Os juízes e profissionais da área jurídica devem considerar se existem mecanismos e procedimentos de fácil acesso para analisar queixas de discriminação no emprego relacionadas com o VIH.

A Recomendação (N.º 200) prevê que os Estados membros deverão estabelecer mecanismos eficazes e transparentes para implementar a proteção contra a discriminação. Estes mecanismos podem assumir diferentes formas, e os países podem ter em vigor mais de uma saída para a sua reparação. Independentemente dos procedimentos e mecanismos específicos disponíveis, os tribunais devem considerar se estes estão acessíveis na prática e conhecer as necessidades das populações que pretendem servir.

Os mecanismos que estão disponíveis para analisar os casos de discriminação relacionados com o VIH variam. Alguns países previram mecanismos de queixa específicos e procedimentos para o VIH. Por exemplo, a secção 25 da legislação do Quênia, *HIV and AIDS Prevention and Control Act* (N.º 14 de 2006) estabelece um mecanismo centrado em questões relacionadas com o VIH: o Tribunal VIH e Sida. Um determinado número de países, como a Suécia, criaram um “*Equality Ombudsperson*” (Provedor da igualdade) para garantir a implementação das proteções legais existentes (ver Lei nº 568 de 5 de junho de 2008 relativa ao “*Equality Ombudsperson*”). Outros países criaram organismos diferentes, competentes para examinar as queixas de discriminação relacionadas com o VIH. A Comissão Nacional de Direitos Humanos da Etiópia, por exemplo, tem competência para analisar os casos de discriminação, incluindo os casos com base no estatuto VIH.

O Parágrafo 29 da Recomendação (N.º 200) também prevê a criação de mecanismos e procedimentos informais, convidando os Estados membros a adotarem procedimentos de resolução de conflitos de fácil acesso para garantir a compensação aos trabalhadores no caso dos seus direitos serem violados.

Tal como observou o CEACR no seu inquérito geral de 2012, o acesso a mecanismos e procedimentos para lidar com a discriminação no emprego

continua a ser um desafio. Os obstáculos que dissuadem as pessoas que vivem ou estão infetadas pelo VIH de apresentarem uma queixa formal de discriminação incluem: custos, atrasos prolongados, dificuldades em atender ao ónus da prova, e o receio da vitimização¹¹¹.

Além disso, os obstáculos estruturais, tais como a ausência do acesso físico aos mecanismos disponíveis, podem constituir barreiras significativas. Este é o caso dos países em que os organismos mandatados para a resolução de conflitos para analisar os casos de discriminação relacionados com o VIH estão disponíveis apenas na capital, longe das áreas rurais¹¹².

A despesa envolvida para apresentar uma queixa de discriminação é muitas vezes um grande entrave para os trabalhadores. Quando um trabalhador perdeu o seu emprego devido à discriminação relacionada com o VIH, o custo de uma eventual acção judicial pode muito bem ser proibitivo. Além disso, como já foi referido, as pessoas das populações chave afetadas são também as mais vulneráveis ao VIH e podem estar sujeitas a discriminação por vários motivos. Isto também significa, entre outras coisas, que podem ter escassos recursos financeiros para intentar uma ação. Além disso é importante, como uma questão de política pública, fornecer ou facilitar o acesso a assistência jurídica gratuita ou de baixo custo para pessoas que podem ter sofrido discriminação relacionada com o VIH, tendo em vista facilitar o seu acesso à justiça.

Outra barreira que pode impedir o acesso à justiça por um queixoso infetado pelo VIH é o período prolongado de tempo que as queixas formais podem demorar para fazer o seu caminho no sistema judicial - um processo pode levar anos¹¹³. Quando uma pessoa é alvo de discriminação devido ao seu estatuto VIH e desenvolveu uma doença relacionada com o VIH, incluindo a Sida, os atrasos podem significar que a vítima não irá sobreviver para ver o resultado final no caso.

111 ILO, *Giving globalization a human face*, op.cit., parág. 884

112 *Ibid.*

113 Por exemplo, no processo do Tribunal de Trabalho Sul Africano, *Gary Shane Allpass vs. Mooikloof Estates (Pty) Ltd*, Processo No. JS178/09, Acórdão de 16 de fevereiro, o queixoso foi despedido em novembro de 2008. A decisão do Tribunal de Trabalho Sul Africano foi proferida a 16 de fevereiro de 2011, quase três anos depois, concluiu que o despedimento era discriminatório.

País: França

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *X vs. França*, Processo N.º 18020/91, Acórdão de 31 de março de 1992

O requerente, hemofílico, tinha sido submetido a várias transfusões de sangue entre setembro de 1984 e janeiro de 1985. A 21 de junho de 1985, descobriu-se que era seropositivo. Juntamente com um grande número de outros hemofílicos afetados, o requerente pediu uma indemnização ao Estado. Nas alegações apresentadas durante o processo, enfatizou a urgência do seu caso à luz do seu estatuto VIH. A 19 de fevereiro de 1991, apresentou o seu pedido à Comissão Europeia sobre Direitos Humanos, alegando que o seu caso não tinha sido ouvido num prazo razoável de acordo com o previsto no artigo 6.º, parágrafo 1 (art. 6-1) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O candidato veio a falecer a 2 de fevereiro de 1992.

O Tribunal, a quem a Comissão remeteu o assunto, observou as circunstâncias urgentes e o “risco de que qualquer atraso poderia tornar a questão a ser resolvida pelo tribunal desprovida de objeto. “O Tribunal concluiu que a diligência excecional foi proposta nas circunstâncias e considerou que tinha havido uma violação do Artigo 6.º, parágrafo 1, da Convenção.

País: El Salvador

***Inter-American Commission on Human Rights, Jorge Odir Miranda Cortez e outros vs. El Salvador*, Processo N.º 12.249, Relatório N.º. 27/09 de 20 de março de 2009**

Numa petição apresentada por um requerente com VIH em relação ao direito ao tratamento em seu próprio nome e em nome de pessoas na mesma situação, a Comissão observou que o direito fundamental a um recurso simples e rápido “é um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas também do próprio Estado de direito numa sociedade democrática. “Observando o estado de saúde do queixoso e o seu pedido por acesso ao tratamento, a Comissão concluiu que a eficácia da solução ficou “indissociavelmente ligada à prontidão”.

Os Tribunais, deverão, além disso, quando apropriado, considerar colocar em prática procedimentos mais rápidos em processos relacionados com o VIH e a Sida.

Ónus da prova

A questão do ónus da prova apresenta dificuldades especiais na conflitualidade relacionada com o VIH no emprego. Colocar o ónus da prova sobre o trabalhador num caso de discriminação pode constituir um obstáculo intransponível, especialmente quando a informação e documentação necessárias para estabelecer um caso de presunção de discriminação está nas mãos do empregador, como no caso de recusa de acesso ao emprego.

Reconhecendo esta dificuldade, as normas internacionais do trabalho, no caso de cessação da relação de trabalho, da proteção dos representantes dos trabalhadores e da proteção dos maternidade colocam o ónus da prova no empregador:

A Convenção (N.º 158) sobre Cessação da Relação de Trabalho, de 1982, Artigo 9 (2) refere que:

“ ...

(2) A fim de o assalariado não ser o único a suportar o encargo de provar que o despedimento não foi justificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1º da presente Convenção deverão prever uma ou outra ou ambas as seguintes possibilidades:

(a) o encargo de provar a existência de *um motivo válido de despedimento tal como é definido no artigo 4º da presente convenção deverá incumbir ao empregador*:

(b) Os organismos mencionados no artigo 8º da presente Convenção deverão estar habilitados a formar a sua convicção quanto aos motivos do despedimento, examinando os elementos de prova fornecidos pelas partes e segundo processos conformes com a legislação e a prática nacionais.

A Recomendação (N.º143) sobre os representantes dos trabalhadores de 1971, no artigo 6º refere que:

“ (1) Quando não existem medidas de proteção suficientemente relevantes aplicáveis aos trabalhadores em geral, devem ser tomadas medidas específicas para assegurar uma proteção efetiva dos representantes dos trabalhadores.

(2) Estas podem incluir medidas tais como:

...

“ (e) disposição para colocar no empregador, no caso de um despedimento discriminatório ou mudança desfavorável nas condições de trabalho de um representante dos trabalhadores, o ónus da prova de que essa ação se justificava;...”

Convenção (N.º 183) sobre a Proteção da Maternidade Artigo 8.º

1 - É proibido ao empregador despedir uma mulher durante a sua gravidez, durante a licença referida nos artigos 4.º ou 5.º, ou durante um período posterior ao seu regresso ao trabalho a determinar pela legislação nacional, exceto por motivos não relacionados com a gravidez, o nascimento da criança e as suas consequências, ou a amamentação. Cabe ao empregador o ónus de provar que os motivos do despedimento não são relacionados com a gravidez, o nascimento da criança e as suas consequências, ou a amamentação.”

Por exemplo, uma pessoa pode apresentar uma queixa formal de discriminação se acreditar que não foram contratados ou foram despedidos em razão do seu estatuto VIH ou associação com um cônjuge ou membro da família VIH positivo. Os autores da denúncia podem, contudo, não ter a capacidade de estabelecer que existia algum tipo de discriminação simplesmente porque, ele ou ela, não tem acesso à informação que está sob controlo do empregador. Em muitos países, o ónus inicial da prova recai sobre o queixoso, para estabelecer uma *prima facie* de discriminação, e o réu empregador pode não ser obrigado a produzir provas de motivos não discriminatórios para as suas ações. Colocar o ónus da prova nos queixosos noutro tipo de casos levanta dificuldades semelhantes, como ilustra o caso seguinte:

País: Namíbia

Tribunal Superior da Namíbia, *LM, MI, NH vs. o Governo*, Processo Nº. I 1603/2008, I 3518/2008 e I 3007/2008, Acórdão de 30 de julho de 2012, parágrafos 83 e 84:

“83. Em relação à segunda proposição as autoras alegam que os procedimentos de esterilização que lhes foram feitos devido ao seu estatuto VIH, e que isso resultou numa prática ilícita de discriminação inadmissível contra elas. Uma vez que as requerentes afirmam que foram esterilizadas por serem VIH positivas, sou da opinião de que ónus de prova recai sobre elas, pois baseiam-se numa preponderância de probabilidades.

84. Eu sou da opinião de que não há nenhuma evidência credível e convincente de que os procedimentos de esterilização foram realizados sobre as autoras devido ao facto de estarem infetadas pelo VIH. A segunda afirmação deve ser julgada improcedente.”

Reconhecendo estas dificuldades, alguns países têm previstas mudanças quanto ao ónus da prova. Por exemplo, num caso de alegada discriminação para a não contratação, o ónus da prova desloca-se para o empregador que deve provar que

existiam outras razões para rejeitar o candidato - uma vez que o queixoso produziu evidência ou *prima facie* plausível de discriminação. Na Suíça, o artigo 6º da Lei Federal relativo à igualdade entre homens e mulheres, que entrou em vigor em meados de 1996, prevê a presunção de alegada discriminação “ desde que a pessoa que invoca o procedimento torne o caso plausível “. A CEACR afirmou que a atribuição do ónus da prova desta forma pode ser um instrumento útil para corrigir uma situação que poderia, de outro modo, resultar em desigualdade¹¹⁴. Um determinado número de países europeus, como a França, a Alemanha e Itália, adotaram disposições relativas à inversão do ónus da prova para o empregador nos casos de discriminação no emprego, baseadas nas diretivas europeias.

União Europeia

Directiva 2000/43/CE do Conselho de 29 de Junho de 2000 que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (Jornal Oficial nº L 180 de 19/07/2000 p. 0022 - 0026), Artigo 8º:

“Ónus da prova

1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias, de acordo com os respetivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.
2. O n.º 1 do presente artigo não obsta a que os Estados-Membros imponham um regime probatório mais favorável à parte requerente.

...”

União Europeia

Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (Jornal Oficial nº L 204 de 26/07/2006 p. 0023 - 0036), Artigo 19º:

1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias, de acordo com os

¹¹⁴ ILO, *Equality in employment and occupation*, *Ibid.*, parágrafo 231; Ver também ILO, *Giving globalization a human face*, op.cit., parág. 885.

respetivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

2. O n.º 1 do presente artigo não obsta a que os Estados-Membros imponham um regime probatório mais favorável à parte requerente.

...”

O Supremo Tribunal dos EUA proferiu uma decisão histórica, em 1973, sobre a questão do ónus da prova e a ordem pela qual as provas devem ser apresentadas nos casos de discriminação no emprego, no âmbito da lei federal¹¹⁵. McDonnell Douglas sustentou uma alegação de discriminação racial no âmbito do Título VII da lei Civil Rights Act de 1964. A decisão estabeleceu o quadro para uma mudança do ónus da prova para ser aplicada no julgamento de queixas relacionadas com processos de discriminação no emprego baseadas em provas indiretas ou circunstanciais com intenção discriminatória.

País: Estados Unidos

Supremo Tribunal dos Estados Unidos, *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, Processo Nº. 72-490, Acórdão de 14 de maio de 1973 (411 U.S. 792 (1973)):

“O recorrente, num julgamento com fundamento no Título VII da Lei dos Direitos Cíveis de 1964, tem de suportar o ónus inicial ao abrigo do estatuto de estabelecer um caso *prima facie* de discriminação racial. Isto pode ser feito, mostrando (i) que pertence a uma minoria racial, (ii) que se candidatou e se qualificou para um posto de trabalho para o qual o empregador procurava candidatos, (iii) que, apesar das suas qualificações, foi rejeitado, e (iv), que, após a sua rejeição, o posto manteve-se aberto e o empregador continuou à procura de candidatos, pessoas com as qualificações do autor da denúncia (...). No presente caso, concordamos com o Tribunal de Recurso, que o inquirido recorrente provou ser um caso de *prima facie* (463 F.2d 337, 353.) O requerente procurava mecânicos, o negócio do demandante, e continuou a fazê-lo após ter rejeitado o demandante. Mais ainda, o requerente não contesta as qualificações do demandado e reconhece que o seu

¹¹⁵ O Title VII of the Civil Rights Act of 1964 é uma lei federal dos Estados Unidos que proíbe a discriminação no emprego com base numa série de fundamentos especificados, incluindo a raça, cor, religião, sexo e nacionalidade. Na sequência do Acórdão *McDonnell Douglas*, a *Civil Rights Act* de 1991 (Pub. L. 102-166) alterou secções do *Title VII*.

anterior desempenho profissional ao seu serviço foi “satisfatório”. (...)

O ónus, então, deve passar para o empregador para articular alguns fundamentos legítimos, não discriminatórios para a rejeição do trabalhador. Não necessitamos que sejam, no caso presente, detalhados todos os assuntos que justamente poderiam ser reconhecidos [Página 411 EUA 792, 803] como uma base razoável para a recusa de contratar. Aqui o recorrente atribuiu à participação do demandado em condutas ilegais contra si como o motivo da sua rejeição. Consideramos que isto é suficiente para ilibar o recorrente do ónus da prova nesta fase e para ir ao encontro do caso *prima facie* no processo de discriminação”.

Os tribunais nacionais têm decidido sobre a questão do ónus da prova em casos que envolvem alegações de discriminação relacionada com o VIH no emprego. O Tribunal Federal Superior do Trabalho decidiu que, quando o empregador tem conhecimento do estatuto VIH do trabalhador, o ónus recai sobre o empregador, demonstrando que a decisão de despedir o trabalhador não foi discriminatória.

País: Brasil

Tribunal Superior do Trabalho (TST), *Adriana Ricardo da Rosa vs. Sociedade de Ônibus Porto Alegrense LTDA – SOPAL*, Processo N°. TST-RR-104900-64.2002.5.04.0022, Acórdão de 3 de Agosto de 2011 (publicado a 2 de setembro de 2011)

Em 2011, o Tribunal Federal Superior do Trabalho do Brasil, baseando-se na Convenção (N.º 111) e nos comentários do CEACR relacionados, determinou que o empregador requerente – e não o queixoso — tem o dever de provar que o despedimento não ficou a dever-se ao estatuto VIH do queixoso.

Proteção contra a vitimização

Um queixoso pode ser dissuadido de intentar uma queixa sobre discriminação no emprego, com receio de consequências negativas. Por exemplo, um trabalhador pode recear a divulgação pública do seu estatuto VIH, especialmente se existir a possibilidade do caso ser divulgado nos meios de comunicação social. O trabalhador pode, também, estar muito preocupado com a publicidade negativa ou as reações negativas da família, dos amigos e da comunidade, que possam surgir na sequência dessa divulgação. O receio de retaliação por parte de um empregador, contra o trabalhador e contra as testemunhas é outro impedimento significativo. Esses receios, que podem ser bem fundados, devem ser tratados de forma eficaz e transparente pelos tribunais nacionais e outras instâncias de

resolução de conflitos para que não impeçam a aplicação efetiva da legislação anti discriminação.

Os juízes podem responder a estas preocupações, garantindo que as queixas são tratadas de uma forma que proteja os interesses de privacidade daqueles que estão perante eles. Todas as partes e testemunhas devem ser advertidas para respeitarem a confidencialidade do processo.

Os tribunais também podem tomar medidas, tais como, ordenar a supressão de nomes para salvaguardar a privacidade das partes e determinando que certos elementos de prova sejam inspecionados à porta fechada, durante o processo.

Alguns países incluíram, igualmente, disposições explícitas na sua legislação nacional para garantir o direito à assistência jurídica, bem como a mecanismos judiciais e procedimentos, para garantir que as pessoas que vivem ou estão infetadas pelo VIH têm acesso à justiça

País: Moçambique

Lei n.º 12/2009 de 12 de março de 2009: Estabelece os direitos e deveres das pessoas que vivem com o VIH e Sida, e adota medidas necessárias para a prevenção, proteção e tratamento da mesma, artigo 44:

“(1) O Estado garante o direito à assistência jurídica e ao patrocínio judiciário à pessoa vivendo com VIH e Sida ou seu representante.

(2) As organizações não-governamentais e outras de caráter social que lidam com as matérias relativas à prevenção e combate ao VIH e Sida podem dar apoio judiciário à pessoa que vive com o VIH ou um seu representante.”

Quando existem mecanismos, a legislação pode prever atender às necessidades específicas de um grupo que vive ou está infetado pelo VIH ou Sida, bem como testemunhas que podem estar presentes na sala do tribunal. A legislação nacional do Quênia constitui um exemplo.

País: Quênia

Lei N.º 14, de 2006 relativa à Prevenção e Controlo do VIH e Sida Secção 27: Poderes do Tribunal

“(1) Em audiência de uma queixa ou de um recurso apresentado em conformidade com o artigo 26º, o Tribunal terá todos os poderes de um tribunal subordinado da primeira instância para convocar testemunhas, obter provas sob juramento ou afirmação e para pedir a apresentação edição de livros e de outros documentos.

(2) Quando o Tribunal considerar desejável que o objetivo de minimizar despesas

ou evitar o atraso ou por qualquer outro motivo especial, pode receber prova por juramento e aplicar os interrogatórios e exigir às pessoas a quem os interrogatórios são aplicados que deem uma resposta completa e fiel aos interrogatórios no prazo especificado pelo Tribunal.

(3) Na determinação de qualquer questão, o Tribunal poderá levar em consideração quaisquer elementos de prova que considere relevante para o assunto da matéria que tem perante si, não obstante que a prova não possa ser admitida sob a Lei Probatória”.

Medidas especiais para proteger os direitos de privacidade

O queixoso pode estar significativamente preocupado com a publicidade indesejada, se ele ou ela trazer um caso alegando discriminação com base no estatuto VIH. Muitos indivíduos podem ter receio de reivindicar os seus direitos, se isso envolver expô-los a críticas ou a estigmatização por parte dos colegas de trabalho, membros da sua família ou comunidades locais. Por esta razão, devem ser postos em prática e utilizados procedimentos especiais para ajudar a proteger os direitos de privacidade dos queixosos VIH positivos, tais como ordenar a supressão do nome que impediria o aparecimento do nome completo do autor nos registos do tribunal.

Além disso, as partes no processo, bem como quaisquer testemunhas que poderiam ser chamadas a aparecer de um e do lado do caso, devem ser advertidas para manter a confidencialidade dos procedimentos, e deve ser garantida a proteção contra a retaliação contra o queixoso ou testemunhas.

País: África do Sul

High Court of South Africa, South African Security Forces Union (SASFU) vs. Surgeon General, Processo Nº. 18683/07, Acórdão de 16 de maio de 2008, página 4:

“Os nomes das pessoas referidas acima em a) não devem ser divulgados ou publicitados de qualquer maneira ou forma pelo secretário, pelos inquiridos ou qualquer outra pessoa ou entidade.”

Recursos eficazes e sanções

A CEACR destacou sempre a importância de garantir soluções e sanções adequadas em casos de discriminação no emprego. As vítimas de discriminação devem beneficiar de soluções adequadas, que têm, também, um efeito dissuasor sobre aqueles que podem considerar vir a comprometer-se com práticas discriminatórias. Deve ter-se em consideração que, ao instituir tais procedimentos, um trabalhador está a correr tanto riscos materiais como morais. A legislação pode, por exemplo, incluir disposições protetoras, mas se permitir que os empregadores, na prática, rescindam o contrato de um trabalhador que foi vítima de discriminação, estipulando que devem apenas pagar uma indemnização, isso nem sempre constitui proteção suficiente. Para assegurar que um recurso, no caso de discriminação, é eficaz, é igualmente importante que a questão seja tratada com rapidez, de forma a evitar que uma situação potencialmente ilegal se perpetue - com as possíveis consequências irremediáveis e negativas que isso possa ter. A CEACR notou que, no contexto da proteção contra a vitimização, quando um trabalhador tenha sido demitido por ter apresentado uma queixa, uma solução adequada poderia incluir a reintegração.

A reintegração pode, no entanto, não ser uma solução adequada no caso de discriminação relacionada com o VIH, em que um trabalhador pode preferir não voltar, ou pode ser simplesmente incapaz de regressar a um ambiente de trabalho hostil. Medidas adequadas em caso de negação de acesso ao emprego ou despedimento sem justa causa, poderiam incluir danos compensatórios, incluindo rendimentos perdidos, bem como danos morais ou punitivos, quando previstos por lei.

Em casos de discriminação no trabalho relacionados com o VIH, as soluções concedidas pelos tribunais nacionais têm incluído instruir os empregadores a desenvolver e implementar políticas de trabalho sobre VIH e Sida para sensibilizar os trabalhadores e eliminar o estigma e a discriminação¹¹⁶. Além disso, quando os direitos à privacidade do trabalhador foram violados, os tribunais têm tomado medidas para fornecer compensações e impedir os empregadores e outras partes terceiras de quebra de confidencialidade. Por exemplo num caso perante o Tribunal Constitucional da Colômbia (XX v Gun Club Corporação et al., Processo N.º SU-256/96, Acórdão de 30 de maio de 1996), o Tribunal observou que o médico do empregador tinha divulgado o estatuto VIH do funcionário ao empregador, resultando na rescisão com o trabalhador. Como parte da sua conclusão de concluir que a rescisão era discriminatória, o Tribunal determinou

116 Ver *Canadian Human Rights Tribunal/Tribunal canadien des droits de la personne: Fontaine v. Canadian Pacific Ltd.*, Case No. TD 14/89, Judgement of 25 September 1990.

que uma cópia do julgamento fosse encaminhada para o conselho de ética médica, para consideração da conduta do médico.

Pontos para debate

1. Se a discriminação contra pessoas VIH positivas for proibida por lei:
 - a. Quais as medidas apropriadas quando uma pessoa for afastada do seu emprego devido ao seu estatuto VIH?
 - b. Quais são as sanções adequadas para a recusa de empregar uma pessoa VIH positiva?
2. Quais os obstáculos estruturais ou processuais que considera existirem na sua jurisdição que podem impedir o acesso à justiça para as pessoas que vivem com ou estão infetadas com o VIH e Sida?
3. Existem práticas ou procedimentos especiais que tenham sido aplicados na sua jurisdição para facilitar o acesso à justiça para as pessoas em casos alegando estar relacionados com a discriminação pelo VIH?

Módulo 12: Exemplo de programa de formação e atividades de aprendizagem

Esta parte e o CD reúnem atividades de aprendizagem e exercícios que podem ser adaptados para conteúdos de um *workshop* ou seminário de duração variada. Inclui-se um modelo de programa de três dias, que pode servir de base para um programa de formação de formadores ou pode ser adaptado para apresentações mais curtas. Estes são apenas exemplos, e a equipa de facilitação é encorajada a adaptar estas ideias para o tempo disponível e para as necessidades e interesses dos seus públicos-alvo.

Instruções gerais para a equipa de facilitação/formação

Se é um/a facilitador/a que vai apresentar alguns ou todos os módulos dos exemplos, pode ser útil tomar em consideração alguns princípios gerais.

- Os formandos e formandas geralmente retêm uma quantidade limitada da informação apresentada em qualquer sessão. Portanto, pequenas apresentações focalizadas com mensagens claras têm um impacto mais duradouro e podem ser reforçadas com o recurso a material inserido no Manual e Anexos.
- Um princípio chave essencial para a educação de adultos é a participação. Quanto mais participantes forem encorajados a fazer perguntas, esclarecer a situação e partilhar as suas experiências, participando ativamente em atividades de grupo, apresentação de resultados e conclusões de grupos de trabalho, mais vão interiorizar e reter os elementos essenciais da formação.
- É útil abertura e flexibilidade na dinamização dos módulos, de modo a que os exemplos e experiências dos participantes possam ser incluídos. Alguns participantes podem ter uma experiência considerável nas áreas abordadas. Usar essa experiência para retirar a melhor vantagem, incentivando a partilha das suas experiências.

- Esteja disponível para adaptar alguns aspetos do curso para atender às necessidades e interesses expressos pelos participantes à medida que o curso avança.
- Mesmo em grupos de maior dimensão e sessões plenárias, pode haver uma aprendizagem ativa. Prepare questões para serem colocadas em intervalos regulares, pare e verifique se estão a acompanhar as informações apresentadas, e peça que comentem.
- Uma sessão plenária pode também ser dividida em sessões curtas de trabalho em grupo. Dividindo simplesmente o grupo aos pares por alguns minutos, pode ser uma forma efetiva de manter todo o grupo envolvido. Se for possível fazer ajustes para que os participantes se constituam em grupos de 6 ou 8 à volta de uma mesa, isto também conduz a um trabalho de grupo informal, mesmo durante uma sessão plenária

Sugestão de programa para um *workshop* de três dias

As atividades de aprendizagem e os exercícios a seguir sugeridos estão disponíveis no CD em anexo. Podem ser impressos e utilizados como fichas individuais.

PRIMEIRO DIA: VIH e Sida – Uma questão para juízes e profissionais da área jurídica

Abertura:

Sessão de Boas-vindas

Os oradores apropriados para a sessão de abertura podem ser selecionados a partir da autoridade judicial nacional, da autoridade nacional para as questões da Sida, Ministérios do Trabalho, Saúde ou da Justiça, Gabinete do Procurador-Geral, outros organismos de direitos humanos nacionais e/ou de igualdade de oportunidades e de organizações de empregadores e de trabalhadores e das agências das Nações Unidas (OIT, ONUSIDA). As pessoas que vivem com VIH devem ser incluídas, quer na sessão de abertura ou na sequência da apresentação dos Módulos sobre a transmissão do VIH.

Apresentação dos objetivos do workshop

Explicar os objetivos do *workshop*, incluindo:

- Familiarizar os juízes e os profissionais da área jurídica com a realidade do VIH e as formas de transmissão
- Analisar os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos relevantes para o VIH e Sida

- Explorar como os tribunais podem e têm usado a legislação internacional para lidar com os casos relacionados com o VIH.

Exercício de introdução ao tema: Atividade Nº 1

INTERVALO

Teste os seus conhecimentos sobre VIH e Sida: Atividade Nº 2 (Exercício)

Apresentação dos modos de transmissão do VIH

Esta apresentação pode basear-se no Módulo 1 do Manual. Poderá também ser complementada com uma visão geral da situação da epidemia por especialista, possivelmente do Ministério da Saúde ou Autoridade Nacional da Sida, conforme o caso. As perguntas do final do Módulo 1 podem ser utilizadas para facilitar a discussão de grupo.

Discussão geral

ALMOÇO

Atividade de grupo: Estudo de Caso Nº 1 (Exercício)

Este estudo de caso pode ser utilizado para estimular a discussão em grupo sobre a discriminação no local de trabalho e preparar o terreno para a apresentação e atividades que se irão seguir durante a tarde.

INTERVALO

Apresentação sobre a discriminação contra as pessoas que vivem com o VIH

Esta sessão fornecerá exemplos de estigma e discriminação enfrentados pelas pessoas que vivem ou estão infetadas pelo VIH e/ou Sida em diferentes contextos, incluindo no acesso aos serviços de saúde, educação e habitação, com um enfoque sobre a discriminação no emprego e na profissão.

Na apresentação de exemplos, os facilitadores podem selecionar um número de casos dos tribunais para ilustrar os diferentes aspetos da discriminação no emprego e na profissão, resumidos nos Módulos 6 a 8.

Atividade de grupo: Estudo de Caso Nº 2 (Exercício) ou Atividade Nº 3

SEGUNDO DIA: Aplicação dos princípios fundamentais sobre direitos humanos - o quadro jurídico e político

Recapitulação do primeiro dia e apresentação dos objetivos para o segundo dia (10-15 minutos)

Pedir a 2-3 participantes para resumirem os principais assuntos abordados durante o primeiro dia. A equipa de formação poderá então fazer uma breve apresentação dos objetivos para o segundo dia do *workshop*.

Apresentação de instrumentos internacionais e regionais relevantes para o VIH

Esta sessão fornecerá uma visão geral dos instrumentos internacionais e regionais sobre direitos humanos aplicáveis ao VIH e como têm sido utilizados pelos tribunais nacionais.

Esta sessão pode basear-se nos módulos 2 e 3 do Manual e para facilitar a discussão de grupo podem ser utilizadas as questões apresentadas no final de cada Módulo.

Discussão geral

Apresentação sobre a OIT e as Normas Internacionais do Trabalho

Esta sessão fornecerá uma visão geral da estrutura da OIT, das normas internacionais do trabalho e mecanismos de supervisão. Esta sessão pode basear-se no módulo 4 do Manual e para facilitar a discussão de grupo, podem ser utilizadas as questões apresentadas no final do módulo.

Discussão geral

INTERVALO

Apresentação dos princípios fundamentais da Recomendação (N.º 200)

Esta sessão fornecerá uma visão geral sobre os princípios fundamentais da Recomendação. Ele também pode contemplar a coletânea das diretivas práticas da OIT. A distinção deve ser feita entre a Recomendação como uma norma internacional do trabalho e a coletânea como um conjunto de diretrizes voluntárias desenvolvidas por um grupo de especialistas tripartidos. Outras convenções poderiam ser abordadas nesta apresentação, conforme o caso, mas deve abranger,

no mínimo, as Convenções da OIT (N.º 111), (N.º156) e (N.º158) (ver a lista de Instrumentos da OIT relevantes no Apêndice 2 no CD). Esta sessão pode basear-se nos Módulos 4 e 5 do Manual e utilizar as questões apresentadas no final dos Módulos.

A discussão geral sobre como o estatuto VIH, real ou suposto é apoiada na legislação e políticas nacionais.

ALMOÇO

Apresentação sobre igualdade de género

Uma apresentação sobre as questões da igualdade de género e a sua relevância para o VIH poderá basear-se nos exemplos fornecidos no Módulo 8, e as questões apresentadas no final do módulo poderão ser utilizadas para facilitar a discussão de grupo.

Como alternativa, ou como complemento à apresentação, poderá realizar-se uma atividade em forma de painel sobre igualdade de género. Pré-selecionar um pequeno grupo de 2-4 participantes, procurando se possível ter um número igual de homens e mulheres no painel. Peça a cada membro do painel para preparar uma apresentação curta (5-10 minutos) sobre as medidas tomadas na sua jurisdição, de acordo com a legislação nacional e internacional para promover a igualdade de género no emprego e outros enquadramentos.

Atividade de Grupo: Estudo de Caso Nº 3 (Exercício) ou Atividade Nº 4

INTERVALO

Apresentação de grupos chave

Uma apresentação sobre os grupos chave vulneráveis ou com maior risco de infeção pelo VIH poderá ser preparado com base no material e exemplos fornecidos no Módulo 9. A equipa de formação poderá querer estimular a discussão em torno dos grupos chave nas epidemias nacionais, fornecendo extratos de documentos que identificam os grupos chave nos países dos participantes.

Por exemplo, a informação relevante pode ser encontrada nos relatórios periódicos apresentados pelos países no âmbito da Declaração de Compromisso das Nações Unidas sobre VIH/Sida (2001) e nas estratégias nacionais para a Sida. A discussão poderá ter como base as questões apresentadas no final do Módulo 9.

Discussão geral

TERCEIRO DIA: Usando a legislação como apoio à resposta ao VIH

Recapitulação do segundo dia e apresentação dos objetivos para o terceiro dia (10-15 minutos)

Peça a 2-3 participantes para resumirem as principais questões abordadas durante o segundo dia. A equipa de formação poderá então fazer uma breve exposição dos objetivos para o terceiro dia do workshop.

Apresentação sobre questões processuais: garantias na sala do tribunal

Uma apresentação sobre as medidas processuais para proteger os direitos das pessoas que vivem ou estão infetadas com o VIH poderá ser preparada com base no material e exemplos fornecidos no Módulo 10.

Discussão em grupo

INTERVALO

Atividade de grupo: Estudo de Caso Nº 4 (Exercício)

ALMOÇO

Apresentação do papel dos juízes e profissionais da área jurídica nas respostas ao VIH

Uma apresentação sobre o papel dos juízes e profissionais da área jurídica poderá ser preparada com base no material e exemplos fornecidos no Módulo 10, seguida por uma atividade mais curta de grupo em torno do planeamento das ações.

Atividade de grupo: Atividade Nº 3 (Exercício)

INTERVALO

Encerramento e observações finais

Fim do workshop

