

**Serviço de diálogo social, a legislação
e a administração do trabalho**

**Combater o VIH/SIDA no local de trabalho através de legislação
do trabalho e do emprego**

Jane Hodges

**Bureau internacional do trabalho
(BIT) – Genebra**

Outubro de 2006

As publicações da Secretaria Internacional do Trabalho gozam da proteção dos direitos autorais sob o Protocolo 2 da Convenção Universal do Direito do Autor. Breves extratos dessas publicações podem, entretanto, ser reproduzidos sem autorização, desde que mencionada a fonte. Para obter os direitos de reprodução ou de tradução, as solicitações devem ser dirigidas a Publicações OIT (Direitos do Autor e Licenças), Organização *Internacional do Trabalho* CH-1211 *Genebra* 22, Suíça, ou por e-mail: pubdroit@ilo.org. Os pedidos serão bem-vindos.

Jane Hodges

Combater o VIH/SIDA no local de trabalho através de legislação do trabalho e do emprego
Genebra, Organização Internacional do Trabalho, 2006

DIALOGUE, Documento n° 3

ISBNs 92-2-815304-0 & 978-92-2-815304-0

Também disponível em (inglês) : Paper No. 3, Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law, ISBN 92-2-115304-5, Geneva, 2004; e (francês) : Document no. 3, Combattre le VIH/SIDA sur le lieu de travail par la législation du travail et de l'emploi, ISBN 92-2-215304-9, Genève, 2006.

As designações empregadas nas publicações da OIT, segundo a praxe adotada pelas Nações Unidas, e a apresentação de material nelas incluídas não significam, da parte da Secretaria Internacional do Trabalho, qualquer juízo com referência à situação legal de qualquer país ou território citado ou de suas autoridades, ou à delimitação de suas fronteiras.

A responsabilidade por opiniões expressas em artigos assinados, estudos e outras contribuições recai exclusivamente sobre seus autores, e sua publicação não significa endosso da Secretaria Internacional do Trabalho às opiniões ali constantes.

Referências a firmas e produtos comerciais e a processos não implicam qualquer aprovação pela Secretaria Internacional do Trabalho, e o fato de não se mencionar uma firma em particular, produto comercial ou processo não significa qualquer desaprovação.

As publicações da OIT podem ser obtidas nas principais livrarias ou no Escritório da OIT, Organização *Internacional do Trabalho*, CH-1211, *Genebra* 22, Suíça. Catálogos ou listas de novas publicações estão disponíveis gratuitamente nos endereços acima, ou por e-mail: pubvente@ilo.org ou por visite nossa página na Internet: www.ilo.org/publns

Impresso em Suíça

INDICE

CAPÍTULO I – COMBATER O VIH/SIDA ATRAVÉS DE LEGISLAÇÃO	1
CAPÍTULO II – OS INSTRUMENTOS DA OIT	3
Repertório de recomendações práticas do BIT sobre o VIH/SIDA e o mundo do trabalho.....	3
Convenções e outros textos respeitantes ao VIH/SIDA.....	3
Disposições mínimas de lei.....	6
CAPÍTULO III – DEFINIÇÕES E CAMPO DE APLICAÇÃO	8
Definições do VIH/SIDA	8
Infecções e doenças sexualmente transmissíveis	9
Discriminação	10
Qualificações exigidas para o emprego.....	10
Jurisprudência	11
Emprego e profissão	14
Campo de aplicação.....	16
CAPÍTULO IV – FINALIDADE DA LEGISLAÇÃO	17
CAPÍTULO V – O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO.....	19
Não-discriminação no contexto das viagens.....	20
CAPÍTULO VI – CRITÉRIOS DE DISCRIMINAÇÃO PROIBIDOS	21
O VIH como verdadeiro critério	21
O estado de saúde	22
Deficiência	23
Grupos marginalizados ou desfavorecidos.....	25
CAPÍTULO VII – CONDIÇÕES DE EMPREGO.....	27
Condições gerais	27
Ambiente de trabalho sadio.....	27
Despedimentos e segurança do emprego	28
Rastreio e sigilo.....	30
Medidas de acção positiva	34
Medidas de adaptação razoável	35
Problemas ligados à remuneração	37

Tempo de trabalho, licenças por doença/consultas médicas, trabalho a tempo parcial	37
CAPÍTULO VIII – FORMAÇÃO E ACONSELHAMENTO DE ORIENTAÇÃO	41
CAPÍTULO IX – QUESTÕES RESPEITANTES À ASSISTÊNCIA E AO APOIO	43
CAPÍTULO X – ÓRGÃOS E MEDIDAS DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO	46
Órgãos especiais e órgãos gerais	47
Comissões e conselhos nacionais	49
Comissões dos direitos do homem.....	50
Inspeção do trabalho	51
Gabinete do ombudsman	51
O ônus da prova.....	52
Soluções e sanções.....	54
CAPÍTULO XI – OBSERVAÇÕES FINAIS.....	57
ANEXO 1 – FERRAMENTAS DO BIT EM MATÉRIA DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO	58

Capítulo I – Combater o VIH/SIDA através de legislação

Em 2003, mais de 3 milhões de pessoas morreram da SIDA e cerca de 5 milhões foram infectadas pelo VIH, totalizando 42 milhões de pessoas que vivem com o vírus. O impacto sobre a vida económica e social é um verdadeiro desastre, visto que a infecção atinge sobretudo a faixa etária de 15-49 anos, ou seja, homens e mulheres no auge da sua vida activa. Isto significa que hoje em dia a epidemia do VIH/SIDA não é só apreendida como um problema de saúde pública, mas também como uma questão de Direitos do Homem e um desafio ao desenvolvimento, com implicações económicas e socioculturais diversas, profundas e universalmente reconhecidas.

A partir dos anos oitenta, inúmeros países reconheceram que, para empreender uma luta eficaz contra a epidemia, deveriam dotar-se de um dispositivo legislativo adequado, nomeadamente para combater a discriminação. As Nações Unidas reagiu de diversas formas. Em 1996, as Directivas internacionais sobre o VIH/SIDA e os direitos do homem¹ encorajam os estados a « promulgar ou reforçar as leis anti-discriminatórias e outras leis que protegem os grupos vulneráveis, as pessoas atingidas pelo VIH/SIDA e os deficientes contra a discriminação no sector público e no sector privado, que garantem o respeito da vida privada bem como o sigilo e a ética da investigação relacionados aos indivíduos humanos, que enfatizam o aspecto educacional e a conciliação, e que permitem recorrer rapidamente e de modo eficaz ao direito administrativo e ao direito civil ». A directiva 6 revisada recomenda aos Estados « que promulguem leis regulamentando a informação em matéria de VIH .., de modo a garantir um amplo acesso às medidas e aos serviços preventivos de qualidade, às informações adequadas respeitantes à prevenção e ao tratamento... ». A directiva 11 solicita que os estados « velem à existência de mecanismos de acompanhamento e execução garantindo a protecção dos direitos do homem no contexto do VIH, nomeadamente os direitos das pessoas atingidas pelo VIH/SIDA, suas famílias e suas comunidades ». Desde há alguns anos, a OMS² e a ONUSIDA publicam regularmente directrizes sobre a prevenção do VIH e a legislação em matéria de saúde pública. O Guia prático destinado ao legislador no tocante ao VIH/SIDA, à legislação e aos direitos do homem³ da ONUSIDA, fornece orientações sobre o papel geral da legislação ; no prefácio deste documento, pode-se ler a seguinte recomendação : « Quer se trate de inscrever na Constituição a proibição da discriminação de pessoas que vivem com o VIH/SIDA ou as mais vulneráveis à infecção, ou de legislar a fim de garantir o direito das crianças escolarizadas de receber uma informação sobre os métodos de protecção que deverão utilizar ulteriormente - ao evocar somente alguns campos de acção - um empenho pleno e total do legislador é absolutamente vital para trazer uma dar uma resposta eficaz à epidemia e assegurar a disponibilidade dos recursos orçamentais e outros desejados. » O guia também aborda o tema do emprego ao citar um extracto do código australiano sobre as profissões da saúde e das profissões de risco de 1993 (*Code of Practice for Health Care Workers and Others at Risk*).

¹ *Relatório do Secretário geral da Comissão dos direitos do homem*, documento ONU E/CN.4/1997/37. As directivas adoptadas em 1996 em Genebra, aquando da segunda consulta internacional sobre o VIH/SIDA e os direitos do homem. Elas foram actualizadas em 2002, em Genebra, pela adopção da directiva 6 revisada, aquando da terceira consulta internacional sobre o VIH/SIDA e os direitos do homem.

² OMS : *Repertório dos instrumentos jurídicos respeitantes à infecção pelo VIH e a SIDA*, OMS/ONUSIDA/HLE/97.1, Genebra, 1997.

³ ONUSIDA/UIP, 1999, Genebra, p. 64-78.

Aquando da declaração de compromisso da UNGASS (*General Assembly's Special Session on SIDA*), as Nações Unidas reconheceram a necessidade de instaurar um quadro legislativo que tenha por objectivo a definição e a defesa dos princípios directores supostos servir de base à luta contra o VIH/SIDA no local de trabalho. Esta declaração, adoptada em Junho de 2001 pela assembleia geral das Nações Unidas reunida em sessão especial, fixa nomeadamente o seguinte objectivo:

Implementar, até 2003, à escala nacional, um quadro jurídico e directivo que assegure a protecção, no local do trabalho, os direitos e a dignidade das pessoas infectadas e afectadas pelo VIH/sida e das que estão mais expostas ao risco de infecção, através da consulta com os representantes dos empregadores e dos trabalhadores, ao levar em conta as directivas internacionais respeitantes ao VIH/SIDA.

A OIT reconheceu que as leis respeitantes ao mundo do trabalho constituíam a melhor arma para a prevenção da propagação do vírus e a dos mitos fortemente prejudiciais em torno da doença⁴. Todos os países, qualquer que seja a taxa de infecção afectando o seu território, podem beneficiar de um quadro legislativo que favoreça o esclarecimento dos problemas vinculados ao mundo do trabalho, a luta contra a discriminação à contratação, a prevenção dos riscos de infecção nos locais de trabalho e o empenho de todos os parceiros interessados à implementação de novos dispositivos e instituições. Até hoje, mais de 20 países adoptaram legislações que tratam nomeadamente dos aspectos do emprego relacionado ao VIH/SIDA no local de trabalho⁵. Trata-se, por um lado, de leis especificamente destinadas ao VIH/SIDA e, por outro lado, de textos contra a discriminação das pessoas deficientes, leis sobre a igualdade ou leis sobre as relações profissionais, às vezes acompanhadas de um código de boa conduta chamado « soft law » (norma de direito não coerciva). Cada governo deve promulgar a legislação mais adaptada ao seu contexto nacional e à dimensão da epidemia no seu território. O BIT realizou um estudo sobre as boas práticas em matéria de legislação do trabalho na qual ele compara as vantagens dos diferentes dispositivos legislativos⁶ relacionados a cada tipo de lei.

As leis sobre o trabalho – expressão que abarca todas as opções acima mencionadas – constituem um requisito importante. A estratégia privilegiada pela OIT salienta o diálogo social e a participação dos parceiros sociais e dos membros da sociedade civil interessados pelo projecto discutido no processo de elaboração. De modo mais concreto, o anexo 1 contém a descrição de alguns instrumentos solicitados pela OIT para a reforma da legislação do trabalho. A OIT também acompanha os seus mandantes que são, por um lado, os ministérios do emprego e, por outro lado, o sindicato dos empregadores e o sindicato dos trabalhadores. Ela ajuda os primeiros a implementar os seus procedimentos de inspecção do trabalho e de resolução dos litígios, e aconselha os segundos face aos desafios que representa a aplicação das leis.

⁴ *Policy and Legal Issues relating to VIH/SIDA and the World of Work*, documento preparado pelo seu autor no âmbito da resposta da OIT à plataforma de acção de Windhoek (Namíbia, 1999), e apresentado na XIVa. Conferência internacional sobre o VIH/SIDA (Barcelona, 7-12 de Julho de 2002) ; J. Hodges : *An outline of recent developments concerning equality issues in employment for labour court judges*, Genebra, Novembro de 1997. O presente documento apoia-se amplamente neste estudo mais antigo. Para um contexto legislativo internacional, consultar igualmente o estudo de M-C Chartier : *Promoting human rights through the ILO Code of Practice on VIH/SIDA and the world of work*, OIT/SIDA, documento de trabalho N° 3, Genebra, Novembro de 2002.

⁵ Para consultar a sua lista, vide o site OITSIDA
www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/laws/index.

⁶ OITSIDA : *Legal initiatives that can help fight VIH/SIDA in the world of work*, Genebra, Setembro de 2003.

Capítulo II – Os instrumentos da OIT

Repertório de recomendações práticas do BIT sobre o VIH/SIDA e o mundo do trabalho

No seguimento da resolução do ano de 2000 sobre o VIH/SIDA e o mundo do trabalho⁷, o BIT adoptou um repertório de recomendações⁸ que existe actualmente em mais de vinte idiomas. Este repertório, voltado aos Estados-Membros e às associações de empregadores e assalariados, prodigaliza recomendações a respeito de temas tão variados como a adopção, os processos de diálogo social ou a legislação própria ao VIH/SIDA no local de trabalho. Nos próximos capítulos, haverá frequentemente referências às recomendações deste repertório cujo objectivo é a elaboração de uma legislação do trabalho eficaz.

Convenções e outros textos respeitantes ao VIH/SIDA

A OIT fornece igualmente instrumentos de maior alcance para lutar contra o VIH/SIDA no local de trabalho. Em 1998, na sua Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho, a organização convidava os seus mandantes a focalizar toda a sua atenção nas pessoas que necessitavam de cuidados especiais e formulava os quatro princípios que convém, em quaisquer circunstâncias, respeitar, promover e implementar, inclusive em caso de não-rectificação, por parte dos Estados-Membros, das convenções sobre os temas relacionados a esse assunto. A não-discriminação em matéria de emprego e profissão faz parte destes princípios fundamentais e, por conseguinte, este valor em comum deve servir de base à estratégia de luta contra o VIH/SIDA. A OIT e a OMS assinaram, dez anos antes (em 1988), uma declaração conjunta sobre o VIH/SIDA e o emprego expondo os princípios gerais que devem prevalecer no local de trabalho quanto ao problema do VIH/SIDA.

Não existe recomendação ou convenção internacional do trabalho que aborda directamente esta questão. Em compensação, inúmeros instrumentos que cobrem tanto a luta contra a discriminação como a prevenção da infecção podem ser igualmente empregados (e já provaram a sua utilidade) neste domínio:

- Convenção contra a discriminação (emprego e profissão), 1958 (nº 111).
- Convenção sobre o despedimento, 1982 (nº 158).
- Convenção sobre a readaptação profissional e o emprego das pessoas deficientes, 1983 (nº 159).
- Convenção sobre o direito de organização e de negociação colectiva, 1949 (nº 98).
- Convenção sobre a negociação colectiva, 1981 (nº 154).
- Convenção nº 155 sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores, 1981, e recomendação nº 164 sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores, 1981.
- Convenção nº 161 sobre os serviços de saúde no trabalho e recomendação nº 171 sobre os serviços de saúde no trabalho, 1985.

⁷ Resolução respeitante ao VIH/SIDA e ao mundo do trabalho, Conferência internacional do trabalho, 88ª. sessão, Genebra, Junho de 2000, inglês, PDF 76K - francês, PDF 11K - espanhol, PDF 10K.

⁸ Texto completo disponível no site Internet OITSIDA :
<http://mirror/public/english/protection/trav/aids/>.

- Convenção sobre as prestações em caso de acidentes do trabalho e doenças, 1964 (nº 121).
- Convenção sobre a segurança social (norma mínima), 1952 (nº 102).
- Convenção sobre o pessoal de enfermagem, 1977 (nº 149).
- Convenção nº 97 sobre os trabalhadores migrantes (revisada), 1949, e convenção nº 143 sobre os trabalhadores migrantes (disposições suplementares), 1975.
- Recomendação sobre o trabalho a tempo parcial, 1994 (nº 175).

A recomendação nº 111 sobre a discriminação (emprego e profissão)⁹ constitui um instrumento-chave para a promoção da igualdade no mundo do trabalho. Ela proscree qualquer forma de distinção, exclusão ou preferência capaz de destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou a igualdade de tratamento nas áreas do emprego ou da profissão, da formação, do desenvolvimento, da segurança do emprego, da remuneração e das condições de trabalho (inclusive as férias, os períodos de descanso, a saúde e a segurança dos trabalhadores, as medidas de higiene no trabalho e as prestações sociais). São nela enumerados sete critérios de discriminação ilícitos e o artigo 1(1) (b) estipula que « os governos podem decidir especificar na sua política nacional qualquer outra forma de discriminação, após consultar as organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores. » A Comissão de peritos para a aplicação das convenções e recomendações da OIT pronunciou-se a favor do aditamento de um protocolo suplementar que visa a acrescentar, entre outros critérios¹⁰, o de deficiência, o que resultaria na inclusão do VIH/SIDA no campo de aplicação da convenção. Além de proscree qualquer forma de discriminação, a convenção nº 111 propõe igualmente medidas proactivas a favor de pessoas que carecem de uma protecção especial. O artigo 5(2) cita os indivíduos que sofrem de uma deficiência entre os grupos que podem beneficiar de medidas de acção positiva ou de adaptação do ambiente profissional. A recomendação nº 111, que acompanha esta convenção, sugere ainda a criação de comissões consultivas constituídas de representantes das associações de empregadores e de trabalhadores (e de qualquer outra parte interessada), para a promoção da aceitação do princípio de não discriminação em matéria de emprego e a realização de actividades tais como as campanhas de formação e sensibilização. Estas orientações podem ser benéficas a qualquer tipo de organizações actuando no domínio do VIH/SIDA.

A convenção nº 158¹¹ sobre o despedimento (1982) define a posição internacional em matéria de despedimento. O artigo 4º estipula que um assalariado só pode ser licenciado se há um motivo válido de despedimento ligado às suas aptidões ou ao seu comportamento, ou fundado nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço. O artigo 6º estabelece nitidamente que a ausência temporária de um assalariado por motivo de enfermidade ou acidente (ligado ou não à actividade profissional) não constitui um motivo válido de despedimento. Estas disposições aplicam-se aos indivíduos portadores do VIH ou que sofrem de SIDA. O inquérito geral sobre a convenção nº 158¹², realizado em 1995 por uma comissão de peritos, desenvolve o modo com que a lei e a

⁹ Ratificado por 159 Estados-Membros da OIT (2003).

¹⁰ Conferência internacional do trabalho, 83a. sessão, 1996, *Equality in employment and occupation*, Estudo especial da Comissão de peritos, parágrafo 297 (outros critérios possíveis: idade, deficiência, responsabilidades familiares, idioma, estado civil, nacionalidade, património, orientação sexual, estado de saúde, adesão a um sindicato).

¹¹ Rectificado por 33 Estados-Membros da OIT (2003).

¹² Conferência internacional do trabalho, *Protecção contra o despedimento injustificado*, 82a. sessão, Genebra, 1995, parágrafos 137 -141 e, nomeadamente, o parágrafo 142 que aborda o problema da infecção pelo VIH e a SIDA.

prática abordam a ausência temporária por motivo de doença, e abrange o VIH/SIDA no campo de aplicação da protecção contra o despedimento por ausência injustificada.

A convenção n° 159 sobre a readaptação profissional e o emprego das pessoas deficientes¹³ (1983) preconiza a igualdade das oportunidades e de tratamento para as pessoas que sofrem de uma deficiência. O artigo 4° recomenda medidas de protecção especiais, tais como a adaptação do ambiente profissional ou a mudança do local de trabalho, para permitir os indivíduos deficientes continuarem o exercício de sua actividade. O texto evoca explicitamente o problema do VIH/SIDA no local de trabalho, e a recomendação n° 168 que o acompanha propõe dispositivos comunitários e sugere estratégias para os assalariados deficientes das zonas rurais.

As normas internacionais do trabalho respeitantes às negociações colectivas podem ser aproveitadas para abordar a questão do VIH/SIDA no momento dos debates sobre as convenções colectivas ou no âmbito dos acordos que regem as relações profissionais. A convenção n° 98 atinente ao direito de organização e negociação colectiva¹⁴ (1949) e a convenção n° 154 sobre a negociação colectiva¹⁵ (1981) são, a este respeito, particularmente interessantes. Ambas convenções incitam os países membros a adaptar políticas que encorajam a livre negociação dos termos e condições do emprego – termos que podem abranger medidas de prevenção do VIH/SIDA – entre as associações de assalariados e de empregadores, com o intuito de obter a assinatura de acordos colectivos.

A segurança e a saúde dos trabalhadores no local de trabalho são objecto de um grande número de normas internacionais. A convenção n° 155 sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores¹⁶ (1981) define as principais disposições a adoptar para garantir a protecção dos assalariados, no tocante ao fornecimento de roupas e de equipamento de protecção gratuitos para o pessoal, ou ao direito de recusar um trabalho perigoso ou expor-se a uma situação perigosa (todas estas medidas são aplicáveis no contexto do VIH/SIDA). De um ponto de vista geral, a convenção n° 161 sobre os serviços de saúde no trabalho (1985) solicita aos estados que a ratificam, a adopção de uma política nacional eficaz e coerente neste domínio. A recomendação n° 171 que a acompanha, enumera diversas medidas respeitantes à saúde no local de trabalho, todas elas pertinentes no contexto do VIH/SIDA. Estas disposições abrangem a garantia que a vigilância da saúde do pessoal não será utilizada com fins discriminatórios, o sigilo dos resultados de exames médicos, a certeza de que um trabalhador não permanecerá no seu posto de trabalho se este último for contra-indicado ao seu estado de saúde e que tudo será feito para encontrar-lhe um outro emprego na empresa, a obrigação de informar o pessoal a respeito dos resultados do seu exame de saúde e o princípio de gratuidade para os trabalhadores quanto às prestações ligadas à saúde no trabalho (princípio igualmente mencionado na convenção). Enfim, esta recomendação sugere a garantia de serviços de saúde da empresa, na medida do possível, para os trabalhadores independentes, e nomeadamente os do sector informal,

Os instrumentos de segurança social constituem igualmente uma fonte preciosa de informação sobre o VIH/SIDA, não somente no tocante à indemnização em caso de acidente de trabalho (através da convenção n° 121 sobre as prestações em caso de acidente de trabalho ou de doenças profissionais, 1964) mas também em virtude do princípio de

¹³ Ratificada por 75 Estados-Membros da OIT (2003).

¹⁴ Ratificada por 153 Estados-Membros da OIT (2003).

¹⁵ Ratificada por 34 Estados-Membros da OIT (2003).

¹⁶ Ratificada por 40 Estados-Membros da OIT (2003).

não-discriminação definido na convenção nº 102 sobre a segurança social (norma mínima)¹⁷, 1952.

Em conclusão, um determinado número de convenções da OIT dizem respeito às categorias de trabalhadores cuja actividade profissional os expõe nomeadamente ao risco de infecção pelo VIH. A convenção nº 149 sobre o pessoal de enfermagem (1977) solicita aos estados que a ratificam, a implementação de uma política que permita a estes assalariados beneficiar de equipamentos de protecção e, eventualmente, realizar tarefas menos árduas. A convenção nº 97 sobre os trabalhadores migrantes (revisada) de 1949 e a convenção nº 143 sobre os trabalhadores migrantes (disposições complementares) de 1975 tratam das desigualdades com as quais os trabalhadores estrangeiros se deparam. As disposições técnicas recomendadas pela convenção nº 97, resituadas no contexto do VIH/SIDA, tais como a avaliação do estado de saúde dos trabalhadores migrantes e dos membros de sua família, revestem uma importância particular. Este é também o caso das disposições da convenção nº 143 respeitantes aos direitos do homem, nomeadamente as que preconizam a igualdade de tratamento dos trabalhadores migrantes no tocante às prestações da segurança social (artigo 6º) ou proíbem o despedimento por causa de doença, inclusive se esta doença esteja relacionada aos próprios trabalhadores ou aos membros autorizados de sua família (artigo 8º). As convenções próprias à profissão de marinheiro privilegiam as condições a bordo e recomendam a prática de exames médicos e a preservação de um ambiente de trabalho sadio e protegido. A OIT, nas suas directivas sobre a prática dos exames médicos de aptidão, salienta a necessidade de informar o pessoal do mar sobre os perigos aos quais estão expostos e os métodos de prevenção das infecções (nomeadamente pelo VIH/SIDA).¹⁸ Além disso, estas directivas lembram que um marinheiro não deveria ser considerado como inapto ao trabalho unicamente por ser seropositivo. A convenção nº 175 sobre o emprego a tempo parcial (1994) oferece conselhos úteis quanto às medidas a favor dos trabalhadores seropositivos obrigados a trocar o seu período de trabalho por causa dos constrangimentos ligados à sua doença. O artigo 4º solicita aos Estados-Membros que ratificam esta convenção, que adoptem disposições adequadas para permitir aos trabalhadores a tempo parcial o benefício da mesma protecção que os trabalhadores a tempo inteiro no que diz respeito, por um lado, à saúde e à segurança no local de trabalho e, por outro lado, à não discriminação em matéria de emprego. A convenção recomenda igualmente a adopção do princípio de proporcionalidade em matéria de salário e prestações sociais.

Disposições mínimas de lei

Os grupos de normas internacionais acima expostos, considerados no contexto de uma eventual lei respeitante ao VIH/SIDA no local de trabalho, oferecem orientações sobre o *conteúdo* dos futuros textos legislativos e, por extrapolação, sobre a estrutura da lei. A abordagem mencionada a seguir, elaborada a partir das convenções da OIT, pode constituir um modelo útil. Segundo os exemplos fornecidos pelos países apresentados a seguir no presente documento, esta foi a abordagem escolhida pelas leis adoptadas no fim dos anos 80 e, mais recentemente, em 2003. A legislação respeitante ao VIH/SIDA no local de trabalho deveria, no mínimo, abarcar as seguintes disposições:

- Enunciação nítida do objecto do texto e definições adequadas;
- Proibição de qualquer tipo de discriminação no local de trabalho;

¹⁷ Ratificada por 40 Estados-Membros da OIT (2003).

¹⁸ *Directivas respeitantes à prática de exames médicos de aptidão anteriores ao embarque e exames médicos periódicos do pessoal do mar, adoptadas pela consulta OIT/OMS, Genebra, 25-27 Novembro de 1997, ILO/WHO/D.2/1997, p. 9.*

-
- Motivos de despedimento ligados à inaptidão por razões de saúde a exercer uma actividade laboral adaptada e não à seropositividade;
 - Proibição da detecção não consensual para as pessoas à procura de emprego e as pessoas que exercem uma actividade laboral;
 - Sigilo médico ;
 - Prevenção e controlo dos riscos de contaminação;
 - Adaptação do local de trabalho (nomeadamente flexibilidade dos horários de trabalho);
 - Possibilidades de formação e reinserção;
 - Prestações que incluem a pré-reforma, a protecção médica e a assunção das despesas das exéquias;
 - Possibilidade de negociar estas diversas questões;
 - Procedimentos de reclamação e medidas disciplinares;
 - Mecanismos de implementação/aplicação e vínculos com os sistemas de inspecção do trabalho existentes;
 - Apoio à aplicação das disposições e penalidades em caso de violação.

Capítulo III – Definições e campo de aplicação

Definições do VIH/SIDA

No que diz respeito ao termo « VIH/SIDA », o Repertório de recomendações prática do BIT define o VIH como o « vírus da imunodeficiência humana, vírus que enfraquece o sistema imunológico do corpo causando, por fim, a SIDA ». O anexo do repertório contém dados médicos mais específicos sobre a epidemia e as suas consequências. Na maior parte dos países, os legisladores privilegiariam este tipo de definição médica. Artigos mais pormenorizados informam o leitor a respeito dos modos de transmissão conhecidos, a relação com as doenças oportunistas e o período assintomático específico a esta afecção.

Na Zâmbia, o *Employment Act*¹⁹ (lei do emprego) recapitulará as definições do Repertório de recomendações práticas do BIT mas acrescentará ao artigo 4º a seguinte definição :

SIDA : acrónimo de « Síndrome de imunodeficiência adquirida », conjunto de quadros clínicos frequentemente chamados « infecções e cancro oportunistas ».

Em Moçambique, a *SIDA Act*²⁰ retoma também a definição do Repertório mas especifica que a SIDA é um conjunto de infecções causadas por um vírus que ataca e destrói algumas células do sistema imunitário.

Nas Filipinas, a *SIDA Prevention and Control Act*²¹ (lei sobre a prevenção e o controlo do VIH/SIDA) fornece um conjunto completo de definições :

Artigo 3º : Os termos citados na presente disposição legal foram assim definidos :

- (a) Síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA) – infecção constituída por um grupo de sinais e de sintomas causados pela transmissão humana do VIH e que ataca e enfraquece o sistema imunitário, expondo assim as pessoas contaminadas a outras infecções mortais...*
- (e) Vírus de imunodeficiência humana (VIH) – designa o vírus que causa a SIDA...*
- (h) Seropositivo – refere-se à presença do VIH ou de anticorpos específicos na amostra de ensaio.*
- (i) Seronegativo – refere-se à ausência do VIH ou de anticorpos específicos na amostra de ensaio.*
- (o) Pessoa que vive com o VIH – pessoa que fez testes de rastreio indicando directa ou indirectamente que ela está infectada com o VIH.*

A *VIH and SIDA Prevention and Control Act* (lei sobre a prevenção e o controlo do VIH e da SIDA)²² adoptado pelo Quénia, é semelhante à lei filipina:

¹⁹ Capítulo 268 de 2003, projecto de alteração.

²⁰ Lei nº 5 de 5 de Fevereiro de 2002, publicada no Jornal Oficial *Bulletin of the Republic*, série I, nº 7, de 13 de Fevereiro de 2002.

²¹ SIDA Prevention and Control Act nº 8504 de 1998.

²² Publicada no Jornal Oficial *Official Gazette Supplement No. 76* (Lei nº 22), Nairobi, 23 de Setembro de 2003.

Artigo 2º: Na presente disposição legal, salvo contexto específico, a expressão « Síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA) » designa um estado caracterizado por um grupo de sinais e sintomas, causado pelo VIH. Este último ataca e enfraquece o sistema imunitário, expondo assim as pessoas contaminadas a outras infecções mortais.

O termo « Positivo », associado ao resultado de uma testagem de rastreio, indica que a pessoa em questão está infectada pelo VIH ou que o resultado apresenta uma prova desta infecção.

« Vírus de imunodeficiência humana (VIH) » designa o vírus que causa a SIDA.

Esta disposição legal acrescenta à definição do termo « Seronegativo » uma noção de tempo que salienta a importância deste factor em matéria de rastreio:

O termo « Negativo », associado ao resultado de uma testagem de rastreio, indica que a pessoa em questão não estava infectada com o VIH no momento do teste de rastreio ou que o resultado não apresenta qualquer prova de infecção.

A *Ordinance on the Prevention and Fight Against VIH/SIDA Infection*²³ (Portaria vietnamita sobre a prevenção e a luta contra a contaminação pelo VIH/SIDA) apresenta um exemplo de definição mais detalhado:

Artigo 2º (1): o VIH é o vírus que provoca a síndrome de imunodeficiência adquirida nos seres humanos. Ele pode ser contraído durante uma relação sexual ou uma transfusão de sangue, ou ser transmitido pela mãe à sua criança durante a gravidez, o parto ou a aleitação.

(2) A SIDA é a fase final do processo de infecção pelo VIH que danifica o sistema imunitário e retira do corpo humano a capacidade de resistir às doenças – ocasionando disfuncionamentos que causam a morte.

(3) Uma « infecção oportunista » é uma infecção resultante da imunodeficiência do corpo humano causada pelo VIH.

A *Labour Relations (Amendment) Act*²⁴ (lei das relações de trabalho) do Zimbabwe utiliza uma definição mais curta:

O artigo 2º da disposição legal principal é alterado pelo aditamento da seguinte definição : ao se aplicar a uma pessoa, o termo « Estatuto VIH » refere-se à presença ou à ausência do vírus de imunodeficiência humana (VIH) em uma pessoa.

Este tipo de formulação levanta a questão do rastreio voluntário (abordada detalhadamente a seguir), visto que ela significa implicitamente que aqueles que desejam beneficiar da lei, devem provar o seu estado VIH. O rastreio médico é o único meio de determinar este estado, em consequência, os utilizadores da lei são obrigados a submeter-se a esta lei.

Infecções e doenças sexualmente transmissíveis

No seu repertório de recomendações, o BIT reconhece explicitamente a relação médica entre a infecção pelo VIH e as infecções sexualmente transmissíveis (IST). Estas recomendações definem o termo IST do seguinte modo : « Infecções sexualmente transmissíveis tais como sífilis, cancro, infecção à clamídia, gonorreia e outras infecções, inclusive as patologias geralmente chamadas de doenças transmissíveis (MST). ».

²³ Portaria de 31 de Maio de 1995.

²⁴ Capítulo 28 : 01 de 2002.

A relação entre o VIH e as infeções sexualmente transmissíveis é sobretudo mencionada nas disposições legais dedicadas ao problema do VIH/SIDA (é mais raro encontrá-la na legislação geral do trabalho). A definição da expressão «doença sexualmente transmissível» mais utilizada é a que consta na *SIDA Prevention and Control Act* (lei de prevenção e controlo da SIDA) das Filipinas :

Artigo 3(s) : Doença sexualmente transmissível – designa qualquer doença que pode ser contraída ou transmitida sexualmente.

A *Act on Sexual Illness, VIH and SIDA*²⁵ (lei das doenças sexualmente transmissíveis e o VIH/SIDA) panamenho dá uma definição separada dos termos VIH, SIDA e IST.

Discriminação

As definições dos termos e expressões « discriminação », « qualificações exigidas para o cargo » e « emprego » são as que, entre outras definições, mais aparecem na legislação do trabalho.

No que diz respeito ao conceito de « discriminação no local de trabalho », as disposições legais referem-se em geral à convenção n° 111 da OIT. O artigo 1(1) (a) desta convenção abrange ao mesmo tempo a discriminação directa e a discriminação indirecta, e menciona sete critérios ilícitos de distinção. Um grande número de textos legislativos acrescenta a esta lista um oitavo critério: a contaminação pelo VIH/SIDA. A convenção especifica que o termo « discriminação » abarca « (a) qualquer tipo de distinção, exclusão ou preferência fundada na noção de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tem como consequência a anulação ou a alteração da igualdade das oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; (b) qualquer outra distinção, qualquer exclusão ou preferência que tenha como efeito a anulação ou a alteração da igualdade das oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificado pelo Membro interessado após consulta das organizações representativas de empregadores e trabalhadores, caso estas existirem, e de outros órgãos adequados. » O artigo 1(2) prevê uma excepção à regra de não discriminação, no caso em que o cargo em questão exija qualificações específicas.

A expressão «tem como consequência a destruição ou a alteração» é uma fórmula retórica que permite abranger quaisquer situações de discriminação, sejam elas directas ou indirectas. No nível nacional, também os legisladores devem fazer com que os seus textos cubram as duas formas de discriminação. A discriminação directa ocorre quando uma desigualdade de tratamento é a consequência directa da aplicação de uma lei, uma regra ou uma prática que estabelece uma diferença explícita, fundada em um motivo específico. A discriminação indirecta ocorre quando uma situação, uma regra ou uma prática aparentemente neutra desfavorece algumas categorias de pessoas. Por exemplo, uma regra que impõe critérios de contratação não relacionados ao emprego em questão e que só podem ser satisfeitos, totalmente ou na maioria dos casos, por homens (tamanho ou peso mínimo, etc...), constitui uma discriminação fundada no género. Em resumo, é importante redigir uma definição da discriminação que não leve em conta a intencionalidade.

Qualificações exigidas para o emprego

Consoante as declarações acima citadas, a convenção n° 111 da OIT prevê uma excepção à regra de não-discriminação no caso em que o emprego a ocupar exija qualificações específicas. Os legisladores devem contudo zelar pela aplicação desta

²⁵ Lei n° 3, 5 de Janeiro de 2000.

excepção às necessidades reais e sérias, relacionadas com um emprego ou um cargo específico. Algumas disposições legais contêm uma declaração geral para este tipo de excepção. Em outras disposições, o legislador insere uma declaração geral e em seguida detalha as situações específicas em que podem ser exigidas qualificações profissionais verdadeiras.

A *Employment Act*, lei do emprego da Zâmbia de 2002, dá um exemplo de aplicação da terminologia utilizada na convenção nº 111 :

Entende-se por discriminação, qualquer forma de distinção, exclusão ou preferência em razão do estado VIH, verdadeiro ou suposto, que tem como efeito a destruição ou a alteração da igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou de profissão. As distinções, exclusões ou preferências em razão das qualificações exigidas para um emprego determinado não são consideradas como discriminações.

Jurisprudência²⁶

Os tribunais de trabalho e os órgãos das Nações Unidas do mundo inteiro possuem um *corpus* completo de jurisprudência a respeito do VIH/SIDA.²⁷ Este último exprime, por um lado, a tomada de consciência no tocante às leis relacionadas a esta questão e, por outro lado, o impacto do VIH/SIDA no mundo do trabalho, que confirma o aumento do número de despedimentos e de actos discriminatórios relacionados a esta doença. Os tribunais empenharam-se nomeadamente em apurar o conceito de « qualificações exigidas para o cargo », reexaminado no contexto do VIH/SIDA, ao interessar-se sobretudo aos empregos dos sectores da aeronáutica, da polícia e do exército.

Na África do sul, a sentença proferida em 2000 no processo « Hoffmann contra South African Airways »²⁸ demonstrou que o poder judiciário reconheceu a natureza evolutiva da doença e dos seus modos de transmissão particulares. A Companhia South African Airways (SAA) recusou ao Sr. Hoffmann um emprego de assistente de bordo por causa da sua seropositividade. A SAA alegou motivos de ordem securitária, médica e operacional, acrescentando que o recrutamento de pessoas portadoras do VIH poderia prejudicar a sua imagem comercial se o grande público for informado deste acontecimento. A causa foi apresentada ao Tribunal constitucional que, por sua vez, determinou se o facto de excluir um candidato a um emprego somente por causa da sua seropositividade constituía ou não um acto anticonstitucional. O tribunal proferiu o seguinte veredicto :

Do ponto de vista médico, uma pessoa seropositiva assintomática pode realizar o trabalho de um assistente de bordo com competência. É possível controlar os riscos aos quais esta pessoa

²⁶ Os resumos aqui apresentados apoiam-se em diversas fontes : *Journal of African Law*, 45/2001, *School of Oriental and African Studies*, Reino Unido, p.217-22 ; *Employment Equity Digest*, vol.8, No.6, África do sul, Jan. de 2001 ; *Human Rights Quarterly*, 25/2003, Boston USA, p. 791-819 ; *VIH/SIDA : the law and ethics*, documento redigido pelo grupo de advogados *VIH/SIDA Unit* aquando do colóquio *The Law and Ethics* de New Delhi, Jan. de 2002 ; A. Bondyopadhyay : *Training in VIH/SIDA Law in common law settings*, XIVa. Conferência internacional sobre a SIDA, Barcelona, 7-12 de Julho de 2002, Track G-Advocacy and Policy ; M. Maculan : *VIH/SIDA in the Asia Pacific region : Policy and Legal Framework*, documento apresentado no seminário regional Ásia-Pacífico da OIT, destinado aos magistrados, respeitante às normas de trabalho internacionais e às questões de igualdade, Manilha, Setembro de 2003.

²⁷ Ver resumo em: *Courts and Justice in the era of VIH/SIDA*, M. Kirby, juiz no Supremo Tribunal, documento apresentado no colóquio judicial sobre o VIH/SIDA : *The Law and Ethics*, Nova Deli, Janeiro de 2002.

²⁸ CCT 17/00, Tribunal constitucional da África do sul (28 de Setembro de 2000).

poderia expor-se, ao fornecer-lhe conselhos e assegurar uma vigilância, ao ministrar-lhe vacinas e profilaxias antibióticas apropriadas, se necessário for. Da mesma forma, os riscos aos quais os passageiros ou terceiros poderiam expor-se devido à seropositividade assintomática de um membro da tripulação, são sem consequência; se for caso disso, as precauções universais provadas podem ser aplicadas.

O Tribunal, respondendo ao argumento da SAA segundo o qual o recrutamento de uma pessoa seropositiva teria uma repercussão negativa sobre a opinião pública e a desfavoreceria em relação aos seus concorrentes, formulou uma mensagem explícita sobre os preconceitos em matéria de imagem pública :

As exigências comerciais legítimas são, evidentemente, uma consideração importante na decisão de contratar ou não um indivíduo. Contudo, devemos impedir que os estereótipos e os preconceitos sejam ocultados pelos interesses comerciais. Os interesses mais importantes da sociedade exigem o reconhecimento da dignidade inerente a cada ser humano bem como a eliminação de qualquer forma de discriminação. A nossa constituição protege os fracos, os marginalizados e as vítimas de preconceitos e estereótipos. A protecção destes grupos é a garantia de protecção dos nossos próprios direitos...

O Tribunal estatuiu a favor do candidato ao emprego e ordenou à Companhia SAA que o contratasse.

No ano 2000, um outro processo opôs N. ao ministro da defesa de Namíbia²⁹. Um candidato a um emprego intentou uma acção em justiça contra o ministro por motivo de recusa de um cargo no exército de defesa namibiana (NDF) sob o único pretexto que era seropositivo, evidenciado aquando do exame médico de contratação. Os juizes do Tribunal do trabalho namibiano declararam que o NDF não tinha o direito de excluir um candidato, que, aliás, se encontrava em bom estado de saúde e boa forma física, alegando somente que um exame médico revelara a sua seropositividade. Eles estimaram que o NDF devia determinar o estado de progressão da infecção e avaliar o nível de deterioração do sistema imunitário do candidato. Os juizes acrescentaram que só o teste VIH não bastava para determinar a aptidão ao emprego e que só deveria ser efectuado no âmbito de uma avaliação mais geral da aptidão física. O facto de excluir N. do NDF somente por este motivo era, por conseguinte, um caso de discriminação caracterizada, tal como definida nos termos do artigo 107(1) da *Labour Act*³⁰ (1992). O tribunal ordenou ao NDF que aceitasse qualquer novo pedido de contratação de N., contanto que o estado de saúde e a aptidão ao trabalho deste último fossem satisfatórios, o que pode ser confirmado por um exame da carga viral.

Cerca de dez anos antes, no Canadá, um importante despacho foi exarado no processo « Thwaites contra o exército canadense »³¹. O Sr. Thwaites, marujo-chefe nas

²⁹ N. contra o Ministro da defesa, Processo n° LC 24/98, julgado em 5 de Outubro de 2000.

³⁰ O artigo 107(1) não referenciou-se directamente ao VIH/SIDA. Ele estipula que « [se] o tribunal do trabalho estima (a) que um terceiro exerceu uma discriminação ilícita contra uma pessoa, ou prepara-se a fazê-lo, ou que esta discriminação é fundada na... deficiência desta pessoa, no contexto da sua contratação, o tribunal do trabalho (i) pode proferir um despacho segundo o qual este terceiro deverá por um termo a estes actos discriminatórios ilícitos e continuar ou abster-se de continuar a exercer as acções indicadas, (ii) proferir outros despachos se as circunstâncias o exigem. » Esta sentença constituía um passo em direcção da luta contra a discriminação, mas algum tempo depois a assembleia nacional aprovou uma emenda (*Defence Amendment Bill*, 2002) que permitiria doravante ao exército de defesa de Namíbia excluir os candidatos ao emprego unicamente por causa de sua seropositividade.

³¹ [1993] CHRD No. 9 (7 Junho de 1993) ; Canadá (Attorney General) contra Thwaites [1994] 3 FC 38 (TD)

forças armadas canadenses (FAC), apresentou uma queixa contra este empregador, ao alegar que este último tinha cometido actos discriminatórios contra a sua pessoa, restringindo as suas funções e as suas oportunidades de progressão e, em seguida, ao por um termo ao seu emprego unicamente por causa de sua seropositividade. O juiz do Tribunal dos direitos do homem canadense estimou que o Sr. Thwaites tinha sido vítima de uma discriminação ligada à sua deficiência. Ele julgou que o exército canadense não cumpriu a sua obrigação legal ao não fazê-lo beneficiar das medidas de adaptação ou ao não avaliar a sua aptidão a trabalhar em função do risco real que representava a sua doença para si mesmo e para terceiros. No que diz respeito ao eventual acréscimo do risco que poderia acarretar a permanência do Sr. Thwaites entre o pessoal, o juiz também declarou que só um risco de maior importância poderia justificar um despedimento imediato. A declaração firme do juiz em relação às medidas de « adaptações razoáveis » é interessante no contexto das qualificações exigidas para um cargo, visto que ela traduz exactamente a posição da OIT, que estima ser necessário examinar cada caso separadamente:

A importância da busca de soluções de substituição ou de adaptação razoáveis que permitam a uma pessoa exercer as suas funções ou diminuir o risco (se o risco é um factor) é doravante a base das leis respeitantes aos direitos da pessoa no Canadá. De facto, sem adaptação razoável, a protecção concedida pela lei a alguns grupos, sobretudo às pessoas deficientes, seria totalmente ilusória... É essencial tratar individualmente o caso das pessoas deficientes. As deficiências variam consideravelmente. Elas apresentam igualmente diferenças individuais importantes no seio de um grupo determinado... Convém reconhecer que isto pode acarretar alguns riscos e aumentar de certa forma a carga dos empregadores, mas isto significa consentir um pequeno sacrifício comparativamente ao valor superior que a sociedade atribui à igualdade de oportunidades de desenvolvimento... Um empregador não pode prevalecer-se do constrangimento excessivo, a menos que seja forçado a tomar medidas comportando dificuldades importantes ou necessitando despesas vultosas que representariam claramente para a empresa um peso excessivo sob o aspecto económico ou administrativo.

A decisão do tribunal foi confirmada pelo Tribunal federal. Todavia, pouco tempo depois do processo Thwaites, este mesmo tribunal julgou em duas ocasiões³² que o exército tinha o direito de despedir ou recusar a candidatura de uma pessoa se o risco ligado à sua presença entre o pessoal fosse superior àquele incorrido com uma pessoa saudável, mesmo se a diferença de risco fosse pequena.

Em 1999³³, na Austrália, o Supremo tribunal indeferiu o recurso de um soldado seropositivo que tinha sido excluído das forças armadas australianas (ADF) por causa de sua inaptidão a efectuar uma « dádiva de sangue segura ». Este critério faz parte das qualificações exigidas pelo exército no âmbito das suas actividades militares. Este soldado tinha sido desmobilizado imediatamente após um rastreio que revelou a sua seropositividade, em conformidade com a regra interna aplicada a todos os novos recrutas portadores do VIH. O soldado despedido venceu o processo perante a Comissão dos direitos do homem e da igualmente. O exército admitiu que havia discriminação contra o soldado, na acepção dos termos da *Disability Discrimination Act* (lei de discriminação fundada na deficiência) de 1992, mais alegou que se tratava de uma discriminação legal visto que a insuficiência de qualificação constituía uma das excepções reconhecidas por esta lei. Ora, a predisposição a « sangrar sem por a vida de outrem em perigo », em circunstâncias como a luta ou o treinamento, estava incluída entre as qualificações exigidas. A comissão retorquiu que esta excepção só se aplicava caso existisse uma « ligação patente entre as qualificações exigidas para o cargo e a deficiência em questão » e declarou o despedimento ilegal. O *Commonwealth* apresentou à Corte federal da Austrália

³² *Husband c. CAF e Robinson c. CAF*. O Supremo tribunal do Canadá rejeitou os pedidos de recurso em ambos os casos.

³³ *X v. The Commonwealth* [1999] HCA 63, 2 de Dezembro de 1999.

um pedido de exame judicial desta interpretação da «excepção à lei fundada na insuficiência de qualificações». Após a interpelação do Tribunal federal para diferir a decisão e em seguida apresentar a causa perante uma comissão constituída de modo diferente e susceptível de estatuir, ao adoptar uma interpretação menos restritiva, o soldado recorreu ao Supremo tribunal. A maior parte dos membros deste Tribunal rejeitou o recurso e confirmaram a ordem de apresentar a causa perante uma comissão constituída de modo diferente, para que esta última decida a respeito da interpretação correcta desta lei.

Na Índia, a abordagem judicial desta questão foi inaugurada por tomadas de posições fortes segundo as quais as qualificações requeridas em algumas profissões não podem, de modo algum, constituir um motivo de despedimento discriminatório. No processo « Sr. X contra ZY AIR³⁴ », por exemplo, o queixoso, gerente de manutenção em uma empresa pública, tinha sido excluído do quadro do pessoal e o seu contrato tinha sido rescindido após uma testagem que revelara a sua seropositividade. O Supremo tribunal de Bombaim decidiu a seu favor, julgando que não se podia recusar um emprego a uma pessoa seropositiva enquanto esta última era capaz de realizar o seu trabalho e não representava uma ameaça para os seus colegas. No processo « Chotulal Shambahi Salve contra o estado do Gujarat » (2001), o queixoso foi seleccionado para um cargo de agente de polícia mas o exame de aptidão revelou que ele era seropositivo, o réu tinha retirado o seu nome da lista das nomeações. O Supremo tribunal de Gujarat julgou que esta atitude infringia os termos do artigo 14º (Igualdade perante a lei) e o artigo 16º (Igualdade das oportunidades em matéria de emprego público)³⁵ da constituição indiana. Ele ordena a anulação da exclusão do queixoso e a sua reintegração na lista das nomeações.

Emprego e profissão

Na definição do conceito de emprego e de profissão do artigo 1(3) da convenção nº 111, as palavras « emprego » e « profissão » incluem o acesso à formação profissional, o acesso ao emprego e às diversas profissões, bem como as condições de emprego. No parágrafo 2 da recomendação 111 anexada a esta convenção, solicita-se aos mandantes a implementação de uma política de não-discriminação por meio de uma lei (ou de convenções colectivas, ou de qualquer outro meio em conformidade com o contexto e os usos nacionais) para abranger os seguintes campos :

O acesso do trabalhador à formação profissional e ao emprego de sua escolha, consoante as suas aptidões pessoais para esta formação ou este emprego ; a promoção do trabalhador consoante as suas qualidades pessoais, a sua experiência, as suas aptidões e a sua aplicação no trabalho ; a segurança do emprego ; a remuneração para um trabalho de valor idêntico ; as condições de trabalho, inclusive a duração do trabalho, os períodos de descanso, as férias anuais pagas, as medidas de segurança e de higiene do trabalho, bem como as medidas de segurança social e os serviços sociais e as prestações sociais relacionadas ao emprego ; o emprego nas agências governamentais e os serviços públicos, bem como nos serviços de orientação profissional, de formação profissional e de colocação submetidos ao controlo de uma autoridade nacional.

³⁴ 1997 Bom 406.

³⁵ O artigo 16º, que não menciona directamente o VIH/SIDA, contém as seguintes recomendações :

- (1) No tocante ao recrutamento e às nomeações aos empregos públicos, haverá igualdade das oportunidades para todos os cidadãos.
- (2) Nenhum cidadão poderá ser tratado de modo discriminatório em matéria de emprego público unicamente por causa da religião, da raça, da casta, da origem técnica, do local de nascimento, do local de residência ou do sexo.

Um número importante de leis do trabalho que abrangem a questão do VIH/SIDA contém disposições muito pormenorizadas que proíbem a discriminação directa ou indirecta em todos os aspectos da vida profissional. Os extractos apresentados a seguir da *Employment Equity Act*³⁶ (lei da igualdade das oportunidades no emprego) sul-africana mostra o desejo do legislador de cobrir as relações de trabalho em todos os seus aspectos :

Artigo 1º: As « políticas e práticas de emprego » comportam nomeadamente mas não exclusivamente:

- (a) os procedimentos e anúncios de recrutamento e os critérios de selecção ;*
- (b) as nomeações e os procedimentos de nomeação ;*
- (c) a classificação dos empregos ou dos cargos ;*
- (d) a remuneração, os subsídios e as vantagens, os termos e as condições de contratação ;*
- (e) as afectações de posto;*
- (f) o ambiente e os equipamentos de trabalho ;*
- (g) a formação e o desenvolvimento ;*
- (h) os sistemas de avaliação das performances ;*
- (i) a promoção ;*
- (j) as transferências ;*
- (k) a retrogradação ;*
- (l) as medidas disciplinares que não sejam o despedimento, e o*
- (m) despedimento.*

É interessante observar que o Código de boa prática sul-africano publicado em 2000 baseado nesta lei e na *Labour Relations Act*³⁷ (lei das relações de trabalho) amplia este campo de aplicação ao referenciar-se «à saúde e à segurança no local de trabalho ».

É então evidente que o princípio de não-discriminação deve constituir a regra na maior parte possível de actividades vinculadas ao trabalho, que se trate do recrutamento, da formação e da promoção, da manutenção de um trabalhador na empresa ou da estipulação dos termos e condições de contratação. Os legisladores empenhados na promoção desta noção em todos os aspectos da vida profissional devem voltar toda a sua atenção à definição dos termos « emprego » e « trabalho », caso contrário correrão o risco de ver todos estes esforços realizados em vão.

O termo « ocupação » é em geral definido como a actividade profissional, a actividade comercial ou o tipo de trabalho exercido por uma pessoa independentemente da sua situação profissional ou do sector de actividade em questão. Esta parte da população activa agrupa todos os trabalhadores, desde os agricultores até os artesãos, ao passar pelas profissões jurídicas (uma heterogeneidade que se traduz através da grande diversidade das condições de acesso a estas profissões e práticas em matéria de defesa do princípio de não discriminação).

³⁶ N° 55, 1998.

³⁷ N° 66, 1995, publicado no Jornal oficial *Official Gazette* n° 16861 de 13 de Dezembro de 1995.

Campo de aplicação

Em geral, a legislação do trabalho aplica-se mais aos « assalariados » do que aos « trabalhadores ». É também importante salientar que as directivas práticas do BIT e as normas internacionais do trabalho destinam-se a todos os trabalhadores e trabalhadoras, independentemente do seu local de trabalho ou do seu estado contratual. Todavia, é evidente que em muitos países, a legislação do trabalho só se interessa à economia formal.

De acordo com as indicações do director geral da OIT, em 1999, no seu relatório aquando da Conferência internacional do trabalho:

A OIT, devido às suas origens, interessou-se principalmente às necessidades dos assalariados – na maioria homens - que trabalham em empresas de tipo clássico. Mas isto representa apenas uma parte do seu mandato e uma parcela do mundo do trabalho. Quase todo mundo trabalha, mas isto não significa que todos têm um empregador. Além disso, há muitas pessoas sobrecarregadas de trabalho e também muitos desempregados. A OIT não deve ocupar-se apenas do mercado do trabalho oficial mas também dos assalariados não protegidos, dos trabalhadores independentes, dos trabalhadores a domicílio. Todos os que trabalham têm direitos ao trabalho. A Constituição da OIT tem por objectivo um melhoria das « condições de trabalho », que a mão-de-obra seja ou não organizada e que ela trabalhe no sector formal, no sector informal, a domicílio, em uma colectividade ou ainda no sector associativo.

O problema é que mesmo quando a legislação e os códigos do trabalho são declarados aplicáveis no âmbito da economia informal, as instâncias jurídicas e os magistrados fazem raramente com que sejam respeitados. Os governos devem esforçar-se em garantir a mais ampla aplicação possível das legislações que abrangem o VIH/SIDA, nomeadamente na economia informal.

Um exemplo de extensão da abrangência da legislação aos grupos de trabalhadores que são habitualmente excluídos da legislação é fornecido pelo VIH/SIDA Act n° 5 de Moçambique :

Artigo 3° (campo de aplicação) : Esta lei refere-se a todas as formas de discriminação e aplica-se a todos os trabalhadores e candidatos ao emprego dos sectores público e privado, inclusive os trabalhadores domésticos.

Capítulo IV – Finalidade da legislação

As disposições abaixo mencionadas são introduzidas por um texto claro que explica a finalidade da lei. Esta finalidade, em algumas práticas parlamentares, consta no título completo ou no preâmbulo da lei, em seguida ela é repetida no texto ; em outras práticas, ela é o objecto de uma disposição inicial distinta. A exaustividade da declaração de intenção, muito mais do que uma simples característica estilística, contém preciosos esclarecimentos sobre o problema que a legislação se propõe tratar. Quando o objecto da lei abrange múltiplos aspectos, as disposições que seguem são às vezes muito longas. Em compensação, se é unicamente coberta a questão do VIH/SIDA, o texto é em geral muito sucinto e faz referências a outras leis e regulamentações que oferecem uma visão completa da legislação e da protecção oferecida.

O título completo da lei filipina oferece um exemplo do primeiro estilo redaccional exposto a seguir :

Lei que promulga uma política sobre o VIH/SIDA e prescreve medidas de prevenção e controlo do VIH/SIDA nas Filipinas, instituindo um programa de informação e de formação sobre o VIH/SIDA à escala nacional, estabelecendo um sistema global de vigilância do VIH/SIDA e consolidando o Conselho nacional filipino de luta contra a sida e outras calamidades.

Este preâmbulo é acompanhado de um comentário bastante longo respeitante à finalidade da lei:

Artigo 2º : Declaração de política – A síndrome de imunodeficiência humana (sida) é uma doença que não conhece qualquer fronteira territorial, social, política e económica, e que não deixa qualquer possibilidade de cura. A grave ameaça que ela representa exige que o Estado adopte com emergência todas as medidas enérgicas. Para tal :

- (a) o Estado deve reforçar a sensibilização da opinião pública às causas, aos modos de prevenção e controlo do VIH/SIDA ao apoiar-se em uma campanha nacional de educação e informação, ao assegurar a sua organização e o seu acompanhamento. A campanha deve promover uma formação de qualidade, adoptar uma abordagem científica, considerar a família como a entidade social de base e ser feita em todos os estabelecimentos escolares, centros de formação, locais de trabalho e comunidades. As pessoas e grupos afectados, inclusive as pessoas que vivem com o VIH/SIDA, devem participar neste programa.*
- (b) O Estado deve garantir a qualquer pessoa verdadeira ou supostamente infectada com o VIH/SIDA, a plena e inteira protecção dos direitos humanos e das liberdades civis.*

Para tal :

- (1) O rastreio obrigatório do VIH é considerado como ilegal, excepto nas condições especificadas pela presente lei ;*
- (2) O direito das pessoas seropositivas ao respeito da vida privada deve ser garantido ;*
- (3) A discriminação, sob todas as suas formas e subtilezas, exercida contra pessoas verdadeira ou supostamente contaminadas com o VIH, deve ser considerada como um acto que prejudica o interesse destas pessoas e da nação; e*
- (4) Serviços médicos e sociais de base devem ser garantidos às pessoas seropositivas ;*
- (c) O Estado deve promover a aplicação mais vasta possível das precauções universais de segurança no momento em que as práticas e os procedimentos utilizados apresentam um risco de transmissão do VIH ;*
- (d) O Estado deve efectivamente lutar contra os factores que favorecem a propagação do VIH para erradicá-los, ao incluir, de modo não restritivo, a pobreza, as desigualdades*

entre homens e mulheres, a promoção, a marginalização, o consumo de drogas e a ignorância.

- (e) *O Estado deve reconhecer o papel potencial que podem desempenhar as pessoas afectadas, para difundir as informações e mensagens educativas fundamentais sobre o VIH/SIDA, e deveria explorar a sua experiência para alertar a população contra os perigos da doença.*

Na Guatemala, a lei de prevenção do VIH/SIDA e de promoção e defesa dos direitos do homem em relação ao VIH/SIDA (*General Act to Fight VIH/SIDA and Promote, Protect and Defend Human Rights in the Face of VIH/SIDA*)³⁸ fornece um exemplo de declaração mais breve:

Objecto e campo de aplicação da lei

Artigo 1º : A infecção pelo VIH (vírus da imunodeficiência humana)/SIDA (síndrome da imunodeficiência adquirida) constitui um problema social que acarreta uma situação de emergência nacional.

³⁸ Decreto No. 27-2000-06-26 de 2000.

Capítulo V – O princípio fundamental de não-discriminação

Um dos alicerces do Repertório de recomendações práticas do BIT é o direito de cada um a não sofrer qualquer tipo de discriminação fundado na seropositividade, seja ela verdadeira ou suposta³⁹. A discriminação, sejam quais forem os seus critérios, é contrária aos princípios de dignidade no trabalho. Todavia, quando ela visa pessoas seropositivas ou supostas serem positivas, ela é ainda mais perigosa uma vez que obriga as vítimas da epidemia à clandestinidade, arruinando os esforços de prevenção: as pessoas não ousam mais se informar para saber se foram contaminadas, hesitam em se tratar ou temem parar as suas práticas a risco, receosas de provocar, com estas atitudes, a suspeita da sua eventual seropositividade.

Na maior parte dos países que adoptaram uma legislação sobre a SIDA, este princípio fundamental é enunciado nas primeiras linhas do texto da lei. Inúmeros textos comportam igualmente uma declaração especificando que a lei em questão depende de uma abordagem fundada nos direitos e nomeadamente nos Direitos do homem. Outros textos mencionam explicitamente a dimensão de género da epidemia e abrangem disposições que visam especialmente a protecção das mulheres contra a discriminação.

A convenção n° 111 da OIT serviria de modelo a um número importante de textos. A formulação do artigo 1° é frequentemente recuperada, mas ela acrescenta a expressão « seropositividade verdadeira ou suposta ».

A lei *Employment Act*⁴⁰ das Bahamas é um bom exemplo deste caso :

Artigo 6° : Não-discriminação e salário igual para trabalho igual.

É proibido a qualquer empregador e a qualquer pessoa que actue em seu nome, exercer contra um trabalhador uma discriminação fundada na raça, cor, sexo, situação matrimonial, opiniões políticas ou o estado de VIH :

(a) ao recusar-lhe um emprego, oportunidades de progressão ou formação, ou outras vantagens, ao despedi-lo ou ao infligir-lhe outras dificuldades unicamente em razão do critério de sua raça, cor, sexo, situação matrimonial, opiniões políticas ou seropositividade ;

(b) ao pagar-lhe um salário inferior àquele recebido pelos seus colegas que efectuem sensivelmente um trabalho idêntico ou um trabalho de igual valor realizado no mesmo estabelecimento, ou um trabalho que exija sensivelmente as mesmas competências, os mesmos esforços e a mesma responsabilidade, e nas mesmas condições de trabalho, excepto no caso de remuneração fundada na antiguidade, mérito, volume de negócios, quantidade ou qualidade produzida ou qualquer outro critério que não seja a raça, a cor, o sexo, a situação matrimonial, as opiniões políticas ou o estado VIH ;

(c) ao realizar despistagens de VIH/SIDA antes da contratação: na medida em que o presente artigo não contradiga o texto de uma outra lei ou os termos de um contrato que estipule uma idade de reforma.

³⁹ Parágrafo 4.2 do Repertório de recomendações práticas do BIT sobre o VIH/SIDA e o local de trabalho : « Segundo o princípio do trabalho decente e o respeito dos direitos do homem e da dignidade das pessoas infectadas com o VIH ou doentes da SIDA, os trabalhadores não deveriam ser discriminados por causa do seu estado VIH, seja ele verdadeiro ou suposto. A discriminação e a estigmatização das pessoas que vivem com o VIH/SIDA entravam os esforços de prevenção do VIH/SIDA. »

⁴⁰ N° 27, 2001, publicada no Jornal oficial *Official Gazette* de 31 de Dezembro de 2001.

Não-discriminação no contexto das viagens

O presente documento não tem por objecto fornecer orientações políticas respeitantes à legislação sobre a imigração. Todavia, um determinado número de leis do trabalho que tratam da questão do VIH/SIDA comporta igualmente disposições e medidas de protecção a favor de pessoas que viajam ao exterior no âmbito do seu trabalho ou de seus estudos. Por causa da ignorância e do medo da contaminação, foram impostas várias restrições às deslocações e migrações por motivos profissionais, escolares ou universitários. Em 2002, o departamento de estado americano publicou uma lista dos 60 países cujos nacionais são obrigados, em várias circunstâncias, a submeter-se a um teste de rastreio do VIH antes de penetrar no território dos Estados Unidos.⁴¹

Em alguns países, as leis relativas ao VIH/SIDA exigem que os estrangeiros declarem o seu estado VIH no momento de sua entrada no solo nacional. Resta a provar que esta abordagem seja o melhor meio de prevenir o estigma do qual são vítimas os portadores do vírus. No Vietname, a portaria atinente à prevenção e à luta contra a infecção pelo VIH/SIDA⁴² inclui a seguinte disposição :

Artigo 19º : Qualquer pessoa estrangeira infectada pelo VIH/SIDA deve declará-lo assim que ela penetra no solo vietnamita. O procedimento de declaração será o objecto de uma directiva oficial.

Outros países, fiéis ao espírito de sua legislação relativa ao VIH/SIDA, enunciam claramente que a não-discriminação deve ser igualmente aplicada à livre circulação de pessoas dentro do território nacional e fora dele. A lei cambojana⁴³, por exemplo, comporta um texto específico que proíbe a discriminação no mundo do trabalho mas que completa este último pela lista de todos os outros campos em que esta discriminação é proscrita (acesso aos estabelecimentos escolares e universitários, aos postos da administração e dos serviços públicos, aos serviços financeiros e da saúde, etc.). Esta lei inclui igualmente uma disposição que proíbe as práticas que visam o isolamento dos portadores do VIH e a restrição das suas deslocações :

Artigo 38º: Qualquer pessoa que vive com o VIH/SIDA deve dispor de seus plenos direitos em termos de livre escolha de residência. Ninguém poderá ser afastado ou isolado, ou ser impedido de entrar ou viajar no país, ou excluído, devido à sua seropositividade verdadeira ou suposta, ou a dos membros de sua família.

⁴¹ www.travel.state.gov/VIHtestingreqs.

⁴² De 31 de Maio de 1995, publicada no Jornal oficial *Official Gazette* n° 17 de 15 de Setembro de 1995.

⁴³ De 8 de Dezembro de 2002, adoptada pela Assembleia nacional no dia 14 de Junho de 2002 e pelo Senado no dia 10 de Julho de 2002.

Capítulo VI – Critérios de discriminação proibidos

Assim como foi dito anteriormente, a convenção nº 111 enumera sete critérios de discriminação, contudo o VIH/SIDA não faz parte dos mesmos. Foram propostas, em inúmeros foros da OIT, sugestões para ampliar a protecção garantida por esta convenção. Nestas discussões, a discriminação por motivo de VIH/SIDA é relacionado ao « estado de saúde ».

Quando os primeiros casos de SIDA apareceram, no início dos anos 80, a maior parte dos países possuía no seu conjunto de textos, diversas leis sobre as doenças transmissíveis. O clima de ignorância e medo que predominava então fez com que este instrumento de saúde pública fosse frequentemente empregado para abordar o problema do VIH/SIDA de modo global e no local de trabalho, numa época em que ainda se acreditava em um contágio possível. A abordagem legislativa mais frequente consistia em exigir das pessoas infectadas pelo VIH que elas declarassem esta situação junto às autoridades. O facto de contabilizar os casos é com certeza útil quando se trata de medir a extensão da epidemia. Todavia, com estas primeiras leis e medidas de vigilância da saúde pública, o respeito do sigilo não era sempre garantido. Estas leis de declaração obrigatória, pressionadas cada vez mais pela opinião pública que reclamava um maior sigilo e uma melhor protecção dos direitos e da dignidade das pessoas que vivem com o VIH/SIDA, foram finalmente emendadas. Contudo, até 1997, a OMS ainda assinalava centenas de leis que obrigavam esta declaração.

O VIH como verdadeiro critério

Existem inúmeros exemplos, nomeadamente na África subsaariana, de leis do trabalho ou de leis dedicadas ao VIH que proíbem a discriminação fundada sobre a seropositividade suposta ou verdadeira. Algumas datam do fim dos anos 80 mas outras foram adoptadas nestes últimos anos.

Em 1998, a Regulamentação sobre as relações de trabalho (VIH e SIDA)⁴⁴ de Zimbabwe proíbe a discriminação no local de trabalho. No espírito desta lei, é proibido o rastreio não voluntário, e exigida uma vasta difusão da nova regulamentação e são previstas sanções severas contra os empregadores que não a respeitam. A decisão de impor sanções pesadas (tais como a prisão) provocou controvérsias : por um lado, ela mostra que o governo está determinado a actuar mas, por outro lado, ela poderia suscitar a hostilidade dos empregadores em vez de encorajá-los a cooperar.

Na Namíbia, o Código nacional sobre o VIH/SIDA e o local de trabalho⁴⁵ e as directivas que o acompanham oferecem uma protecção contra a vitimização e a estigmatização. Da mesma forma que a regulamentação zimbabuana, este código condena o rastreio não voluntário mas não é acompanhado de qualquer disposição respeitante à sua aplicação.

⁴⁴ Suplemento do Jornal oficial *Government Gazette*, 14 de Agosto de 1998. A lei principal foi emendada em 2002.

⁴⁵ Nota administrativa nº 78, publicada no Jornal oficial *Government Gazette* de 3 de Abril de 1998.

A *Employment Equity Act*⁴⁶ sul-africana de 1998 proíbe a discriminação fundada na seropositividade e o rastreio não voluntário (excepto autorização especial do tribunal do trabalho). Compete ao empregador a responsabilidade de provar o fundamento do rastreio. Em todos os procedimentos legais em que as alegações de discriminação são contra um empregador, este último deve provar a legitimidade desta discriminação. No caso de violação destas disposições, a lei prevê penalidades financeiras vultosas.

Nas Filipinas, a *SIDA Prevention and Control Act* de 1988 estipula que « o Estado deve assegurar a qualquer pessoa verdadeira ou supostamente infectada pelo VIH/SIDA, plena e total protecção dos direitos humanos e das liberdades civis. » Esta lei proíbe o rastreio obrigatório, a discriminação « sob todas as suas formas e subtilezas » e o despedimento fundado sobre a seropositividade verdadeira ou suposta. A aplicação desta lei exigiu a acção coordenada de vários ministérios e departamentos no âmbito da educação e da informação, a adopção de práticas de procedimentos sem perigo, o desenvolvimento do rastreio voluntário, a criação de serviços de rastreio, aconselhamento e acompanhamento, bem como a de um conselho nacional de luta contra a SIDA dotado de um orçamento consequente. A lei prevê também uma formação sobre os meios de existência bem como programas cooperativos de entreaajuda para as pessoas que vivem com o VIH/SIDA, para permitir, se possível, a estas pessoas continuar a assegurar a sua própria subsistência. As sanções por motivo de violação desta legislação incluem as penas de prisão (seis meses a quatro anos), coimas e a revogação de alvarás.

O estado de saúde

A fim de tratar o problema do VIH/SIDA, vários países recorreram às disposições existentes em matéria de proibição da discriminação fundada no estado de saúde. O conselho de administração da OIT descreve assim esta abordagem :⁴⁷

O estado de saúde não deveria ser um motivo aceitável de recusar um emprego ou de despedimento, na ausência de uma relação muito rigorosa entre o estado de saúde actual do trabalhador e as exigências profissionais normais requeridas para exercer um determinado emprego. Foram adoptados diversos tipos de medidas a este respeito, de acordo com os países. Certas medidas dizem respeito ao estado de saúde em geral, ao tomar em conta o facto de que um dos problemas actuais ligados ao estado de saúde é a discriminação dos trabalhadores infectados pelo VIH ou doentes da SIDA. Os países que adoptaram disposições sobre este tema consideram que uma definição das discriminações ilícitas resultantes do estado VIH de uma pessoa deveria ser a mais ampla possível e universal. Uma tal definição deveria abarcar tanto as discriminações contra seropositivos sintomáticos como as relacionadas aos seropositivos assintomáticos, tal como as discriminações fundadas somente na suspeita de que uma determinada pessoa poderia ser seropositiva, por pertencer a uma categoria de pessoas chamadas “a risco”, ou devido às suas relações com uma pessoa seropositiva. Mais de 15 países inscreveram na sua legislação disposições que proíbem qualquer tipo de discriminação fundada no estado de saúde e que protegem também as pessoas infectadas com o VIH ou doentes da SIDA, dentre eles os seguintes países: África do Sul, Colômbia, Costa Rica, Equador, Finlândia, França, Hong Kong, Itália, Nova Zelândia, Filipinas, Portugal, Tailândia e Zimbábue. Vários Estados-Membros inserem as pessoas infectadas com o VIH/SIDA na categoria de pessoas deficientes, por exemplo, Austrália, Canadá e Reino Unido. Uma tal disposição seria conforme o Repertório de recomendações práticas do BIT sobre o VIH/SIDA e o mundo do trabalho adoptado recentemente.

⁴⁶ Lei n° 55 de 1998 e Código de boa conduta estabelecido sob esta lei como Nota n° R. 1298 no Jornal oficial *Government Gazette* de 1° de Dezembro de 2000.

⁴⁷ Documento do Conselho de Administração GB.285/2, op.cit., parágrafo. 26.

Em 1995, Hong Kong (região administrativa especial da China) publicou o *Disability Discrimination Ordinance*, um decreto que proíbe a discriminação contra as pessoas deficientes. Esta portaria diz respeito à abordagem mais antiga fundada no estado de saúde e na necessidade de conter as epidemias. Todavia, ela inclui uma disposição interessante que traduz a realidade médica no tocante aos riscos de propagação do vírus:

Artigo 61(1) : Ressalvado o parágrafo (2), nenhuma parte do conteúdo da presente portaria aplicar-se-á a uma pessoa que discrimine uma outra pessoa sofrendo de uma deficiência caso :

a deficiência em questão seja uma doença infecciosa ; e se

o acto discriminatório seja razoavelmente necessário para a protecção da saúde pública.

(2) Para excluir qualquer possibilidade de dúvida, o presente artigo declara que o parágrafo (1) não se aplicaria, de modo algum, a uma pessoa infectada pelo VIH ou afectada pela síndrome de imunodeficiência humana (conhecido com o nome de SIDA) pela simples razão que esta pessoa se encontre neste estado de saúde.

Deficiência

Ao passo que o reconhecimento da epidemia como uma questão dependente dos direitos do homem ganhava aos poucos terreno, a legislação sobre a deficiência (e nomeadamente a proibição da discriminação fundada na seropositividade) constituía a principal protecção das pessoas vivendo com o VIH.⁴⁸ As leis recentes sobre a deficiência visam a protecção destas pessoas contra a discriminação e o máximo possível de garantia na sua inserção no mundo do trabalho e na sociedade em geral. A fim de garantir a igualdade de tratamento, estas leis abarcam frequentemente disposições detalhadas que obrigam os empregadores a tomar medidas de « adaptação razoável » no que diz respeito ao ambiente de trabalho, à organização, aos horários ou ao planeamento das tarefas. Tais medidas permitem às pessoas que padecem de uma deficiência, permanecer no trabalho durante o tempo mais longo possível, o que apresenta uma dupla vantagem: a pressão sobre os órgãos de protecção social é reduzida e os indivíduos interessados podem assim viver dignamente. Estas leis são nomeadamente úteis quando uma pessoa desenvolveu alguns sintomas do VIH mas continua a ser apta a efectuar um trabalho. Todavia, o legislador zelar pela definição do termo « deficiência » e definir os direitos e obrigações que lhe são vinculados aos termos destas leis. Se esta definição for muito vaga, a sua interpretação restritiva por um tribunal ou um foro poderia tornar a decisão final imprecisa (ver acima os exemplos de casos em que está implicado o exército). Por exemplo, ao passo que a maior parte dos tribunais dos Estados Unidos reconheceu que o VIH representava uma deficiência em si, uma recente portaria do Supremo tribunal⁴⁹ interpretou de modo restritivo a lei em questão. O queixoso, para beneficiar da protecção da lei federal, deverá doravante provar que a infecção pelo VIH limita de modo importante uma actividade essencial da sua vida, única condição para que esta infecção seja reconhecida como uma deficiência. Esta decisão enfraquece consideravelmente a protecção fornecida pela lei federal às pessoas seropositivas assintomáticas.

⁴⁸ Trata-se da conclusão de um estudo americano intitulado *Legal protections against VIH-related discrimination in the USA : A 50-state analysis*, por B. Schatz ; este resumo foi apresentado na Conferência internacional sobre a SIDA, nos dias 4 e 9 de Junho de 1989.

⁴⁹ Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, c. contra Williams (Nº 00-189, 8 de Janeiro de 2002) [2002] SCT-QL5.

Apesar desta decisão do Supremo Tribunal, a *Americans with Disabilities Act* (lei sobre os Americanos que sofrem de uma deficiência) estabelecida em 1990 mas vigente desde 1994, representa um verdadeiro progresso em matéria de prevenção do VIH no tocante ao local de trabalho e à protecção. Os assalariados, a fim de beneficiar das vantagens que esta lei proporciona, devem declarar a sua deficiência (e por conseguinte a sua seropositividade) ao seu empregador. A lei comporta disposições que limitam o risco de estigmatização que lhes é imputado. Os trabalhadores e trabalhadoras que vivem com o VIH/SIDA devem ser reconhecidos como « também qualificados », isto é, aptos a cumprir as tarefas ligadas à sua função, com ou sem adaptação do seu local de trabalho. De facto, a lei obriga os empregadores a tomar, consoante os seus meios, medidas de « adaptação razoáveis » a favor das pessoas deficientes. Entre estas medidas, citemos a reorganização do trabalho, a mudança de afectação, a adaptação do equipamento e das ferramentas, a modificação dos módulos de exame e formação, a flexibilidade dos horários e a concessão de licenças suplementares por motivo de doença. Os doentes graves impossibilitados de preencher as suas funções são cobertos pelo sistema de segurança social ou o seguro de invalidez privado do empregador.

Neste aspecto, a abordagem adoptada na *Rehabilitation Act* americana de 1973 (alterada em 1974 e em 1978) é interessante:

O termo « deficiência » , aplicado a uma pessoa, significa :

(1)(i) uma deficiência corporal ou mental que limita substancialmente a realização de uma ou várias actividades principais da vida desta pessoa; o facto de ser considerado como portador de uma tal deficiência...

(ii) a expressão « deficiência corporal ou mental » abrange nomeadamente mas não exclusivamente as doenças e estados contagiosos ou não contagiosos, tais como afecções ortopédicas, distúrbios da visão, da audição e da palavra, paralisia cerebral, epilepsia, distrofia muscular, esclerose múltipla, cancro, doenças cardíacas, diabetes, atraso mental, doenças emocionais, distúrbios específicos da aprendizagem, VIH (seja este sintomático ou assintomático), tuberculose, toxicomania e alcoolismo...

(2) a expressão « actividades principais da vida » abrange as actividades tais como cuidar-se, cumprir tarefas manuais, andar, ouvir, falar, respirar, aprender e trabalhar. [não sublinhado no original]

A abordagem adoptada por Hong Kong fornece um outro exemplo. A DDO ou *Disability Discrimination Ordinance* (DDO) de 1995, proíbe a discriminação, o assédio ou descrédito fundado na deficiência em diversos domínios e, nomeadamente, em tudo o que abrange o emprego e a formação. A definição da deficiência inclui « a presença no organismo de um corpo estrangeiro que ocasionou ou capaz de ocasionar uma doença ». O VIH/SIDA (inclusive assintomático) entra no âmbito desta definição. A protecção contra a discriminação estende-se aos parentes da pessoa infectada tais como o cônjuge ou o concubino, os membros da família, ao pessoal de assistência ou seus parceiros nas actividades tais como o desporto, os lazeres ou a vida profissional. A portaria DDO proíbe que um empregador despeça um assalariado por causa da sua seropositividade. Ele deve primeiramente determinar se esta pessoa é capaz de cumprir as tarefas ligadas à sua função. Se isto for possível, ele deve ademais ajudar este empregado a cumprir o seu trabalho ao tomar as medidas de adaptação e protegê-lo contra qualquer assédio ou descrédito. As reclamações podem ser enviadas à *Equal Opportunities Commission* (Comissão para a igualdade das oportunidades) que realiza então um inquérito e trata de conseguir uma conciliação. Se esta atitude não der resultado, o caso pode ser apresentado perante um tribunal. Além disso, a comissão para a igualdade das oportunidades ajuda os queixosos a reivindicar os seus direitos, nomeadamente ao prestar-lhes uma assistência jurídica. A adopção da DDO foi acompanhada da publicação de um código de boas práticas em matéria de emprego. Este código propõe-se ajudar os empregadores e os assalariados a melhor delimitar as suas responsabilidades respectivas e fornece conselhos quanto às práticas e aos procedimentos mais eficazes para lutar contra a discriminação e

outros actos repreensíveis no local de trabalho. Este código dá a seguinte definição de deficiência:

Deficiência física, intelectual, mental, sensorial, neurológica ou distúrbios da aprendizagem. Esta definição também abrange a desfiguração física, as doenças crónicas e a presença no organismo de um agente infeccioso (tal como o VIH).

Na Grã-Bretanha, a *Disability Discrimination Act* (DDA), adoptada em 1995, proíbe a discriminação fundada na deficiência contra um empregado ou um candidato a um emprego, em todos os aspectos da vida profissional. A definição da deficiência inclui explicitamente o VIH/SIDA. Todavia, ela só cobre esta doença na sua fase sintomática. A rainha anunciou, aquando do seu discurso no Parlamento no dia 26 de Novembro de 2003, uma emenda da DDA que cobre o VIH a partir do momento em que este é diagnosticado. Esta lei, que só se aplica às sociedades que empregam pelo menos 15 pessoas, proíbe o despedimento de um empregado por causa da sua seropositividade. Ela solicita igualmente aos empregadores que tomem as medidas de « adaptação racional » para ajudar as pessoas que sofrem do VIH/SIDA ou de uma outra deficiência, a continuar a trabalhar. Estas adaptações podem consistir em mudar o tempo de organização do trabalho do empregado, permitir-lhe ausentar-se durante as horas de trabalho para ir até às suas sessões de tratamento ou de readaptação, aliviá-lo de uma parte de suas tarefas ou colocá-lo em uma outra ocupação. Os empregadores são responsáveis pelos actos de discriminações cometidos pelos seus assalariados, inclusive se estes actos são feitos sem a sua aprovação ou sem que sejam informados de tais actos, excepto se eles podem provar que todas as « medidas razoáveis » para impedir tais actos foram tomadas (por exemplo, regulamentos internos que proíbem a discriminação ou a organização, na empresa, de sessões de informação consagradas a este problema). As queixas podem ser enviadas a um tribunal do trabalho habilitado a consentir indemnidades por prejuízo moral, perdas de receitas ou outros prejuízos. Este tribunal pode também ordenar medidas razoáveis que visam a evitar ou reduzir os factores que favorecem tais prejuízos. A DDA, ao não tomar em conta os problemas que puderam ocasionar a definição do termo « deficiência », distinguiu-se como um elemento eficaz para a ajuda das pessoas que vivem com o VIH/SIDA na defesa dos seus direitos em matéria de emprego⁵⁰.

Na Nova Zelândia, a *Human Rights Act*, lei dos direitos do homem promulgada em 1993, é um outro exemplo original de texto que abrange a invalidez ligada a um vírus, embora o VIH não seja aí explicitamente mencionado :⁵¹

Artigo 21º : Critérios de discriminação proibidos.

(1) A presente lei proíbe os seguintes critérios de discriminação : ... (h) a deficiência, cuja definição inclui... (viii) a presença de um agente infeccioso no organismo.

Grupos marginalizados ou desfavorecidos

Na Roménia, o artigo 2º da *Emergency Ordinance No. 137/2000 on Preventing and Punishing All Forms of Discrimination*⁵², portaria destinada a prevenir toda forma de discriminação, proíbe a discriminação por motivo de « pertencer a uma categoria desfavorecida ». A expressão « categoria desfavorecida » é, por sua vez, definida como

⁵⁰ S. Deutz, S. Pitt, L. Joseet na revista *Canadian VIH/SIDA Policy and Law Review*, vol. 5, Número 2/3, Ottawa, primavera/verão de 2000.

⁵¹ N° 82 de 10 de Agosto de 1993.

⁵² Janeiro de 2002

« categoria colocada em uma posição de desigualdade em relação à maior parte da população, devido à origem social ou à deficiência dos seus membros, ou pessoas confrontadas com a rejeição ou a marginalização por motivos específicos, como a infecção pelo VIH/SIDA ». Em matéria de igualdade das oportunidades, a portaria proíbe a discriminação em certos âmbitos como a conclusão, a suspensão ou a modificação dos contratos de trabalho, a remuneração e os incentivos sociais, a formação e a promoção.

Capítulo VII – Condições de emprego

Condições gerais

A expressão « condições de emprego » é claramente definida no texto da recomendação nº 111 relativa à discriminação no trabalho :

A promoção do indivíduo consoante as suas qualidades pessoais, a sua experiência, as suas aptidões e o seu empenho no trabalho ; a segurança do emprego ; a remuneração para um trabalho de valor idêntico; as condições de trabalho, inclusive a duração do trabalho, os períodos de descanso, as férias pagas anuais, as medidas de segurança e higiene do trabalho, bem como as medidas de segurança social e os serviços sociais e as prestações sociais relacionadas ao emprego.

Em Botswana, país sem qualquer lei específica sobre o VIH/SIDA no mundo do trabalho, uma « lei branda » (soft law) instaurada sob a égide da *Trade Disputes Act* (lei sobre os conflitos do trabalho) aborda esta questão. O *National Industrial Relations Code of Good Practice* (código de boas práticas nas relações profissionais), aprovado pelo *Botswana Labour Advisory Board* (Conselho consultivo do trabalho) no dia 23 de Agosto de 2002, contém as seguintes disposições :

12. O VIH/SIDA no local de trabalho

12.1 Face ao perigo que representa a propagação do VIH/SIDA e a dos outros vírus de doença infecciosa ou contagiosa, aconselha-se a todos os trabalhadores de cumprir as recomendações da política nacional sobre o VIH/SIDA e o mundo do trabalho.

12.2 Os empregadores, os trabalhadores e todos os quadros da empresa são convidados a respeitar as instruções do Code of Good Practice : VIH/SIDA and Employment (Código das boas práticas respeitantes ao VIH/SIDA e ao emprego).

Este Código apresenta em anexo um texto reservado à questão do VIH/SIDA no local de trabalho. Este texto examina sucessivamente um grande número de termos e condições de emprego.

Ambiente de trabalho sadio

Um ambiente de trabalho sadio é útil não somente aos interesses dos empregadores mais também dos assalariados. A prevenção e o tratamento das doenças profissionais causadas pela exposição ao VIH deveriam fazer parte dos critérios que definem um ambiente deste tipo. Criar um ambiente de trabalho sadio é criar um ambiente que garante o melhor estado de saúde físico e mental possível e permite adaptar o trabalho às possibilidades de cada um, de acordo com o seu estado de saúde física e mental. Isto também consiste eventualmente em tomar as medidas « de adaptação razoável » para ajudar as pessoas que vivem com o VIH/SIDA. Este princípio essencial é enunciado no Repertório de Recomendações práticas do BIT, no parágrafo 5.2 (h).

O Código botsuanês de boas práticas respeitantes ao VIH/SIDA e ao emprego, publicado em 2002, fornece uma lista completa das obrigações dos empregadores, dos assalariados e dos seus representantes, em matéria de segurança e saúde no local de trabalho :

7. Promover um ambiente de trabalho sadio em uma sociedade sã.

7.1 Qualquer empregador é obrigado a fornecer razoavelmente um ambiente protegido e sem risco para a saúde dos trabalhadores.

- 7.2 *No âmbito do seu compromisso em combater o VIH/SIDA em uma sociedade em geral, os empregadores, os assalariados e os sindicatos devem apoiar os programas de educação e de formação que visam reduzir os riscos ligados ao VIH/SIDA fora do local de trabalho e favorecer a divulgação de informações sobre os modos de transmissão do vírus. Estes riscos incluem os que resultam de contactos sexuais não protegidos ou contactos sexuais com múltiplos parceiros.*
- 7.3 *O risco de transmissão do VIH no local de trabalho é mínimo. Todavia, pode acontecer que o sangue seja derramado aquando de um acidente de trabalho, ou no exercício de uma profissão de saúde. Convém instaurar em cada local de trabalho regras que tomem em conta os seguintes elementos:*
- (1) O risco eventual de transmissão no local de trabalho para as pessoas que exerçam determinadas profissões ;*
 - (2) A necessidade de ministrar uma formação adequada relacionada às medidas de prevenção para reduzir o risco de transmissão do VIH no local de trabalho ou fora do trabalho ;*
 - (3) A necessidade de colocar à disposição do pessoal um equipamento e um material de protecção contra o risco de exposição ao VIH no local de trabalho;*
 - (4) As medidas a serem tomadas em caso de acidente de trabalho ;*
 - (5) O procedimento a ser aplicado pelo trabalhador para obter uma indemnização em caso de contaminação pelo vírus no exercício de sua profissão ;*
 - (6) A necessidade de assinalar quaisquer acidentes de trabalho; e*
 - (7) A necessidade de colocar um dispositivo de vigilância da exposição ao VIH para reunir as condições requeridas à obtenção de uma eventual indemnização.*

Despedimentos e segurança do emprego

Vários comentadores consideram que o despedimento é o principal efeito secundário da seropositividade no mundo do trabalho. A jurisprudência das duas últimas décadas é maioritariamente constituída por processos respeitantes a queixas por despedimento abusivo ligado à seropositividade. O Repertório de recomendações práticas do BIT, que estabelece a norma internacional para as decisões deste género, é perfeitamente explícito a este respeito: o despedimento fundado na seropositividade suposta ou verdadeira é estritamente proibido (princípio fundamental 4.5).

A lei filipina proscreve o despedimento na sua disposição geral sobre a discriminação no local de trabalho :

Artigo 35º: É proibida a discriminação, sob todas as suas formas, feita antes da candidatura a um emprego ou em curso de emprego (recrutamento, promoção ou afectação) em razão da seropositividade real ou suposta, de uma pessoa. O despedimento fundado na seropositividade, real ou suposta, é considerado como uma violação da legislação.

Em 1995, a comunidade caribenha (CARICOM) adoptou para os seus Estados-Membros um modelo de legislação do trabalho que comporta um artigo sobre o despedimento. Este texto menciona explicitamente o VIH entre os critérios ilícitos mas comporta uma disposição que trata do caso particular de algumas profissões de saúde :

Artigo 16º : Despedimento abusivo

Os motivos abaixo mencionados não são considerados como razões válidas de despedimento ou de aplicação de sanções disciplinares :...

(f) a seropositividade de um trabalhador, excepto se este trabalhador exerce uma profissão de saúde...

Em Botswana, o código de boas práticas respeitante ao VIH/SIDA e o emprego (2002) mostra como o jogo de referências cruzadas entre textos específicos e textos gerais possibilita a definição de uma norma geral explícita em matéria de despedimento :

Despedimento

7.1 Os trabalhadores contaminados com o VIH/SIDA não podem ser despedidos unicamente por causa da sua seropositividade.

7.2 Se um trabalhador está muito doente para continuar o seu trabalho, antes de despedir esta pessoa, o empregador deve respeitar as directivas consentidas em matéria de despedimento por incapacidade, consoante o estipulado na secção Despedimento, do Código de boas práticas.

O empregador deve, na medida do possível, garantir o respeito e a manutenção do direito do trabalhador ao sigilo do seu estado VIH durante a fase de incapacidade.

O Tribunal de Trabalho de Botswana, ao apoiar-se na convenção n° 158 da OIT, julgou que o despedimento de um trabalhador em período experimental, após a descoberta da sua seropositividade aquando de um teste de rastreio obrigatório, era abusivo no que diz respeito às regras e aos procedimentos.⁵³ Esta pessoa foi solicitada para passar um exame feito por um médico seleccionado e remunerado pela empresa. Todavia, como os resultados deste exame de aptidão profissional não forneciam qualquer indicação a respeito do seu estado VIH, o trabalhador recebeu alguns dias depois, uma carta pedindo-lhe que se submetesse a um teste de rastreio. Os juízes, conscientes de que não existia em Botswana qualquer texto com força de lei proibindo a discriminação ligada à seropositividade, compreenderam que não podiam fundar a sua decisão na política nacional em matéria de VIH/SIDA, uma vez que os tribunais de justiça são supostos aplicar a lei e não uma política. Em compensação, o Tribunal seguiu as recomendações desta política no tocante aos conselhos dados antes e após o rastreio, ao declarar abusivo e « cruel » o despedimento em 48 horas decidido pelo empregador por causa do resultado positivo do teste. O tribunal estatuiu da seguinte forma :

Os problemas éticos colocados no documento [relativo à política nacional em matéria de VIH/SIDA] são um apelo à consciência nacional. A incapacidade de tomar em consideração estes problemas só agrava o carácter abusivo do procedimento aplicado neste processo. Esta é a razão pela qual a lei [relativa ao emprego] solicita que o Tribunal tome em conta as circunstâncias no momento da avaliação da indemnização. O tratamento moralmente repreensível de um empregado é um factor agravante. Uma abordagem humana é sempre uma circunstância atenuante.

O Código de boas práticas em matéria de despedimento do Lesoto, publicado em aplicação da portaria *Labour Code Order* (código do trabalho) de 1992, fornece um outro exemplo de « soft law ». O artigo 3.5 (Incapacidade – doença ou acidente) inclui este parágrafo especial destinado a desencorajar os despedimentos :

Um trabalhador não pode, de modo algum, ser despedido unicamente por causa da sua seropositividade. As pessoas contaminadas pelo VIH devem continuar a trabalhar em condições normais durante todo o tempo que o seu estado de saúde permitir fazê-lo. Se um trabalhador não pode mais cumprir o seu trabalho normalmente por causa de uma doença ligada à sua contaminação pelo VIH, o empregador deve empenhar todos os seus esforços para encontrar-lhe uma outra tarefa sem prejudicar as vantagens beneficiadas por este trabalhador. Se o estado de saúde do trabalhador não mais lhe permitir exercer o seu trabalho, as disposições do presente Código, ou as eventuais convenções colectivas respeitantes à incapacidade por motivo de doença, devem ser aplicadas.

⁵³ R. Jimson c. Botswana Building Society, processo N° IC 35/03, audiência de 30 de Maio de 2003.

Rastreio e sigilo

Um dos principais temas de preocupação e confusão relacionados ao VIH/SIDA no mundo do trabalho é o do rastreio no momento da contratação e durante o emprego. E é nesta área da legislação do trabalho que se aprecia verdadeiramente o compromisso entre as exigências da saúde pública e o dever de não-discriminação.

O Repertório de recomendações práticas do BIT enuncia claramente que « não se deve exigir dos candidatos ao emprego ou das pessoas que ocupam um cargo, o rastreio do VIH/SIDA » (princípio fundamental 4.6) e dedica todo um capítulo ao rastreio. A directiva especifica que : « Nenhum rastreio do VIH deve ser praticado no local de trabalho, excepto nas três situações mencionadas no repertório. Isto é inútil e corre o risco de infringir os direitos fundamentais e a dignidade dos trabalhadores : de facto, os resultados do rastreio podem ser revelados e utilizados de modo abusivo, e a anuência dos trabalhadores pode não ser sempre totalmente livre ou fundada no conhecimento de todas as consequências ligadas ao rastreio. » As três situações que autorizam o rastreio no local de trabalho são as seguintes : no âmbito de uma vigilância epidemiológica, (contanto que seja anónima e efectuada em conformidade com os princípios éticos da investigação científica, da deontologia profissional e no respeito dos direitos individuais e de sigilo); em consequência de um risco de exposição a um material potencialmente infectado (sangue, líquidos orgânicos, tecidos humanos) no local de trabalho ; a pedido do trabalhador e com o seu consentimento avisado e por escrito, contanto que o rastreio seja efectuado por um pessoal qualificado em condições de sigilo absoluto, e que os conselhos sejam dados antes e após o teste.

O facto de forçar um indivíduo a fazer um exame médico é uma violação da vida privada e uma ameaça aos direitos do homem. Em 1988, no artigo 17º do Pacto internacional sobre os direitos económicos, sociais e culturais, a Comissão dos direitos do homem esclareceu a noção de direito da vida privada. Este artigo indica que a colecta de informações computadorizada, em bancos de dados ou em outros suportes, seja ela realizada por uma autoridade administrativa, uma pessoa privada ou uma empresa, deve ser enquadrada por uma lei, e que tais informações nunca devem ser utilizadas para fins contrários aos princípios do Pacto (nomeadamente a fins de discriminação em matéria de emprego)⁵⁴ Em 1992, a Organização mundial da saúde publicou a Declaração da consulta sobre o rastreio da infecção pelo VIH.⁵⁵ A directiva 6 revisada, publicada no âmbito da actualização das Directivas internacionais sobre o VIH/SIDA e os direitos do homem, trata do rastreio no artigo intitulado Implementação.⁵⁶ Em 2000, a ONUSIDA, que publicou recomendações a este respeito, difundiu informações práticas e técnicas respeitantes aos serviços de aconselhamento e de rastreio voluntário (CTV)⁵⁷. Estas informações salientam a necessidade de estabelecer uma legislação anti-discriminatória para proteger as pessoas que, na ausência de uma lei deste género, hesitam em submeter-se ao teste de rastreio. No

⁵⁴ Comentário geral nº 16, reproduzido na *Compilação de Comentários gerais e de Observações gerais pelos órgãos de acompanhamento dos tratados das Nações Unidas*, documento ONU, Genebra, HRI/GEN/1/Rev.2 de 29 de Março de 1996.

⁵⁵ OMS/GPA/INF/93.2, Genebra, 1992.

⁵⁶ Alto Comissariado das Nações Unidas para os direitos humanos/ONUSIDA : Directivas internacionais, Terceira Consulta sobre o VIH/SIDA e os direitos humanos, Genebra, 25-26 de Julho de 2002, p. 17.

⁵⁷ ONUSIDA : Consulta sobre o rastreio da infecção pelo VIH e o aconselhamento, Genebra, 1997 ; Colecção de boas práticas: actualização técnica sobre o aconselhamento e o rastreio voluntário, Genebra, Maio de 2000.

início dos anos 90, um estudo da OIT sobre o respeito da vida privada nas práticas profissionais revelou uma tendência mundial a condenar o rastreio não voluntário no local de trabalho.⁵⁸

No tocante aos procedimentos de rastreio reservados às profissões da saúde expostas aos riscos de infecção, a OIT e a OMS adoptaram em 1989⁵⁹ uma posição que abrange igualmente todos os aspectos médicos das medidas requeridas após uma exposição ao vírus. Entra também no âmbito destes aspectos, a necessidade de adaptar as condições de trabalho quando o estado de saúde do trabalhador ou o choque emocional sofrido o exigir. Esta abordagem é conforme à manutenção da relação de emprego, na medida em que a exposição ao VIH de uma pessoa exercendo uma profissão de saúde não constitui um motivo de despedimento. O repertório de recomendações do BIT fornece conselhos adaptados a quaisquer situações de exposição no local de trabalho e examina as precauções que podem ser tomadas (chamadas « precauções universais » ou « precauções-padrão »). A maior parte das leis sobre o VIH/SIDA prevê este risco, mas esta protecção é condicionada à solicitação, pelo empregador ou o trabalhador, do teste de rastreio. O código de boas práticas sul-africano abrange as seguintes disposições:

7.1.5 Rastreio autorizado

(a) Um empregador pode submeter a um teste de rastreio um empregado que o solicitou, nos seguintes casos :...

(ii) acidente de trabalho que acarretou um risco de exposição ao sangue ou outros fluídos do corpo humano.

A maior parte das leis gerais sobre o VIH/SIDA e algumas legislações do trabalho que abordam esta questão do VIH/SIDA no local de trabalho, comporta artigos dedicados ao problema do rastreio obrigatório ou voluntário. Um número importante destas leis limita-se em condenar o rastreio obrigatório, outras enunciam uma condenação geral acompanhada de uma lista de excepções. O número de excepções é uma boa indicação da posição do legislador perante a discriminação fundada na seropositividade.

A lei italiana de 1990 sobre as medidas de emergência de prevenção e de luta contra a SIDA⁶⁰ proíbe o rastreio obrigatório dos candidatos a um emprego ou das pessoas que ocupam um emprego, tanto no sector público como no sector privado, e prevê sanções penais pesadas em caso de infracção.

No Quénia, a lei sobre a prevenção e o controlo do VIH/SIDA (*VIH and AIDS Prevention and Control Act*⁶¹) proíbe o rastreio obrigatório, autoriza o rastreio voluntário e prevê o rastreio nos casos de crime sexual :

Artigo 13(3) : Não obstante as disposições do parágrafo (1), uma pessoa condenada por um delito de índole sexual consoante os termos do Capítulo XV do Código penal, poderá ser submetida a um rastreio obrigatório do VIH.

⁵⁸ *Conditions of Work Digest: Workers' privacy*, Part III Testing in the workplace, Vol.12, Genebra, 2/1993.

⁵⁹ *OMS/OIT : Report of the Consultation on action to be taken after occupational exposure of health care workers to VIH*, Genebra, 2-4 de Outubro de 1989.

⁶⁰ Lei n° 135 publicada no Jornal oficial *Official Gazette* 8 de Junho de 1990.

⁶¹ Publicada no Jornal oficial *Official Gazette Supplement No. 76* (Lei No. 22), Nairobi, 23 de Setembro de 2003.

A lei abrange igualmente os casos de doação de tecidos humanos:

“Artigo 14(2) : Não obstante as disposições do parágrafo (1) -

- (a) considera-se que qualquer pessoa desejosa de doar tecidos humanos, aceita submeter-se ao teste de rastreio do VIH requerido [Parte III – Práticas e procedimentos de segurança]*

Na África do sul, a lei sobre a igualdade das oportunidades no trabalho (*Employment Equity Act*) permite que um empregador submeta um trabalhador ao rastreio obrigatório, caso ele conseguir convencer o tribunal do trabalho de que semelhante teste é justificado:

Artigo 7(2) : O rastreio obrigatório do VIH é proibido, salvo nos casos em que o tribunal do trabalho decide que este teste é justificado, consoante os termos do artigo 50(4) da presente Lei...

Artigo 50(4) : Nos casos em que o Tribunal do trabalho decide que o rastreio obrigatório é justificado, em conformidade com os termos do artigo 7º, ele pode ordenar qualquer medida que considere como adequada nestas circunstâncias e, nomeadamente, impor condições que dizem respeito aos :

- (a) aconselhamento dados ao trabalhador submetido ao teste ;*
- (b) manutenção do sigilo ;*
- (c) período em que o rastreio é autorizado ; e*
- (d) a(s) categoria(s) de postos ou trabalhadores às quais se aplica a autorização de rastreio.*

O código de boas práticas publicado no âmbito desta lei fornece uma explicação desta ampla excepção:

7.1.1 : Nenhum empregador pode submeter um candidato a um emprego ou um trabalhador a passar um teste de rastreio obrigatório do VIH. Consoante as disposições da Lei sobre a igualdade das oportunidades no trabalho, os empregadores podem solicitar ao Tribunal do Trabalho a obtenção de uma autorização de rastreio...

7.1.6 : Qualquer teste, inclusive os testes autorizados e admitidos, deve ser realizado em conformidade com a política nacional de rastreio do VIH do Departamento de saúde, tal como definida pela Lei de política nacional para a saúde, n° 116 de 1990.

Em 2001, o tribunal do trabalho respondeu satisfatoriamente a vários empregadores que desejavam realizar o rastreio do VIH sem o consentimento dos seus trabalhadores. Em 2002, no decurso do depoimento no primeiro processo de envergadura apresentada perante este tribunal um trabalhador invoca o artigo 7(2). O processo que opôs Joy Mining Machinery, uma divisão de Harnischfeger (SA) (Pty) (Ltd), ao sindicato *National Union of Metalworkers of SA & Others*⁶², dizia respeito a um pedido de autorização de rastreio « voluntário » do VIH apresentado pela empresa. Esta última desejava testar os seus 800 trabalhadores para determinar a taxa de contaminação existente entre o pessoal e lutar de modo mais eficaz contra a pandemia. O Tribunal salientou que a formulação do artigo 7(2) não era « boa » na medida em que ela se referenciava ao artigo 50(4) que, por sua vez, autorizava o Tribunal nos casos em que podia provar que o rastreio era justificado. As disposições pormenorizadas do Código de boas práticas publicado em 2.000 também foram inúteis. O Tribunal anuiu ao pedido do empregador após verificação dos factos relatados por Joy Mining segundo os critérios dos seguintes dados : a necessidade real de rastreio, o objecto do rastreio, a preparação dos trabalhadores antes dos testes, uma participação verdadeiramente voluntária no rastreio apoiada no consentimento dado em conhecimento de causa, e os esforços empregados pela empresa em matéria de

⁶² (2002) 23 ILJ 391 (LC), 31 de Janeiro de 2002.

aconselhamento e sigilo. Com o intuito de facilitar a interpretação do artigo 7(2), elaborou-se uma lista para cobrir os nove pontos a tomar em conta :

- A proibição da discriminação abusiva ;
- A necessidade dos testes VIH ;
- O objecto do teste ;
- Os factos de índole médica ;
- As condições de contratação ;
- A política social ;
- A repartição equitativa das vantagens do pessoal ;
- As competências requeridas para o posto ; e
- A(s) categoria(s) de postos ou de trabalhadores em questão.

Mais tarde, em 2002, o Tribunal do trabalho devia adoptar uma abordagem diferente, em razão da prova que os testes previstos seriam voluntários e anónimos. O pedido do empregador, que se referia ao artigo 7(2) foi rejeitado. A causa desta rejeição foi que o rastreio anónimo e voluntário que ele desejava organizar para o seu pessoal não se inseria no âmbito das disposições deste artigo. Por conseguinte, ele não necessitava do consentimento de um tribunal de trabalho.⁶³ O Tribunal apoiou-se então no código de boas práticas de 2002 para sustentar a sua interpretação da lei segundo a qual o rastreio voluntário e anónimo (pretendido pela sociedade de reboque) seria possível sem a autorização prévia. Em uma portaria de 2003⁶⁴ respeitante a um processo semelhante, o Tribunal do trabalho decidiu novamente que não era necessário conceder autorização, uma vez que existia na empresa procedimentos que garantiam a livre participação dos trabalhadores, os quais davam o seu consentimento em pleno conhecimento de causa. O Tribunal, ao referir-se à Convenção n° 111 e ao Repertório de recomendações do BIT, deu uma interpretação restritiva do artigo 7(2) quanto aos motivos que fazem com que um tribunal do trabalho autorize o rastreio no local de trabalho.

Em 2001, em Salvador, um grupo de militantes pelos direitos das pessoas que vivem com o VIH depositou uma queixa perante o Supremo Tribunal do país (câmara constitucional) para contestar o artigo 16(d) da Lei n° 588 de 2001 atinente à prevenção e o controlo do VIH/SIDA.⁶⁵ Esta disposição incluía uma proibição geral dos testes obrigatórios mas autorizava, em caso de necessidade, os empregadores ou as autoridades administrativas, a impor testes aos trabalhadores a fim de verificar o seu estado de saúde. O artigo 16(d) foi revogado pela Assembleia legislativa de Salvador em Outubro de 2002.

Em 1988⁶⁶, O Conselho europeu dos ministros da saúde adoptou uma resolução sobre o VIH/SIDA no mundo do trabalho que se refere explicitamente à impraticabilidade do rastreio no local de trabalho :

As pessoas contaminadas pelo VIH ou doentes da SIDA não representam qualquer perigo para os seus colegas de trabalho. Por conseguinte, não há qualquer razão válida para impor testes de rastreio do vírus aos candidatos ao emprego. O rastreio do VIH/SIDA, inclusive se é

⁶³ Irvin & Johnson Ltd. c. Trawler and Line Fishing Union and Others (2003) 24 ILJ 565 (LC).

⁶⁴ PFG Building Glass (Pty) Ltd. c. Chemical Engineering, Pulp Paper Wood & Allied Workers Union and Others (2003) 24 ILJ 974 (LC).

⁶⁵ A lei No. 588, na sua versão alterada, foi publicada no Jornal oficial *Official Bulletin* N° 222 de 23 de Novembro de 2001.

⁶⁶ *Jornal oficial das comunidades europeias*, Vol. 32, N°. C.28, 3 de Fevereiro de 1989, p.1.

efectuado no âmbito dos exames de saúde normais da medicina do trabalho, constitui um meio inapropriado para combater a doença.

É interessante verificar que apesar dos esforços recentes da Comunidade europeia que visa ampliar a protecção contra a discriminação às áreas ainda não abrangidas pela legislação (tais como a deficiência e a orientação sexual)⁶⁷. Esta resolução de 1988 é, até hoje, a única « soft law » que abarca esta questão a nível europeu.

A portaria vietnamita adopta uma abordagem diferente, ao deixar somente ao pessoal médico a responsabilidade de aplicar ou não o teste. Todavia, uma lei que contém uma formulação tão vasta, inclusive quando visa a protecção da confidencialidade, corre o risco de dissuadir os trabalhadores a submeterem-se a exames de saúde regulares :

Artigo 17º: No decurso dos exames médicos de rotina [no local de trabalho], o responsável pelo serviço médico pode decidir submeter as pessoas susceptíveis de serem contaminadas pelo VIH/SIDA a um teste de rastreio.

Artigo 18(1) : Os médicos dos laboratórios e o pessoal do serviço médico são obrigados a não divulgar o nome, a idade e o endereço das pessoas que se submetem a um teste de rastreio do VIH/SIDA.

(2) Só o responsável pelo serviço médico tem o direito de notificar o resultado positivo de um teste de rastreio da SIDA à esposa, ao esposo ou ao parente mais próximo da pessoa contaminada, bem como ao órgão, à associação ou ao responsável que cuida directamente da sua saúde.

(3) É rigorosamente proibido publicar o nome, a idade, o endereço ou a fotografia das pessoas contaminadas pelo VIH/SIDA sem o consentimento destas pessoas.

Medidas de acção positiva

O artigo 5(2) da convenção n° 111 e o artigo 4° da convenção n° 159 propõem medidas especiais que visam a promoção da igualdade das oportunidades e de tratamento das categorias de pessoas mais desfavorecidas no mundo do trabalho. Desde há uns trinta ou quarenta anos, inúmeros países inscreveram na sua legislação, disposições que impõem ou, pelo menos, autorizam medidas especiais a favor de categorias desfavorecidas no mundo do trabalho, nomeadamente medidas contra a discriminação fundada na raça ou no sexo. Na União europeia, a directiva do Conselho 2000/78/EC estabelece um quadro geral que visa a promoção da igualdade de tratamento em matéria de emprego e profissão, e encoraja os Estados-Membros a adoptar medidas de acção positiva a favor das pessoas que sofrem de uma deficiência. Várias jurisdições nacionais adoptaram uma abordagem semelhante face ao problema da deficiência. Quando a legislação menciona explicitamente o VIH/SIDA entre as deficiências, ou que este último é assim considerado pelos tribunais, este tipo de pressão no mercado do trabalho (conhecido sob o nome de acção positiva) pode revelar-se muito eficaz.

O governo romeno adoptou a portaria de emergência n° 137/2000 que prevê e pune todas as formas de discriminação. Esta portaria prevê tanto as medidas de acção positiva como as sanções, com o objectivo de eliminar a discriminação fundada em diversos critérios, tais como o da pertença a uma « categoria desfavorecida », incluindo

⁶⁷ A directiva 2000/43/EC de 29 de Junho de 2000, que se acrescenta às directivas do Conselho sobre a igualdade de sexos, visa a promoção do princípio de igualdade de tratamento das pessoas, sem distinção de raça ou origem étnica; a directiva 2000/78/EC de 27 de Novembro de 2000 estabelece um quadro geral a favor da igualdade de tratamento em matéria de emprego e profissão, e acrescenta à lista de critérios de discriminação proibidos, a religião ou a convicção, a deficiência, a idade e a orientação sexual.

expressamente as pessoas contaminadas pelo VIH/SIDA. As queixas decorrentes da aplicação desta portaria são depositadas junto a uma jurisdição especial: o Conselho nacional para a prevenção da discriminação. As vítimas podem igualmente recorrer aos tribunais e, em caso de discriminação, solicitar a intervenção das associações de direitos humanos como parte civil.

Nos Estados Unidos, a lei sobre a reinserção proíbe a discriminação fundada na deficiência nos programas de informática desenvolvidos pelos órgãos federais, nos programas que beneficiam de uma ajuda financeira de órgãos federais, no emprego a nível federal e nas práticas de emprego dos empregadores federais. Os critérios que permitem determinar a existência de discriminação são os mesmos que os empregados no Título I da Lei sobre os Americanos que sofrem de uma deficiência (*Americans with Disabilities Act*). De acordo com o artigo 501º da Lei sobre a reinserção, os órgãos federais da área executiva devem tomar medidas de acção positiva a favor do emprego, sob a supervisão do «Serviço de oportunidade igual de emprego» de cada órgão. Além disso, eles são obrigados a aplicar rigorosamente a lei contra a discriminação em matéria de emprego; o artigo 503º ordena, de facto, aos empregadores federais, bem como aos seus subcontratantes que trabalham com contratos superiores a 10.000 dólares, que tomem as medidas de acção positiva e eliminem qualquer forma de discriminação.

Medidas de adaptação razoável

Em razão da natureza particular do VIH, as pessoas podem estar em bom estado de saúde e aptas a exercer a sua profissão durante vários anos. Ao adaptar o seu ambiente de trabalho e os seus horários de acordo com a fase de avanço da sua doença – uma abordagem que, desde há dez anos, na área da deficiência, provou a sua eficiência – a empresa pode continuar a contar com estes recursos humanos, ao evitar assim os transtornos e as consequências financeiras que acarretam frequentemente uma mudança brusca de pessoal. Estas medidas de adaptação podem revestir várias formas, consoante o tipo de deficiência e as necessidades particulares do indivíduo em questão. No Repertório de recomendações práticas do BIT, o conceito de adaptação racional abrange «qualquer tipo de ajuste ou adaptação do emprego ou do ambiente de trabalho realizável de modo racional e que permite a uma pessoa vivendo com o VIH ou a SIDA o acesso ao emprego, o trabalho ou o avanço no posto».

Na Nicarágua, a lei de 14 de Outubro de 1996, que visa a promoção, a protecção e a defesa dos direitos humanos em relação ao problema da SIDA, fornece, como exemplo, um texto que comporta uma simples declaração de obrigação:

Artigo 22º: As pessoas que vivem com o VIH têm o direito de trabalhar e podem cumprir tarefas adaptadas às suas capacidades. A contaminação pelo VIH não deveria ser considerada como um obstáculo ao contrato de trabalho ou como um motivo de despedimento.

O texto da lei americana sobre a reinserção (promulgada em 1973, em seguida alterada em 1974 e 1978) descreve detalhadamente as expectativas da legislação em relação ao empregador. O texto fornece igualmente um exemplo dos critérios levados em conta por uma legislação para dispensar um empregador da obrigação de levar em conta as necessidades das pessoas que vivem com o VIH/SIDA. O texto mencionado a seguir, que comporta uma lista de medidas de adaptação possíveis mas não compulsórias, é extraído do anexo da Lei sobre a reinserção:

Anexo A

(a) Reestruturar um posto. A expressão « Reestruturar um posto » designa o procedimento que inclui: (1) a identificação das tarefas distintas de um trabalho ou de um grupo de trabalhos; (2) a elaboração de novas descrições de posto nas quais são mantidas algumas

tarefas do posto ; e (3) o desenvolvimento de uma escala de carreira que abarca os novos postos (com tarefas de menor qualificação) e até os postos-padrão. Um posto reestruturado pode ser totalmente diferente do posto original no tocante às competências, aos conhecimentos, às aptidões e à experiência profissional necessários para cumprir o trabalho correspondente. A reestruturação de posto tem por objecto otimizar as capacidades da pessoa deficiente e impedir que a sub-empreguem ou a confinem em um determinado posto. Um posto reestruturado pode, por exemplo, ser um posto que exija as maiores competências mas que seja fisicamente menos constrangedor (por exemplo, a tarefa que consiste em fazer funcionar os comandos e os interruptores de uma aciaria pode ser confiada a uma pessoa deficiente, enquanto que as tarefas mais simples mas que requerem força física – levantar, puxar, etc... – são confiadas às pessoas que estão com saúde).

(b) Modificar uma tarefa ou um horário de trabalho, por exemplo, ao adaptar um horário mais flexível alguns dias da semana para que um trabalhador possa beneficiar de tratamentos ou terapias. Os horários de trabalho ou o planeamento podem ser também modificados de tal modo que o trajecto efectuado pelas pessoas deficientes entre o seu domicílio e o seu local de trabalho seja feito fora das horas de ponta. Os empregados ou participantes que não são mais capazes de preencher as suas funções por causa de sua condição física ou psíquica, devem poder beneficiar de medidas como os prolongamentos de licença ou licença por doença não remuneradas caso a pessoa já tenha esgotado todos os dias aos quais tinha direito ou se o seu estado de saúde exija uma hospitalização.

(c) Mudar o planeamento, os procedimentos de trabalho e as horas de formação.

(d) Deslocar um escritório ou trocar o lugar de execução de algumas tarefas ou ocupações para possibilitar o seu acesso às pessoas deficientes qualificadas. Por exemplo, um trabalhador que sofre de um problema respiratório pode ser instalado em um escritório bem arejado reservado aos « não fumantes ».

(e) Adquirir novos equipamentos e dispositivos ou modificar as instalações já existentes. Se a empresa contrata pessoas com deficiência auditiva, a modificação consiste em instalar em alguns telefones um amplificador, compatibilizar a instalação telefónica com os aparelhos auditivos, colocar nos receptores telefónicos díodos com luzes intermitentes que se activam ao mesmo tempo que a campainha ou instalar periféricos de telecomunicação. No caso de pessoas com deficiência visual, pode-se fornecer gravadores de som ou máquinas de ditar àqueles que não sabem bater à máquina. Para as pessoas em cadeiras de rodas, é possível sobrelevar uma mesa de trabalho com a ajuda de calços em vez de comprar uma mesa de trabalho sob medida.

Esta legislação oferece assim um exemplo de conceito de « constrangimento excessivo ». Os responsáveis políticos e os legisladores devem, com frequência, encontrar o justo equilíbrio entre, de um lado, o que convém adaptar para os trabalhadores com necessidades especiais e, do outro lado, as preocupações da empresa no tocante à extensão e à sofisticação das medidas a serem tomadas a favor destas pessoas. Uma das opções consiste em enunciar explicitamente na lei que as adaptações necessárias não devem tornar-se um fardo para a empresa.

Artigo 32.13

(a) o empregador [empresa, agência ou órgão] deverá tomar medidas de adaptação razoável que levam em conta a deficiência física ou psíquica conhecida de um candidato a um emprego, trabalhador ou participante qualificado, a menos que demonstre o carácter excessivamente constrangedor das medidas em questão, na sua organização do trabalho.

(b) Para determinar, a título do parágrafo (a) do presente artigo, se as adaptações representam um constrangimento excessivo na organização do trabalho do empregador, os critérios a serem tomados em conta são nomeadamente : (1) a dimensão global da empresa em questão, em termos de número de trabalhadores, participantes na actividade, número e tipo de estabelecimentos e o orçamento ; (2) o tipo de actividade do empregador, inclusive a composição e a organização do seu pessoal, a duração e o tipo de formação ; (3) a índole e o custo das medidas de adaptação necessárias. [não sublinhado no original]

Problemas ligados à remuneração

Um dos impactos económicos mais documentados da epidemia é aquele que diz respeito, de um lado, à perda de remuneração directa e, do outro lado, à perda ou à diminuição dos meios de subsistência causado pelo tempo passado em tratamentos e terapias em detrimento das rendas e horas de trabalho. O óbito tem um impacto financeiro visto que, além das despesas funerárias ocasionadas, é sinónimo de perda definitiva de renda (produto de trabalhos agrícolas, salário ou retribuição). Acrescentam-se a estas consequências imediatas, efeitos a mais longo prazo, tais como a obrigação de retirar os seus filhos de uma escola ou de um centro de formação (para diminuir o encargo financeiro e aliviar a carga familiar), o que compromete o futuro da família em termos de rendas financeiras. Existem poucos exemplos de leis especificamente dedicadas à SIDA ou leis gerais sobre o emprego que leve em conta este risco.

A lei baamiana é, a este respeito, uma excepção que merece atenção:

Artigo 6º: Não-discriminação e salário igual para trabalho igual.

É proibido a qualquer empregador e a qualquer pessoa que actue em seu nome, exercer contra um trabalhador, qualquer discriminação fundada na raça, na cor, no sexo, no estado matrimonial, nas opiniões políticas ou no estado do VIH :

(b) ao pagar-lhe um salário inferior àquele recebido pelos seus colegas que efectuem sensivelmente o mesmo trabalho ou um trabalho de mesmo valor realizado no mesmo estabelecimento, ou um trabalho que exija sensivelmente as mesmas competências, os mesmos esforços e a mesma responsabilidade, e para o qual as condições de trabalho são idênticas, excepto no caso em que a remuneração é fundada na antiguidade, no mérito, no volume de negócios, na quantidade ou na qualidade produzida, ou qualquer outro critério que não seja a raça, a cor, o sexo, o estado matrimonial, as opiniões políticas ou o estado do VIH.

Tempo de trabalho, licenças por doença/consultas médicas, trabalho a tempo parcial

As licenças por doença que tomam em conta a natureza progressiva da infecção pelo VIH e o desenvolvimento da SIDA constituem uma forma de adaptação razoável do local de trabalho. A necessidade de implementar um programa de descanso e recuperação adequada, merece uma atenção especial dos legisladores na medida em que, tradicionalmente, o tempo de trabalho é objecto de um artigo de lei distinto, modificado com frequência ao longo das portaria e convenções colectivas. Do mesmo modo que para as disposições atinentes ao trabalho, convém encontrar o justo equilíbrio ao tomar em conta as necessidades da empresa, para fazer com que as ausências repetidas, às vezes consideradas como um obstáculo ao seu bom funcionamento, deixem de ser vivenciadas como um problema.

A convenção n° 158 sobre o despedimento da OIT (1982) estabelece as normas internacionais que protegem os trabalhadores contra eventuais sanções no caso de ausência temporária por motivo de doença :

Artigo 6º

1. A ausência temporária do trabalhador por motivo de uma doença ou um acidente, não deverá constituir um motivo válido de despedimento.

2. As definições respeitantes à ausência temporária do trabalho, às condições requeridas para um certificado médico e às limitações possíveis da aplicação do parágrafo 1 do presente artigo, serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1º da presente convenção.

A OIT, no seu inquérito geral sobre a aplicação da convenção⁶⁸, fundado no estudo comparativo de algumas leis do trabalho e exemplos pormenorizados de sua aplicação, mostrou qual seria a incidência do artigo 6º sobre a questão das ausências por causa de doença ligada ao VIH/SIDA. Na maior parte dos países, a regulamentação cobre esta situação, ao autorizar ausências de um período de trinta dias a dois anos. Em inúmeras legislações, o contrato de trabalho é suspenso durante estas ausências. Um certificado médico é normalmente exigido para as ausências que ultrapassam o número de dias definido. A recomendação feita aos empregadores e às empresas no tocante à política a adoptar em relação ao pessoal (parágrafo 5.2(m) do Repertório de recomendações do BIT) menciona explicitamente as licenças por doença de longa duração e aconselha esta prática para os trabalhadores contaminados pelo VIH/SIDA. Ela sugere que os empregadores proponham às pessoas atingidas pela Sida e que sofrem demasiado para trabalhar, medidas de adaptação, inclusive uma licença por doença de longa duração; uma vez esgotadas todas estas possibilidades, ambas as partes podem rescindir o contrato de trabalho.

Em algumas legislações do trabalho, as disposições respeitantes às licenças por doença são suficientemente generosas ao tomar em conta a natureza progressiva da infecção pelo VIH. Outras legislações autorizam as partes envolvidas na relação de trabalho a negociar adaptações, ao tomar em conta as disposições vigentes em matéria de duração das licenças por doença. Em geral, cada empresa estimará se o trabalhador beneficia de uma remuneração completa ou parcial durante a sua licença por doença. No melhor dos casos, resolve-se este caso mediante uma negociação.

A legislação pode proteger o trabalhador contaminado pelo VIH ao especificar nos textos que o contrato é suspenso. O código do trabalho da República democrática do Congo⁶⁹ prevê a seguinte disposição:

Artigo 47º: Um contrato não pode ser rescindido durante o período de sua suspensão, exceptuados : a. nos casos de doença ou acidente, ressalvado o caso de acidente de trabalho ou doença profissional, o empregador pode notificar ao trabalhador a rescisão do contrato depois de decorrido o prazo de seis meses de incapacidade deste trabalhador. O contrato finaliza no dia seguinte da notificação da rescisão.

A legislação do serviço público manifesta, no tocante a um número importante de jurisdições, uma grande flexibilidade no que diz respeito às adaptações do tempo de trabalho e das licenças por doença de longa duração. Ela pode constituir um modelo útil na abordagem da questão do VIH/SIDA no local de trabalho. Em Burquina Faso, a lei de 1998 estipula a regulamentação aplicável ao pessoal e quadros do serviço público:⁷⁰

Artigo 120º : A dispensa solicitada pelo funcionário só pode ser concedida (1) por motivo de acidente ou doença grave do cônjuge ou de um filho...

Artigo 121º : A dispensa solicitada por acidente ou doença grave devidamente verificada do cônjuge ou de um filho não pode ultrapassar dois (2) anos, mas é renovável até um período de duração total de seis (6) anos no máximo.

⁶⁸ *Protecção contra o despedimento abusivo*, Inquérito geral da Comissão de peritos sobre a aplicação das convenções e recomendações, ILC, 82ª. (1995) sessão, Relatório III (parte 4B), Genebra, parágr. 137 et 142.

⁶⁹ Portaria legislativa 67/310 de 9 de Agosto de 1967 que estabelece o Código do Trabalho, alterada no dia 31 de Dezembro de 1996.

⁷⁰ Lei nº 5 013/98/AN de 28 de Abril de 1998, publicada no *Jornal Oficial* de 25 de Junho de 1998.

Artigo 128° : Exceptuado o caso de dispensa prevista pelo artigo 124° (para criar filhos pequenos), o funcionário que beneficia de uma dispensa não tem direito a qualquer remuneração.

Nos Estados Unidos, a lei sobre a licença familiar e médica⁷¹ (*Family and Medical Leave Act*) exige do empregador que concede 12 semanas de licença não remunerada a qualquer assalariado que sofre de uma doença grave ou obrigado a ocupar-se de um parente que padece de uma tal doença. No decurso desta licença, o emprego da pessoa que vive com o VIH/SIDA é protegido, mas haverá degressividade do seu salário. A lei americana só é aplicável às empresas de 50 trabalhadores ou mais, e estes últimos devem ter mais de um ano de antiguidade para beneficiar desta lei. Pode ser exigido um certificado médico que ateste a sua doença, e aqui que intervém o dever médico e ético de sigilo :

Artigo 10° : Regulamento respeitante às ausências

(a)(1) Autorização de ausência :

Ao tomar em conta o artigo 103° [direito do empregador de exigir um certificado de saúde], o trabalhador em questão terá o direito a um total de 12 semanas de licença por período de 12 meses nos seguintes casos :...

(C) para ocupar-se de um cônjuge, um filho ou uma filha, ou um parente que sofre de um problema de saúde grave ;

(D) em razão de um problema de saúde grave que torna impossível o cumprimento das funções correspondentes ao cargo por parte do trabalhador...

Autorização de licença sem remuneração.

Disposição respeitante às férias pagas: (1) Se o número de semanas de férias pagas concedidas pelo trabalhador for inferior a 12, as semanas complementares necessárias para alcançar o total de 12 semanas (no caso em que são reclamadas férias a este título) poderão ser concedidas sem remuneração.

Licenças previstas : ...(2) Deveres do trabalhador. Em todos os casos em que é prevista a necessidade de uma licença mencionada nas alíneas (C) e (D) do artigo (a)(1) no âmbito de um tratamento médico programado, o trabalhador: (A) deve, com o consentimento do seu médico, esforçar-se razoavelmente para planear o tratamento de tal modo que a sua decisão perturbe o menos possível o funcionamento da empresa... (B) deve prevenir o seu empregador a respeito de sua intenção de tirar uma licença, em conformidade com as disposições destas alíneas, pelo menos 30 dias antes da data de início desta licença...

A legislação sobre o trabalho pode também tomar em conta a natureza progressiva da infecção pelo VIH e doenças associadas, e as necessidades dos serviços sanitários que tratam os doentes, ao ajustar a regulamentação do trabalho a tempo parcial. A convenção n° 175 da OIT sobre o trabalho a tempo parcial (1994) fornece as orientações gerais a respeito desta opção mais flexível, ao salientar a necessidade de manter os direitos dos trabalhadores submetidos a este regime e o respeito do princípio de remuneração proporcional.

Artigo 4°. Deve-se tomar medidas para que os trabalhadores a tempo parcial recebam uma protecção idêntica àquela dos trabalhadores a tempo inteiro que se encontram em uma situação comparável no tocante :

(a) aos direitos de organização, de negociação colectiva e ao direito de actuar em qualidade de representantes dos trabalhadores;

(b) à segurança e à saúde no trabalho ;

⁷¹ Lei pública 103-3, aprovada em 5 de Fevereiro de 1993.

(c) à discriminação no emprego e na profissão.

Artigo 5º. Deve-se tomar medidas apropriadas à legislação e às práticas nacionais para que os trabalhadores a tempo parcial, sob o único pretexto do trabalho a tempo parcial, não recebam um salário de base que, calculado proporcionalmente na base horária, segundo o rendimento ou por peça, seja inferior ao salário de base, calculado segundo o mesmo método, dos trabalhadores a tempo inteiro que se encontram em uma situação análoga.

Em seguimento à publicação da directiva de Conselho 97/81/EC, do dia 15 de Dezembro de 1997, respeitante ao acordo-quadro atinente ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, o CEEP e a CES, inúmeros países membros da União europeia adoptaram leis que tratam desta questão. A lei irlandesa sobre a protecção dos trabalhadores a tempo parcial⁷² (*Worker Protection - Regular Part-time Employees*) de 1991 é um exemplo. Este texto não aborda directamente a questão das pessoas que vivem com o VIH/SIDA mas algumas das suas disposições poderiam servir de modelo para responder às suas necessidades:

Artigo 1(1). Interpretação.

A expressão « Tempo parcial regular », que se aplica a um trabalhador, em conformidade com o texto legislativo aplicável, designa uma pessoa que trabalha para um empregador e - (a) esteve continuamente a serviço deste empregador durante pelo menos 13 semanas, e (b) é susceptível de trabalhar para este empregador pelo menos 8 horas por semana, ao qual, excepto no âmbito da presente lei, não se aplicaria uma disposição do texto legislativo aplicável [leis sobre a participação do trabalhador, o despedimento, o aviso prévio e o desemprego técnico, as licenças, a insolvência e a maternidade], devido a uma disposição de exclusão.

A reforma antecipada consentida mutualmente representa um outro aspecto do impacto que pode causar a questão do VIH/SIDA et a do direito a licenças, no tocante à legislação. Vários países oferecem esta opção quando as possibilidades de férias legais foram esgotadas e a doença causada pelo VIH atingiu uma fase em que a pessoa em questão não tem mais condições de exercer as suas funções. A maior parte das legislações do trabalho permite a ambas as partes pôr antecipadamente um termo ao contrato, sob a condição de respeitar um aviso prévio ou (na ausência de um tal aviso prévio), o pagamento de uma indemnidade; algumas leis exigem que sejam apresentadas razões válidas. A lei burquinesa de 1998, que estabelece um regime legal aplicável aos trabalhadores e quadros do serviço público, inclui as seguintes disposições:

Artigo 157º: Qualquer funcionário que totaliza pelo menos quinze (15) anos de serviços efectivos pode solicitar a sua admissão à reforma antes de atingir o limite da reforma. Neste caso, ele beneficiaria de uma pensão consoante as condições estabelecidas pelo regime geral de reforma aplicável aos funcionários. Esta admissão à reforma é subordinada aos interesses do serviço. Neste caso, a avaliação da administração é soberana.

⁷² Lei nº 5 de 26 de Março de 1991.

Capítulo VIII – Formação e aconselhamento de orientação

O presente artigo aborda as acções de sensibilização que convém empreender a fim de ajudar os actores do mundo do trabalho a melhor compreender o VIH/SIDA (tema abordado na parte 7 do Repertório de recomendações do BIT). Este artigo aborda igualmente as possibilidades de formação (ou de nova formação) que podem ser propostas às pessoas afectadas pelo vírus, com o intuito de ajudá-las a conservar um trabalho (e eventualmente, um trabalho adaptado na fase de avanço de sua doença), e a diminuir o impacto do VIH na sua vida diária e na de sua família.

Como mencionado no capítulo « Definições do VIH/SIDA », a maior parte das leis sobre o trabalho e as leis dedicadas ao VIH abrangem, na sua definição do emprego, o acesso aos serviços de formação e orientação profissional. Esta abordagem corresponde totalmente à definição da discriminação formulada na convenção nº 111 de 1958 sobre a discriminação (emprego e profissão). Contudo, em alguns textos legais, o legislador aplica-se a mencionar a não-discriminação em matéria de acesso à formação em um artigo distinto, ao salientar assim a importância de uma formação contínua para as doenças de carácter progressivo, tais como o VIH/SIDA. Um exemplo desta abordagem é fornecido pela regulamentação filipina sobre a Sida (*SIDA Regulations*) implementada no âmbito da lei nº 8504.

Artigo 35º : Programas de assistência e formação

Os órgãos governamentais tais como o Ministério dos assuntos sociais e do desenvolvimento, o Ministério do Trabalho e do Emprego, o Ministério da educação, o Ministério da cultura e dos desportos, a Autoridade encarregada do ensino técnico e do desenvolvimento das competências e o Ministério do comércio e da indústria, bem como as instituições privadas, devem facilitar o acesso de pessoas que vivem com o VIH/SIDA às formações de desenvolvimento de competências e aos programas de assistência. Não poderá ser excluída destas formações e destes programas, qualquer pessoa vivendo com o VIH/SIDA, com o único pretexto de sua seropositividade. Deverão ser implementados programas de formação e desenvolvimento das competências adaptados às aspirações e aptidões das pessoas que vivem com o VIH, bem como programas de assistência que possam incluir ajudas financeiras, uma assistência marketing e oportunidades de emprego. O Ministério dos Assuntos Sociais e do Desenvolvimento, o Ministério do Trabalho e do Emprego, o Ministério do Interior e do governo local e as instituições privadas deverão unir as suas forças e utilizar de modo vantajoso as estratégias e os dispositivos existentes para implementar um sistema de referência que facilite o acesso das pessoas vivendo com o VIH aos programas de assistência e às oportunidades de formação, tanto a nível regional como a nível provincial.

Nos Estados Unidos, a lei de 1970 sobre a educação das pessoas deficientes⁷³ (sucessivamente chamada *Individuals with Disabilities Education Act*, em seguida *Education of the Handicapped Act*) obriga as escolas públicas a ministrar gratuitamente, no ambiente menos restritivo possível, um ensino adaptado às necessidades de qualquer aluno deficiente. A legislação inclui na definição da deficiência a infecção pelo VIH ; este exemplo pode servir de modelo para a elaboração de programas de formação que atendem às necessidades das crianças e dos jovens em todas as fases da doença. A Lei sobre a educação das pessoas deficientes solicita que as escolas públicas desenvolvam um programa de educação individualizado (IEP - *Individual Education Program*) adaptado a cada criança. Os serviços de educação especiais e outros serviços associados mencionados em cada IEP traduzem as necessidades particulares de cada aluno. A lei exige igualmente a

⁷³ Lei pública Nº 101-476, 1990.

realização do desenvolvimento dos IEP de acordo com procedimentos particulares. Cada IEP deve ser elaborado por uma equipa de pessoas competentes e revisado pelo menos uma vez por ano. A equipa comporta o professor da criança, os parentes (salvo em alguns casos bastante raros), a criança se a sua presença é considerada como conveniente, o representante da instituição qualificada para ministrar ou supervisionar o ensino especial, bem como outras pessoas seleccionadas pelos parentes ou por esta mesma instituição. Se os parentes desaprovam o IEP proposto, eles podem ser ouvidos no âmbito de um procedimento chamado de « audiência legítima » e, eventualmente, obter a sua revisão pela agência de educação do Estado. Eles podem igualmente exercer um recurso contra esta agência junto ao Estado ou perante o Tribunal federal.

O papel essencial desempenhado pelas campanhas de informação e educação na luta contra a SIDA é reconhecido desde há muito tempo. A maior parte das leis dedicadas ao problema da SIDA inclui disposições que se referenciam a este problema. Na Costa Rica, por exemplo, a Lei geral sobre a SIDA de 1998⁷⁴ contém um capítulo inteiro consagrado « à educação e à formação » :

Artigo 30° : Papel do Estado em matéria de educação

O Estado, por intermédio do seu Ministério da Saúde, deverá informar, pelos meios mais apropriados, toda a população e as suas partes mais vulneráveis, quanto aos riscos que representa o VIH/SIDA, e colocar ao seu dispor as informações médicas mais recentes a respeito dos meios de prevenção da proliferação desta doença.

Artigo 31° : A educação como meio de prevenção

O Conselho superior da educação, juntamente com o Ministério da Saúde, deverá incluir nos programas de educação, as informações sobre os riscos, as consequências e os modos de transmissão do VIH, bem como os meios de prevenção da infecção e o respeito dos direitos do homem .

⁷⁴ Lei n° 7771 de 29 de Abril de 1998, publicada no Jornal oficial *Official Gazette* N° 96 de 20 de Maio de 1998, acompanhada da Regulamentação N° 27894-S de 3 de Junho de 1999.

Capítulo IX – Questões respeitantes à assistência e ao apoio

Todos os textos legislativos que abordam o VIH/SIDA deveriam inspirar-se nos princípios de solidariedade, participação e apoio. O Repertório de recomendações práticas do BIT reconhece o direito de todos a dispor de serviços de saúde por um preço acessível e o direito de não-discriminação quanto ao acesso às prestações de segurança social e as dos regimes profissionais previstos pela lei (princípio fundamental 4.10).

O Código de boas práticas sul-africano, inspirado nestas recomendações, estipula que qualquer trabalhador contaminado pelo VIH no exercício de sua profissão, deve ser indemnizado. Este código obriga igualmente os empregadores a assistir os trabalhadores nos seus pedidos de prestações.⁷⁵ No âmbito desta assistência, o empregador deve informar o seu pessoal a respeito dos trâmites a seguir e ajudá-lo a reunir as informações necessárias à realização do elo entre os acidentes de trabalho e a infecção pelo VIH.⁷⁶

Na Zâmbia, a lei sobre o emprego (alterada em 1982)⁷⁷ oferece um bom exemplo de texto legislativo que, apesar de não se relacionar directamente ao VIH/SIDA, comunica uma mensagem forte sobre a questão de participação e apoio :

Artigo 43 (1) : Durante a doença de um trabalhador, cada empregador empenhará todos os seus esforços para que o trabalhador beneficie de todos os cuidados médicos e tratamentos requeridos pelo seu estado de saúde: sob a condição que nenhuma disposição do presente artigo, excepto em caso de acordo entre as partes, torne este empregador devedor dos custos medicamentais, dos cuidados médicos ou das despesas de hospitalização ocasionadas pela doença.

(2) O empregador deverá, sem que isto ocasione qualquer gasto para a pessoa em questão, tomar todas as medidas razoáveis para transportar ao hospital qualquer trabalhador que é vítima de uma doença ou de um acidente não ocasionado por um acto deliberado, ou qualquer membro da família deste trabalhador, autorizado a acompanhá-lo no seu local de trabalho, que é vítima de uma doença ou de um acidente não ocasionado por um acto deliberado; se um empregador deixar de efectuar este transporte, um médico do trabalho ou qualquer outro médico idóneo poderá encarregar-se deste transporte e o empregador deverá arcar com todas as despesas razoáveis ocasionadas por este transporte. Estas despesas serão consideradas como uma dívida deste empregador para com a administração.

Na África do sul, dois textos legislativos determinam a questão da indemnização: uma lei de aplicação geral e uma lei própria à indústria mineira. A primeira é a Lei sobre a indemnização das doenças e dos acidentes do trabalho⁷⁸ (*Compensation for Occupational Injuries and Diseases Act* ou *COIDA*). Esta lei abrange a declaração de qualquer doença ou acidente do trabalho, excepto as doenças pulmonares próprias aos trabalhadores da

⁷⁵ Ver o Repertório de recomendações práticas do BIT, Parte 8.5(b) e as cláusulas 9(1) e 9(2) do código SA.

⁷⁶ Cláusulas 9(i) e 9(ii).

⁷⁷ Lei N° 18, de 21 de Agosto de 1982, que altera a lei principal de 1965, Cap.512.

⁷⁸ N° 130 de 1993.

indústria mineira.⁷⁹ A infecção pelo VIH ocasionada por um acidente do trabalho é um exemplo de possibilidade de obtenção de uma indemnização no âmbito da lei COIDA.⁸⁰ O processo é bastante complexo. O empregado, para ser indemnizado, deve estabelecer o elo entre o acidente profissional e a infecção pelo VIH o que, na prática, pode ser muito difícil de provar. Observamos mais acima que o Código do trabalho obrigava o empregador a prestar a sua assistência mas, consoante os termos da lei, compete ao empregado a apresentação desta prova. O anexo 3 da lei COIDA menciona 28 doenças, bem como uma lista de tarefas que podem envolver o manuseio de algumas substâncias. Se um empregado contraiu uma destas doenças no momento em que executava uma das tarefas mencionadas na lista, o elo entre a doença e a actividade profissional é, salvo prova contrária, *considerado* como demonstrado.

Todavia, como a infecção pelo VIH não consta entre as doenças repertoriadas no anexo 3, cabe ao trabalhador demonstrar que ele contraiu a infecção durante o seu trabalho e que esta infecção está directamente ligada à sua actividade profissional. Neste contexto, o estado do VIH da pessoa que solicita a indemnização *mas também* o do trabalhador-fonte (isto é, a pessoa que supostamente transmitiu o vírus) são os elementos de prova essenciais. Contudo, a instância de indemnização que avalia a legitimidade de cada requerimento pode ser levada a tomar em conta as circunstâncias do acidente. Em outros termos, o conhecimento do estado do VIH do trabalhador fonte dá mais ênfase ao requerimento mas ela não é sempre indispensável para garantir o seu êxito. Se for impossível dispor desta informação, o requerente poderá demonstrar que todos os esforços para obtê-la (não no âmbito de um rastreio obrigatório mas por meio de outras observações clínicas) foram empregados em vão. Enfim, o trabalhador que solicita a indemnização deve também demonstrar que ele era seronegativo antes do acidente. A este respeito, a Comissão de indemnização sul-africana considera o aparecimento de uma seroconversão⁸¹ dentro do período de três meses que seguem o acidente, como uma prova razoável de que a infecção é a consequência deste acidente.

Na Lei geral sobre a SIDA⁸² (1998) da Costa Rica, a responsabilidade do tratamento incumbe explicitamente ao sistema de segurança social nacional :

Artigo 7° : Direito aos cuidados médicos completos

Qualquer pessoa infectada pelo VIH/SIDA tem o direito a uma assistência médica, psicológica e cirúrgica e também a aconselhamentos. Estas pessoas têm igualmente o direito a quaisquer tratamentos susceptíveis de aliviar os seus sofrimentos e entrar as complicações decorrentes da doença.

Para tal, o Fundo de segurança social da Costa Rica deverá importar, comprar e manter à disposição, remédios anti-retrovirais especialmente elaborados para o tratamento do VIH/SIDA, e administrá-los directamente às pessoas doentes.

⁷⁹ Os trabalhadores da indústria mineira que sofrem de doenças pulmonares ligadas à sua actividade profissional são protegidos pela Lei sobre as doenças profissionais da indústria mineira (*Occupational Diseases in Mines and Works Act*), N° 78 de 1973.

⁸⁰ Publicação do Ministério da Saúde sul-africano : *Management of Occupational Exposure to the Human Immunodeficiency Virus (VIH)* (1999), Anexo 2, p.7.

⁸¹ Chamamos de seroconversão o momento em que o estado do VIH de uma pessoa muda ou passa do estado negativo ao estado positivo. Em geral, isso ocorre quatro a oito semanas após a infecção pelo VIH (<http://www.afroaidsinfo.org>).

⁸² Lei N° 7771 de 29 de Abril de 1998, publicada no Jornal oficial *Official Gazette* N° 96 de 20 de Maio de 1998 e seguida da Regulamentação N° 27894-S, de 3 de Junho de 1999.

Os médicos responsáveis pela administração destes medicamentos deverão dar justificações perante o Fundo de segurança social costa-riquenho ao apresentar relatórios sobre os seus actos. A regulamentação elaborada no âmbito da presente lei estipulará as condições e a periodicidade destes relatórios, bem como qualquer outra obrigação que os interessa.

Artigo 24º: Os preservativos como meio de prevenção.

Os preservativos constituem um meio de prevenção da epidemia de VIH/SIDA ; por conseguinte, o Ministério da saúde e o Fundo de segurança social da Costa Rica deverão assegurar-se quanto à sua disponibilidade em quantidade suficiente nos locais e estabelecimentos adequados, para que o público possa ter facilmente acesso aos mesmos.

Além disso, estas instituições deverão reforçar as campanhas de sensibilização a respeito da utilidade e o uso dos preservativos.

Capítulo X – Órgãos e medidas de aplicação da legislação

A convenção n° 111 de 1958 respeitante à discriminação (emprego e profissão) deixa à apreciação das autoridades nacionais, o modo de implementação e aplicação da política anti-discriminatória seleccionada. Todavia, se a convenção não responde à questão da aplicação, a recomendação (n° 111) que a acompanha salienta a necessidade de instaurar órgãos habilitados a receber e examinar as queixas fundadas na não-observância da política estabelecida, e fazer um inquérito a respeito destas queixas. A orientação aqui proposta é flexível : estes órgãos devem ter a possibilidade de remediar, se necessário, através de um procedimento de conciliação, qualquer prática considerada como incompatível com a política e a legislação nacionais. O Repertório de recomendações práticas do BIT compara os pontos fortes e os fracos de diversos órgãos de aplicação em relação às questões tais como o critério de género, a migração da mão-de-obra e as boas práticas em matéria de gestão do emprego.⁸³ As instâncias de supervisão do BIT examinaram sucessivamente os vários dispositivos de controlo anti-discriminatórios e enfatizou nesta ocasião o carácter quase-jurisdicional que estes órgãos tendem a atribuir-se.⁸⁴ Em geral, as instituições habilitadas a supervisionar as leis sobre a igualdade são raramente tribunais civis – apesar de que, em última instância, seja às vezes possível interpor recurso perante tais tribunais à escala nacional. Contudo, tanto a nível estrutural como ao nível do poder de decisão e de pesquisa, ambos os tipos de instituição possuem estatutos muito semelhantes. De modo frequente, os órgãos de promoção da igualdade de tratamento distinguem-se igualmente dos tribunais do trabalho. Estes últimos possuem uma jurisdição mais extensa para resolver os conflitos vinculados às relações empregador-trabalhador.

Aquando da elaboração de um tal dispositivo, deve-se conceder uma importância particular à composição do órgão de supervisão. Em primeiro lugar, convém designar membros com competências técnicas e jurídicas que, assim, serão mais sensíveis aos aspectos médicos da doença e à aplicabilidade da estratégia visada pela lei. Em seguida, é importante dar a este organismo uma estrutura tripartido, ou « tripartido *plus* », para fazer com que os diversos actores do mundo do trabalho e os representantes das pessoas que vivem com o VIH/SIDA possam supervisionar as decisões e favorecer uma aplicação realista da legislação. Enfim, deve-se, em quaisquer circunstâncias, privilegiar uma repartição igual dos homens e mulheres entre os membros, para retratar a dimensão de género do VIH/SIDA. A epidemia afecta os homens e as mulheres de modo diferente em termos de vulnerabilidade e impacto. As mulheres são mais vulneráveis biologicamente à infecção que os homens, mas também as desigualdades estruturais relacionadas ao seu estatuto, nomeadamente no mundo do trabalho, as fragilizam ainda mais. Elas são frequentemente relegadas ao papel de mãe e de pessoa principal que dispensa cuidados e, assim, elas têm dificuldade de proteger-se contra a infecção e tratar-se.

⁸³ C. Thomas & R. Taylor : *Enforcement of equality provisions for women workers*, Projecto Interdepartamental da OIT sobre a igualdade das mulheres, Documento de trabalho N° 20, Genebra, 1994 ; I. McClure & M. Reischle : *Law and Practice in combating discrimination against immigrant workers*, Documento de trabalho do Serviço das migrações internacionais da OIT, Genebra 2002 ; B. Lust.(ed.) : *Labour administration : A powerful agent of a policy of gender equality in employment and occupation*, Documento de trabalho do Serviço da administração do trabalho N° 55-1, Genebra, 1999.

⁸⁴ *Equality in employment and occupation*, Inquérito especial sobre a convenção N° 111 pela Comissão de peritos para a aplicação das convenções e recomendações, ILC, 83^a. (1996) Sessão, Relatório III (Parte 4B), Genebra, parágr. 225-234.

Órgãos especiais e órgãos gerais

Em alguns países, diversas instituições podem receber queixas por práticas discriminatórias em relação ao emprego. A existência de um número muito importante de órgãos pode acarretar tensões, inclusive nos países dotados de sistemas de alto desempenho. No Reino Unido, um relatório recente respeitante às leis sobre a igualdade das raças e dos sexos recomendou a fusão de dois órgãos : a Comissão para a igualdade das raças (*Commission for Racial Equality*) e a Comissão para a igualdade das oportunidades (*Equal Opportunities Commission*).⁸⁵

Nos Estados Unidos, a Comissão sobre a igualdade das oportunidades (*Equal Employment Opportunities Commission*) trata das queixas por infracção à Lei cometida contra os Americanos que sofrem de uma deficiência. Esta instituição tem a vantagem de possuir uma grande experiência dos casos gerais de discriminação mas, como é de hábito, os obstáculos provêm do custo e da duração do procedimento judicial. Há sempre um meio de criar um organismo dedicado à questão do VIH/SIDA no trabalho, mas este corre o risco de propor os mesmos serviços que as estruturas existentes habilitadas a examinar os casos de discriminação em geral. Um dos argumentos a favor desta abordagem, nomeadamente nos países atingidos pela epidemia, é que esta abordagem necessita de poucos recursos financeiros e humanos. As escolhas políticas relacionadas ao tipo de organismo de supervisão a estabelecer, devem reflectir, de um lado, a taxa de prevalência da doença no país em questão e, do outro lado, a capacidade local a financiar a instituição e a dotá-la do pessoal adequado. Uma outra possibilidade consiste em criar um organismo geral (mas com câmaras e comissários especializados) capaz de tratar quaisquer casos de discriminação.

No âmbito do VIH/SIDA assim como em todas as áreas sensíveis ligadas à discriminação, a elaboração de um dispositivo de aplicação deve tomar em conta um determinado número de considerações. A infra-estrutura do dispositivo deve autorizar o maior sigilo e proteger os queixosos contra todo tipo de represálias. As recomendações a seguir são nomeadamente destinadas aos comités, conselhos e comissões que devem estatuir a respeito dos casos de discriminação no local de trabalho :

- ♦ *Definição das normas.* Para poder desempenhar um papel instigador e permanecer na frente da evolução em matéria de legislação ligada ao VIH/SIDA, o dispositivo deve poder avaliar a legislação existente e propor novas normas. Esta actividade abrange não somente o aspecto « severo » da legislação mas também a publicação de notas explicativas sobre as leis, as brochuras ou os formulários que explicam os procedimentos e códigos de boas práticas. A publicação de códigos é uma ferramenta habitualmente utilizada pelos órgãos de supervisão. Ela contribui para um melhor conhecimento das leis essenciais e da discriminação no trabalho sob todas as suas formas. Assim como foi dito antes, vários governos recorreram a este tipo de código para abordar os problemas ligados ao VIH/SIDA (Botswana, Lesoto, Namíbia e África do sul) mas inúmeras comissões de prevenção da discriminação publicam igualmente códigos de mesma índole.
- ♦ *Recebimento das queixas.* O recebimento das queixas é um outro componente essencial de qualquer dispositivo que privilegia uma abordagem rigorosa da luta contra a discriminação. Ela comunica aos eventuais infractores esta mensagem forte: « Cuidado, a legislação tem dentes ! ». Em compensação, para ser eficaz, ela depende inteiramente das vítimas que têm a coragem e os meios físicos de depositar

⁸⁵ Ver B. Hepple e al. : *Equality : a new framework-Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-discrimination Legislation*, University of Cambridge Centre for Public Law, Oxford-Portland Oregon, 2000, p. 51-53.

uma queixa, mas, no caso das pessoas atingidas pela Sida, isto pode revelar-se arriscado.

- ♦ *Poder de pesquisa ampliado.* Este componente é útil em qualquer dispositivo que pretende não se limitar às decisões decorrentes de um depósito de queixa. Ele permite ao organismo especializado interessar-se, por exemplo, à discriminação sistemática ou institucionalizada, isto é, aos casos em que uma vítima não pode apresentar-se para encetar um procedimento judicial.
- ♦ *Poder de depositar queixa.* Este componente do dispositivo visa a compensar a falha evocada antes e articula-se com o poder de pesquisa. Ele é útil quando as tentativas de conciliação, mediação ou arbitragem não permitem resolver o conflito, e as vítimas, por motivos próprios, não desejam estender o processo. O poder de depositar queixa é útil nas situações em que a Comissão tem a possibilidade de intentar uma acção judicial em nome de uma pessoa ou de um grupo (a intervenção é então chamada “*class action*” ou “acção colectiva”).
- ♦ *Conciliação/mediação.* A vítima e o culpado presumido do acto discriminatório podem tirar partido de um mecanismo que autoriza o tratamento das queixas fora do tribunal, de acordo com uma abordagem de resolução de problemas. O Sistema de resolução dos conflitos (*Alternative dispute settlement*), uma abordagem comum na América do Norte e em algumas jurisdições africanas, asiáticas e europeias, mostrou a sua eficácia no âmbito da discriminação.
- ♦ *Poder de dar ordens.* Este poder traduz a tendência de evolução das leis, desde a criminalização sistemática das práticas de discriminação no local de trabalho (com a punição do culpado e, ocasionalmente, indemnização da vítima) até os textos que procuram antes convencer todas as partes de que a discriminação pode ser evitada, e ajudam os empregadores que cometeram a infracção a conformar-se à lei. Além da injunção de pôr um termo à violação verificada, existem vários tipos de ordens : ordem de tomar medidas correctivas e preventivas, ordem de comunicar regularmente as medidas tomadas a fim de pôr um termo às práticas discriminatórias, ordem de realizar, no local de trabalho, formações respeitantes à não-discriminação, etc...
- ♦ *Assistência jurídica.* Esta peça principal de qualquer dispositivo torna-se indispensável quando, por motivos práticos, os queixosos não podem fazer com que sejam entendidos. Até nos dispositivos que deveriam ser gratuitos e informais, existe um leque de custos indirectos (intérpretes, tradução, cópia, etc...) que dissuade frequentemente as vítimas a depositar uma queixa ou as incita a abandonar as diligências. O órgão de aplicação das leis deve ter poder propor uma assistência jurídica gratuita – durante a fase de conciliação e a da audição do processo – desde que uma vítima ou o seu representante corra o risco de não poder manter, sem esta assistência, a sua queixa. A Comissão de peritos da OIT, para a aplicação das convenções e recomendações, também se pronunciou a favor de uma assistência jurídica para as causas vinculadas à discriminação em geral. A directiva 7 das Directivas internacionais respeitantes ao VIH/SIDA e aos direitos do homem apela os estados a criar e financiar serviços de assistência jurídica para informar as pessoas que vivem com o VIH/SIDA a respeito dos seus direitos e assisti-las na defesa destes mesmos direitos.⁸⁶

⁸⁶ *Equality in employment and occupation*, 1996, op. cit., parágr. 234 ; ver também as respostas de alguns governos no tocante à aplicação das Directivas: Documento da Comissão da ONU sobre os direitos humanos E/CN.4/2001/80, Genebra, 20 de Dezembro de 2000.

-
- *Recolha e análise dos dados.* Os órgãos de supervisão devem dispor de dados confiáveis e indicadores pertinentes que lhes permitam vigiar a evolução e o impacto da legislação cuja responsabilidade de aplicação é da sua competência.
 - *Conscientização e formação.* Um número importante de exemplos de testes legislativos acima apresentados mostra o interesse da informação e da formação nos programas dos conselhos nacionais do VIH/SIDA e dos outros órgãos encarregados da luta contra os mitos que envolvem a doença.

Comissões e conselhos nacionais

A criação de comissões ou conselhos, desde meados dos anos 80, é um meio empregado no mundo para lutar contra a epidemia de VIH/SIDA. De facto, um número importante de primeiras leis não públicas sobre a saúde consistia em leis-quadros que visavam a criação de um órgão nacional e a enumeração das suas funções. Consoante a norma estabelecida pela OIT, trata-se de um órgão consultivo ou de decisão que agrupa, no mesmo nível, representantes do governo, empregadores e trabalhadores. A participação de representantes oriundos directamente do mundo do trabalho e das outras partes em questão, assegura a legitimidade e a viabilidade da instituição, mas também a apropriação nacional do processo e dos seus resultados. O parágrafo 5.1(a) do Repertório de recomendações do BIT aconselha aos governos a observar atentamente a coerência das estratégias e dos programas nacionais de luta contra o VIH/SIDA e a reconhecer a importância de tomar em conta o mundo do trabalho nos programas nacionais para a realização deste objectivo, por exemplo, ao fazer com que haja, nos conselhos nacionais de luta contra a Sida, representantes dos empregadores, trabalhadores, pessoas que vivem com o VIH/SIDA e ministérios encarregados das questões sociais e laborais.

No continente americano, as legislações de Costa Rica, República dominicana, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Porto Rico previram a criação de comissões nacionais da Sida. A lei costa-riquenha, nomeadamente, salienta o papel desempenhado pelas organizações não-governamentais (ONG) na luta contra o VIH/SIDA, ao inserir a disposição em questão no capítulo que abrange « Outros métodos de prevenção » :

“Artigo 25º : Papel das organizações não-governamentais

As ONG inscrevem-se junto ao Ministério da saúde, o qual não tem o poder de recusar esta inscrição, a menos que as actividades exercidas pelo órgão do requerente não são relacionadas, de modo algum, à prevenção da epidemia e à protecção das pessoas que vivem com o VIH/SIDA.

As actividades das ONG dedicadas à prevenção do vírus e à protecção das pessoas que vivem com o VIH/SIDA podem, por decisão do Ministério da saúde, ser consideradas como partes integrantes do programa nacional de luta contra a Sida. Todavia, do ponto de vista do Ministério da saúde, a ausência de uma tal decisão ou aprovação não significa a negação da existência de acções empreendidas pela organização em questão, e estas acções serão devidamente consignadas nos registos adequados. As ONG, ao apoiar o Ministério da Saúde, podem contribuir para o melhoramento dos resultados obtidos em certas áreas, tais como a prevenção e o tratamento do VIH/SIDA.

A regulamentação implementada em 1999 no âmbito da lei costa-riquenha instaura um conselho nacional de coordenação dos programas de luta contra o VIH/SIDA composto de sete membros. O Ministério do Trabalho não é directamente mencionado mas graças à nomeação, de entre estes membros, de um alto representante do Fundo de segurança social, o mundo do trabalho é garantido de ocupar uma óptima posição na agenda do conselho. Da mesma forma, não consta na programação uma representação directa dos empregadores e trabalhadores, mas este texto é amplamente formulado para permitir aos sindicatos – que estão directamente interessados no combate contra o VIH/SIDA – ocupar um lugar no conselho :

Artigo 2º : O Conselho nacional de coordenação dos programas de luta contra o VIH/SIDA será constituído por (a) o Ministro ou Vice-ministro da Saúde ou o seu representante ; (b) um representante do Ministro da Educação ; (c) um representante do Ministro da Justiça e dos Indultos ; (d) um representante do conselho de administração do Fundo de segurança social da Costa Rica ; (e) um representante do Decano da Universidade da Costa Rica ; (f) dois representantes das ONG especializadas na área do VIH/SIDA: um deles deve ser uma pessoa que vive com o VIH e, em consequência, capaz de representar as populações contaminadas.

A lei filipina sobre a prevenção e o controlo da SIDA (*SIDA Prevention and Control Act*) criou um Conselho nacional da SIDA constituída por 26 membros. Estes membros incluem, por um lado, representantes de altos representantes de ministérios-chave, tais como os do trabalho, da saúde, da educação, dos assuntos sociais e do desenvolvimento, do interior e do governo local, da justiça, do turismo, do orçamento, dos assuntos estrangeiros e os de vários outros órgãos governamentais e, por outro lado, representantes de instituições não-governamentais envolvidas na prevenção e no controlo do VIH/SIDA, bem como o representante de uma associação de pessoas que vivem com o VIH/SIDA.

Nos anos 80, o governo indiano criou a Organização nacional de controlo da SIDA (« *National Aids Control Organisation* » ou « *NACO* »), colocado sob a presidência do Ministro da Saúde e da Protecção social da União indiana, apoiado por representantes de diversos sectores. O objecto desta organização era o de reunir em torno de uma mesma mesa, vários ministros, organizações não-governamentais e instituições privadas para coordenar eficazmente a luta contra o VIH/SIDA no país. A NACO, dotada dos poderes que lhe foram conferidos pelos seus estatutos, elaborou uma política nacional de prevenção e controlo da SIDA, com um duplo objectivo: prevenir a propagação da epidemia e diminuir progressivamente o nível de contaminação da população para alcançar uma taxa zero de novas infecções em 2007. Esta política baseia-se igualmente no princípio que consiste em dizer que quando os direitos do homem são protegidos, os riscos de contaminação são menos elevados e a doença menos difícil de conviver para as pessoas atingidas e para a sua família. A NACO, neste aspecto, definiu toda uma série de medidas inspiradas, nomeadamente, no respeito dos Direitos do homem : a avaliação e a revisão da legislação, a prevenção e o tratamento do VIH, a difusão de informações, a criação de serviços jurídicos habilitados a promover estes direitos e a desenvolver uma perícia em todas as questões jurídicas vinculadas ao VIH, a implementação de medidas especiais para os grupos vulneráveis, uma cooperação acrescida com os órgãos das Nações Unidas, etc... Além disso, pede-se a todos os órgãos governamentais e não-governamentais, bem como às organizações internacionais e bilaterais comprometidas na prevenção e no controlo do VIH/SIDA, que harmonizem as suas medidas e os seus programas com esta política.

Comissões dos direitos do homem

A Comissão das Nações Unidas sobre os direitos do homem realizou um inquérito para determinar de que modo estes órgãos nacionais, nomeadamente em voga desde há dez anos aproximadamente, abordavam o problema do VIH/SIDA. Um número importante destas comissões dispunha, de facto, de mecanismos de pesquisa e de depósito de queixas que se revelaram muito úteis na luta contra a discriminação no local de trabalho em razão do VIH. O Secretário geral, no seu relatório intitulado « Protecção dos direitos do homem no contexto da infecção pelo vírus da imunodeficiência humana (VIH) e da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA)⁸⁷, fornece alguns exemplos :

28. A Comissão nacional mexicana dos direitos do homem salientou que nenhuma situação podia justificar a violação dos direitos do homem. Ela indicou que dava prioridade às

⁸⁷ Documento ONU E/CN.4/2003/81, Genebra, 20 de Janeiro de 2003.

questões visadas no Regulamento oficial sobre a prevenção e a luta contra o VIH/SIDA, nomeadamente a informação sobre a prevenção, a protecção, os cuidados e os tratamentos. Os seus trabalhos abrangem o acesso das pessoas atingidas pelo VIH/SIDA aos tratamentos e aos cuidados, à formação do pessoal médico, ao acesso à assistência psicoterapêutica e a prevenção da transmissão do VIH por via de transfusão de sangue. Ela recebe queixas por recusa de cuidados, não comunicação a um paciente quanto ao resultado de sua serologia VIH, recusa de conceder prestações de segurança social e divulgação abusiva da serologia VIH ou sida. A Comissão declarou-se preocupada pelos atrasos no exame e na indemnização dos casos de discriminação ligados ao VIH/SIDA, devido à complexidade dos procedimentos administrativos, nomeadamente pela discriminação da qual são vítimas as pessoas atingidas pelo VIH/SIDA por parte dos profissionais da saúde. A Comissão menciona que no México a reticência em falar aberta e francamente dos contactos sexuais continuava a entravar os esforços que visam a enfrentar a epidemia e a impedir a discriminação contra as minorias sexuais, bem como as pessoas atingidas pelo VIH/SIDA.

Inspecção do trabalho

Desde há alguns anos, o papel tradicional das inspecções do trabalho, que consistia essencialmente em zelar pela aplicação da legislação, ampliou-se para abarcar os serviços de aconselhamento e informação. O papel que poderiam desempenhar estas instituições no âmbito da prevenção e da luta contra a discriminação fundada no VIH é então evidente. Os principais textos da OIT – a Convenção sobre a administração do trabalho de 1978 (nº 150), a Convenção sobre a inspecção do trabalho de 1978 (nº 81) e a Convenção sobre a inspecção do trabalho (agricultura) de 1969 (nº 129) – conferem as orientações quanto aos meios de estruturas os serviços de inspecção do trabalho para torná-los mais eficientes e úteis. O facto de acrescentar a estes últimos os serviços de informação, formação e aconselhamento sobre o VIH/SIDA forneceria um instrumento de sensibilização ideal no âmbito de uma política nacional voltada a este problema. O Repertório de recomendações do BIT dedica uma parte do seu capítulo sobre a formação, à actualização das competências dos inspectores do trabalho, nomeadamente na área da prevenção do VIH/SIDA no local de trabalho. Várias leis sobre a Sida definiram o papel da inspecção do trabalho, nomeadamente a seguinte: o lugar adequado para resolver os conflitos ligados à discriminação fundada no VIH nas práticas de contratação e despedimento.

A regulamentação de 14 de Outubro de 1996, adoptada ao abrigo da lei nicaraguana sobre a promoção, a protecção e a defesa dos direitos do homem no âmbito da luta contra o VIH/SIDA, enuncia explicitamente o direito das pessoas que vivem com o vírus, de apresentar uma queixa perante a inspecção do trabalho :

Artigo 22º : Em aplicação do artigo 21º, qualquer pessoa que não foi contratada ou que foi despedida por motivo de sua seropositividade, pode depositar queixa junto à inspecção do trabalho local, que é a autoridade competente para impor o cumprimento deste direito, em conformidade com o Código do Trabalho.

Gabinete do ombudsman

Esta instituição é de origem sueca. Os « gabinetes do Ombudsman » ou Ombuds foram criados para zelar pela aplicação das leis suecas no tocante às diversas formas de discriminação (sexo, origem étnica, crenças, deficiência e orientação sexual). Trata-se ao mesmo tempo de centros de recolhimento de queixas, e serviços de pesquisa que zelam pelo cumprimento das leis. Os Ombuds podem coabitar com outras instituições mais oficiais. De acordo com o estipulado nos textos que os institucionalizam, o seu objecto é o de facilitar a eliminação da discriminação no local de trabalho.

Apesar de que a discriminação fundada no VIH/SIDA não seja aí evocada, os poucos exemplos de texto mencionados a seguir mostram a utilidade deste tipo de instituição, que

privilegia a conciliação para resolver os conflitos e recorrer mais amplamente à sensibilização e à formação. A lei sueca⁸⁸ de 1991 sobre a igualdade das oportunidades em relação ao emprego dos homens e mulheres (*Equal Opportunity Act*), abrange as seguintes disposições:

Artigo 30° : Serão criados um cargo de Ombudsman da igualdade das oportunidades e uma Comissão da igualdade das oportunidades, a fim de garantir a aplicação da presente lei. O Ombudsman da igualdade das oportunidades e os membros da Comissão para a igualdade das oportunidades serão nomeados pelo Governo.

Artigo 31° : A função principal do Ombudsman da igualdade das oportunidades é a de fazer com que os empregadores apliquem voluntariamente a presente lei. Ele deverá também participar nas acções empreendidas para promover, por outros meios, a igualdade das oportunidades

Ainda na Suécia, a lei de 1994 sobre a discriminação étnica (*Ethnic Discrimination Act*)⁸⁹, adopta uma abordagem semelhante mas descreve com mais detalhes os poderes e o papel do Ombudsman :

Artigo 2° : O governo nomeará um Ombudsman que terá por função a prevenção da discriminação no mundo do trabalho e nos outros domínios da vida em sociedade.

Artigo 3° : O Ombudsman deverá, através dos conselhos e outros meios semelhantes, apoiar as pessoas que são vítimas de uma discriminação étnica em razão da origem étnica, para defender os seus direitos. Além disso, ele deverá, por meio do diálogo com as autoridades, as empresas e as organizações e pela sensibilização da opinião pública, a difusão de informações e outros métodos semelhantes, suscitar novas medidas de prevenção da discriminação étnica.

Artigo 4° : O Ombudsman deverá nomeadamente fazer tudo o que está ao seu alcance para a prevenção da discriminação no momento do contrato do trabalho em razão da origem étnica. O Ombudsman, graças aos seus contactos com os sindicatos de empregadores e trabalhadores em questão, deverá empenhar-se na melhoria das relações entre os diferentes grupos étnicos no local de trabalho. No artigo 17° constam as disposições que autorizam o Ombudsman a lançar procedimentos, no caso de conflito ligado a actos discriminatórios contra um candidato a um emprego ou um trabalhador.

Artigo 5° : O Governo nomeará um Conselho encarregado da discriminação étnica, constituído de três membros. Este Conselho apoiará o Ombudsman no tocante às questões de princípio ligadas à aplicação da lei, e proporá ao Governo emendas à lei ou outras medidas susceptíveis de lutar contra a discriminação étnica. O Conselho é igualmente habilitado a estatuir sobre os casos abrangidos pelo artigo 7°.

Na Índia, um projecto de lei nacional sobre a SIDA prevê a criação, a níveis governamental e sindical, de um Ombud da saúde e comissões sobre o VIH que zelarão pelo respeito da futura lei.

O ónus da prova

Provar que houve violação da lei em um caso de discriminação, pode revelar-se uma tarefa complexa, seja a discriminação directa ou indirecta. Por exemplo, em um processo de discriminação presumida que implica um candidato a um emprego que foi recusado por

⁸⁸ Lei n° 443 de 30 de Maio de 1991, publicada no Jornal oficial sueco *Official Bulletin* de 7 de Junho de 1991.

⁸⁹ Lei n° 134 de 7 de Abril de 1994, publicada no Jornal oficial sueco *Official Bulletin* de 19 de Abril de 1994.

motivos supostamente discriminatórios, as informações respeitantes aos critérios de selecção, às qualificações exigidas e à avaliação dos diversos candidatos só são, em geral, conhecidas pelo empregador. Este é nomeadamente o caso nos assuntos ligados à discriminação indirecta quando estes critérios de contratação foram, com frequência, estabelecidos com muitos anos de antecedência. O ónus da prova incumbe, em vários países, ao candidato a um emprego e, por conseguinte, o empregador não é obrigado a provar que a recusa de um candidato não era fundada em razões discriminatórias. Nestas condições, o empregador pode obter ganho de causa praticamente sem pronunciar uma palavra: para tal, basta que recuse os argumentos do requerente. Na prática, o facto de que compete ao requerente apresentar o ónus da prova, constitui um problema de procedimento maior e, com frequência, um obstáculo insuperável para o queixoso. Os elementos de prova num processo penal podem às vezes ser obtidos sem grandes dificuldades (por exemplo, um pequeno anúncio com uma proposta de emprego explicitamente discriminatória) mas, na maioria dos casos, trata-se de acções ou atitudes cujo carácter repreensível só é suspeito mas não comprovado. Neste caso, é quase impossível provar que houve discriminação. O mesmo ocorre nos assuntos de discriminação sistemática quando, em geral, todas as informações e documentação que poderiam constituir uma prova, estão nas mãos da pessoa acusada.

Estes obstáculos levaram os legisladores a « inverter o ónus da prova ». A partir do momento em que o queixoso prove um caso *prima facie* de discriminação apoiada por factos, compete ao acusado provar que o seu acto não era discriminatório. Um dos melhores exemplos desta abordagem é a directiva do Conselho da União europeia n° 97/80/EC de 15 de Dezembro de 1997 respeitante ao ónus da prova nos casos de discriminação em razão do sexo.⁹⁰

O texto da União Europeia, em virtude da sua exemplaridade, deve ser citado na sua totalidade, como um modelo de boa prática que se revelou eficaz para abordar a discriminação em razão do sexo, e que deveria provar a sua utilidade na abordagem da discriminação ao emprego em razão do VIH/SIDA :

[...] considerando que as partes autoras em justiça poderiam ser privadas de qualquer meio eficaz para fazer com que seja respeitado o princípio de igualdade de tratamento perante a jurisdição nacional, se o facto de apresentar a prova de uma discriminação aparente não tivesse por efeito impor ao réu o encargo de provar o carácter não-discriminatório do seu acto; considerando que o Tribunal de Justiça das Comunidades europeias afirmou, em consequência, que a adaptação das regras respeitantes ao ónus da prova impõe-se a partir do momento em que existe uma aparência de discriminação e que, no caso em que esta situação é provada, a aplicação efectiva do princípio de igualdade de tratamento requer que o ónus da prova incumba ao réu ; considerando que é mais difícil provar o caso de discriminação indirecta; que, por conseguinte, convém definir a discriminação indirecta;

Artigo4 – 1 : Os Estados-Membros adoptam as medidas necessárias, em conformidade com o seu sistema judicial, para que, no caso em que uma pessoa se considere prejudicada pelo não cumprimento do princípio de igualdade de tratamento em relação à sua pessoa, e estabelece, perante uma jurisdição ou uma instância competente, os factos de presunção da existência de uma discriminação directa ou indirecta, o réu seja obrigado a provar que não houve violação do princípio de igualdade de tratamento.

O artigo 10° da directiva do Conselho n° 2000/78/EC, que estabelece um quadro geral de protecção da igualdade de tratamento em matéria de emprego e profissão, adopta uma formulação análoga no tocante aos casos de discriminação em razão da deficiência, orientação sexual, etc...

⁹⁰ *Jornal oficial das comunidades europeias*, 1998-01-20, N° L.14, p. 6-8.

Na Tanzânia, a lei sobre as relações de trabalho e emprego (*Employment and Labour Relations Bill*) de 2003, abrange esta declaração sobre a inversão do ónus da prova no âmbito da discriminação em razão do VIH/SIDA :

Artigo 6(7): Em qualquer processo judicial civil -

- (a) *Quando o empregado consegue provar um caso prima facie de discriminação em razão de um ou vários critérios abaixo indicados no artigo (3) [que incluem o VIH/SIDA], o empregador deve apresentar as seguintes provas: (i) a prova de que o acto discriminatório presumido não foi cometido; (ii) a prova de que o acto ou a omissão discriminatória não é fundado em um ou vários destes critérios; ou*
- (b) *Se o acto discriminatório não é fundado em um dos critérios indicados no artigo (3), o empregador deve apresentar provas susceptíveis de apoiar a defesa visada no parágrafo (6)[medidas de acção positivas ou qualificações exigidas para o posto].*

Soluções e sanções

No que diz respeito à eficácia das sanções por infracção à lei, importa, por um lado, que estas últimas tenham um efeito dissuasivo sobre as pessoas susceptíveis de prosseguir as suas práticas discriminatórias e, por outro lado, que as vítimas da discriminação recebam uma indemnização justa. Pode-se ordenar um pagamento por perdas e danos, para reparar as perdas financeiras passadas e futuras (danos pecuniários) ou sofrimentos morais ou físicos sofridos (danos não pecuniários). Uma legislação que, por exemplo, abrange disposições para proteger os trabalhadores mas que autoriza, na prática, o empregador a cessar o contrato de trabalho de um trabalhador vítima de discriminação, após ter-lhe pago uma indemnização, não é considerada como uma protecção suficiente.

Os legisladores e responsáveis políticos devem igualmente interrogar-se a respeito da legitimidade das sanções pesadas no âmbito do VIH/SIDA. Em resumo, convém adoptar medidas de prevenção permitindo enfrentar situações sociais que originam discriminações. Além disso, convém notar que a índole da discriminação evolui e que presenciamos cada vez mais uma discriminação indirecta, mais difícil de se submeter às sanções penais.

A maior parte dos países consideraria que é mais eficaz dispor de um amplo leque de penas e sanções a aplicar aos diferentes casos de discriminação, nomeadamente no caso de uma discriminação em razão do estado VIH aparente ou real.

Alguns exemplos abaixo citados, que abordam a discriminação em matéria de emprego e profissão, poderiam inspirar uma legislação sobre o VIH/SIDA. Na Finlândia, a publicidade discriminatória (discriminação em razão do sexo no momento do recrutamento ou durante o emprego) é uma infracção punida com uma coima. Na Eslovénia, a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores constitui uma infracção penal (Lei penal n° 12/77-5/90, artigo 86°). Em conformidade com os termos do artigo 60° desta mesma lei, a violação do princípio de igualdade dos direitos é uma infracção penal no momento em que a discriminação em questão é expressamente proibida. Em Israel, o não-cumprimento da Lei de 1° de Abril de 1988⁹¹ sobre o emprego (igualdade das oportunidades) expõe à responsabilidade penal e civil do autor da infracção e autoriza a vítima da discriminação a solicitar indemnização (eventualmente sob a forma de perdas e danos). A lei espanhola, no Código penal de 1991, prevê sanções penais para os autores de formas graves de discriminação no trabalho em razão do sexo. A lei de 1988 sobre as infracções sociais e as

⁹¹ Lei No. 5748-1988, publicada no jornal *Labour Laws: State of Israel*, Ministério do trabalho e dos assuntos sociais, Jerusalém, 200-01-80, p. 215-221.

sanções⁹² considera que qualquer medida adoptada por um empregador em razão de uma discriminação ligada ao sexo, constitui uma infracção grave.

No Zimbabwe, a Regulamentação de 1998 sobre o VIH/SIDA envia uma mensagem forte sobre o cumprimento da lei. Todavia, a ampla cobertura das possibilidades de violação de *cada* obrigação inscrita na Regulamentação, como a obrigação do empregador de fornecer a cada um dos seus trabalhadores uma cópia desta mesma Regulamentação, pode ocasionar sanções desproporcionais como, por exemplo, nas pequenas empresas que não possuem os recursos suficientes para oferecer uma fotocopiadora ou a compra de exemplares da legislação junto de instâncias governamentais :

Artigo 11° : Infracções e sanções

Qualquer pessoa que infrinja uma disposição da presente Regulamentação é autor de uma infracção e fica sujeito a uma coima máxima de 5.000 dólares, ou uma pena de prisão máxima de seis meses, ou ambas as sanções ao mesmo tempo.

A Regulamentação costa-riquenha de 1999 requer que a parte culpada seja sancionada mas deixa às jurisdições de cada sector a decisão de estabelecer a respeito da índole da sanção consoante as práticas de procedimentos locais :

Artigo 26° : O Ministério do Trabalho e da Segurança social aplicará sanções administrativas, em conformidade com os procedimentos devidamente estabelecidos, aos empregadores culpados de actos discriminatórios. No caso de um estabelecimento público, a decisão ou a sentença deve ser comunicada ao superior hierárquico do funcionário em questão, para que seja aplicada a sanção disciplinar prevista. O Ministério do Trabalho e da Segurança social deverá velar à aplicação da sanção em questão...

Artigo 32° : Qualquer estabelecimento, público ou privado, visado pela Lei Principal n° 7771, ou pela presente Regulamentação, deve incluir, em suas regras e seus acordos disciplinares internos, sanções que correspondam à violação, por acção ou omissão, da Lei ou da presente Regulamentação, a fim de diligenciar a sua aplicação. Deve-se transmitir ao Conselho nacional de coordenação para o VIH/SIDA, exemplares das regras ou acordos internos.

Os legisladores, às vezes perplexos diante a eficácia das coimas em um contexto de inflação, ou até de hiper-inflação, esforçaram-se em manter o carácter dissuasivo da sanção. Um dos métodos empregados consiste em estabelecer o montante da coima não como um valor mas como uma « unidade » ou um « nível ». Este parâmetro pode, em seguida, ser definido com mais facilidade, em termos monetários, em uma regulamentação (que será mais fácil alterar do que uma lei). Por exemplo, a Lei sobre as relações de trabalho do Zimbabwe, tal como foi alterada em 2002, pune as pessoas que dificultam os inspectores do trabalho a realizar as suas tarefas:

Artigo 126(5) : ...cometem uma infracção e incorrem uma coima máxima de nível 5 ou uma pena de prisão máxima de 6 meses, ou ambas as sanções ao mesmo tempo.

Um determinado número de países foram mais além, ao legislar a favor do que chamamos geralmente « o cumprimento do contrato ». Este instrumento que visa a promoção da igualdade, o que encontramos habitualmente nas leis que estipulam medidas de acção positiva, exige que os empregadores estabeleçam um certificado atestando o seu respeito da política de igualdade, caso contrário eles correm o risco de perder todos os contratos ou empréstimos que puderam obter do Estado. A lei sul-africana sobre a igualdade das oportunidades do emprego (*Employment Equity Act*) fornece um bom exemplo :

⁹² Lei No. 8 de 4 de Julho de 1988, publicada no jornal oficial *Official State Bulletin*, 15-04-1988, N°91, p. 11427 a 11434

Artigo 53º: Contratos de Estado

(1) Qualquer empregador que faz uma oferta de contrato junto a um organismo governamental para fornecer mercadorias ou serviços, ou para uma locação qualquer de material ou serviços --

a. deve (i) se é um empregador designado, cumprir os capítulos II e III da presente Lei; ou (ii) se não é um empregador designado, cumprir o Capítulo II da presente Lei; e

b. anexar a esta oferta (i) ou, segundo os termos do parágrafo (2), um certificado provando que este empregador cumpriu os termos dos Capítulos abrangidos pela presente Lei ; ou (ii) uma declaração do próprio empregador indicando que este último cumpriu os termos dos Capítulos abrangidos pela presente Lei, o que constitui uma prova do cumprimento destas exigências, após verificação do Director geral.

(2) O empregador mencionado no parágrafo (1) pode obter do Ministério, um certificado confirmando o cumprimento, por sua parte, de todas as exigências...

(3) Um certificado estabelecido consoante os termos do parágrafo (2) permanece em vigor durante 12 meses a partir da data de expedição ou até à próxima data em que o empregador é obrigado a submeter um relatório... e selecciona-se o mais longo destes dois períodos.

(4) O não cumprimento das disposições da presente lei constitui um critério suficiente de rejeição de qualquer oferta de contrato visada no parágrafo (1) ou de anulação de contrato.

Capítulo XI – Observações finais

Os comentários acima referidos e os exemplos que os ilustram, constituem uma reflexão a respeito dos meios de ampliar a cobertura da prevenção e da assunção do VIH/SIDA na legislação do trabalho. O Repertório de recomendações práticas do BIT e as convenções da OIT que abordam estes temas são neles amplamente citados. Uma reforma da legislação do trabalho não pode ser tecnicamente perfeita. Cada vez que tratamos de uma área sensível como neste caso, uma tal reforma é necessariamente o fruto de compromissos sociais e políticos e ásperas negociações. Qualquer legislação deve, em primeiro lugar, oferecer um quadro estável e flexível que proporcione uma boa direcção do mercado do trabalho e relações saudáveis entre os empregadores e os trabalhadores. Na prática, isto significa que as questões aparentemente discutíveis sobre um plano técnico, não constituem necessariamente um problema do ponto de visto do utilizador. A OIT estima que são os próprios utilizadores e não os especialistas da legislação que deveriam ter a última palavra quanto à imparcialidade ou a viabilidade de uma lei, qualquer que seja a área abrangida. A adopção e a aplicação de textos legislativos (este é o princípio mais defendido pela OIT) devem ser o resultado de um diálogo social e de um concertamento aprofundado entre todas as partes em questão. A experiência mostra que as disposições acerca do VIH/SIDA assim adoptadas são as mais viáveis. Os textos de lei bem pensados, como aqueles citados como exemplo no presente documento, podem contribuir de modo significativo para a luta contra a pandemia e os problemas de discriminação e estigmatização que ela ocasiona no mundo do trabalho.

Anexo 1 – Ferramentas do BIT em matéria de reforma da legislação do trabalho

- NATLEX & ILOLEX - bases de dados
- *Orientações sobre a legislação do trabalho*, Genebra, 2003, CD-ROM e na web :

<http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/lfg/main.htm>

- *Estudo comparativo do conteúdo das leis recentes sobre a função pública*, Documento de trabalho nº 5, Programa focal sobre o diálogo social, a legislação do trabalho e a administração do trabalho, Genebra, 2001
- *Repertório sobre o despedimento*, Genebra, 2000 (só em inglês), na web :

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/>

- Os estudos de conjunto dos mecanismos do controlo da OIT
- Perfis dos sistemas jurídicos em matéria de direito do trabalho disponíveis (só em inglês) no « *l'Observatoire internationale du droit du travail* » (Observatório internacional do direito do trabalho) na web :

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/national/index.htm>