Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito[1] [2]

André Gonçalo Dias Pereira[3]

Palavras-chave: VIH/SIDA, cirurgia, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à intimidade da vida privada e familiar, não discriminação, medicina do trabalho.

Resumo: Análise dos instrumentos normativos a situação de um médico cirurgião a quem foi diagnosticada seropositividade para o VIH, pelos serviços de medicina do trabalho. Neste artigo será discutida a legitimidade de submeter o médico cirurgião a um teste para o VIH, no âmbito da medicina do trabalho bem como os requisitos do consentimento informado para a realização do teste. Por outro lado, será analisado o problema da confidencialidade da informação médica. Finalmente, será discutida a legitimidade de serem tomadas medidas restritivas do conteúdo funcional do estatuto profissional do cirurgião, bem como os deveres do Conselho de Administração face ao médico cirurgião.

Pontos prévios

Neste trabalho procuramos responder à questão de saber da "*existência de legislação ou orientação em saúde pública sobre a situação de um médico cirurgião a exercer funções (…), a que foi diagnosticada seropositividade para o VIH, pelos serviços de medicina do trabalho.*"

Os elementos que nos são fornecidos resumem-se aos seguintes:

- Segundo a Directora Clínica do Hospital onde trabalha o referido médico cirurgião, trata-se de "*um médico ainda jovem, competente, com uma carreira prometedora e interessado em se valorizar nas técnicas laparoscópicas e, que já domina bem.*"

---

[1] Texto publicado em *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º8, 2007, 97-114.

[2] Este texto corresponde, com ligeiras alterações, a um estudo jurídico solicitado pelo Ex.mo Senhor Coordenador Nacional para a Infecção VIH/SIDA ao Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra.

[3] Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra; Pós-graduado em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Secretário científico do Centro de Direito Biomédico; Membro do Conselho Nacional de Medicina Legal; Curador da Fundação Portuguesa: "A Comunidade Contra a SIDA."

- Por outro lado, temos conhecimento – pelo Despacho do Director-Geral de Saúde – que o cirurgião está "*a exercer funções naquele Hospital, em regime de contrato*".

Assim, estamos perante uma relação jurídica que se enquadra no *contrato individual de trabalho*, regulado pelo Código do Trabalho e legislação complementar.[4] Nesse âmbito foi diagnosticada ao trabalhador (cirurgião) seropositividade para o VIH, o que levanta algumas dúvidas e inquietudes com relevo jurídico. A mais candente consistirá em apurar se aquele diagnóstico poderá conduzir a uma modificação do conteúdo funcional do seu estatuto profissional, na medida em que o exercício de determinadas funções possa ser geradora de riscos para os pacientes.

O Direito não se esgota na lei. Donde, mesmo que não haja legislação que directamente resolva estes problemas, deveremos mobilizar as diversas fontes do sistema jurídico, nomeadamente os princípios constitucionais da não discriminação e da proporcionalidade, as normas referentes aos direitos dos trabalhadores e as que proíbem a discriminação de pessoas com risco agravado de saúde. Por outro lado, as normas emanadas de organizações internacionais, tais como as *Recomendações do Conselho da Europa*, e mesmo as de carácter privado como as *Declarações* da *Associação Médica Mundial*, assumem um relevo capital, enquanto critérios éticos de conduta e "*orientações de saúde pública*" face a esta problemática situação.

O percurso que vamos palmilhar passará pela resposta, que se quer sucinta, aos seguintes problemas:

I) Da legitimidade de submeter o médico cirurgião a um teste para o VIH, no âmbito da medicina do trabalho.

II) Do consentimento informado para a realização do teste e da licitude do acesso a esta informação por parte do médico do trabalho.

[4] Se eventualmente se verificar algum equívoco na qualificação jurídica do estatuto profissional deste médico, em virtude da falta de elementos documentais para análise da situação, as referências à legislação laboral devem ser consideradas subsidiariamente ou por analogia.

III) Da licitude da comunicação à Directora Clínica do Hospital e ao Conselho de Administração do Hospital do estatuto serológico do trabalhador.

IV) Da legitimidade de o Conselho de Administração do Hospital tomar medidas restritivas do conteúdo funcional do estatuto profissional do cirurgião.

V) Dos deveres do Conselho de Administração face ao médico cirurgião.

Na análise que vamos levar a cabo, deve-se tomar em conta que as conclusões que se retirem deste estudo são de *carácter genérico*, na medida em que não se respeitam os princípios básicos da argumentação jurídica, nomeadamente o *princípio da imediação* e do *contraditório*. Apenas podemos transmitir elementos jurídicos que permitam uma melhor decisão por parte das autoridades competentes, face ao caso concreto. Ainda assim, o discurso que faremos tentará ser o mais concreto possível, atendendo aos dados que nos foram disponibilizados, nomeadamente que a pessoa seropositiva é "*médico cirurgião*", "*ainda jovem, competente, com uma carreira prometedora e interessado em se valorizar nas técnicas laparoscópicas que já domina bem.*"

I) Da legitimidade de submeter o médico cirurgião a um teste para o VIH, no âmbito da medicina do trabalho

O trabalhador tem *direito à reserva da intimidade da vida privada*. Tal direito, já consagrado na Constituição (artigo 26.º CRP) e no Código Civil (artigo 80.º CC) foi reafirmado pelo artigo 16.º do Código do Trabalho.[5] A saúde do trabalhador configura indiscutivelmente um dado de *natureza íntima*[6] e que deve ser sujeito à máxima reserva.

[5] Segundo o artigo 16.º, n.º 2 do Código do Trabalho: "O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o *acesso*, quer a *divulgação* de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, *com o estado de saúde* e com as convicções políticas e religiosas." Esta norma vai mais longe do que o artigo 80.º do Código Civil visto que abrange "quer o *acesso*, quer a *divulgação* de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, o que significa que para além da *intromissão*, também a *difusão* de tais elementos não é permitida." Guilherme DRAY, in Pedro ROMANO MARTINEZ/ Luís MONTEIRO/ Joana VASCONCELOS/ Pedro BRITO/ Guilherme DRAY/ Luís SILVA, *Código do Trabalho*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, p.

Esta asserção não afasta a justeza e a necessidade de criar e promover os serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho, que visam salvaguardar relevantes interesses. O facto de cidadão vestir a pele de trabalhador pode implicar alguma limitação dos seus direitos fundamentais, nomeadamente dos direitos à intimidade e à integridade física e moral, quando se tenha em vista salvaguardar interesses superiores de outros trabalhadores, de terceiros ou mesmo a saúde do próprio trabalhador, tal como previsto no artigo 19.º do Código do Trabalho.[7]

Assim, pode-se justificar o dever do trabalhador se sujeitar a certos exames. Neste sentido afirma o *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 368/02*, de 25 de Setembro:

> "no âmbito das relações laborais, tem-se por certo que o direito à protecção da saúde, a todos reconhecido no artigo 64º, n.º 1 CRP, bem como o dever de defender e promover a saúde, consignado no mesmo preceito constitucional, não podem deixar de credenciar suficientemente a *obrigação para o trabalhador de se sujeitar*, desde logo, aos exames médicos necessários e adequados para assegurar – tendo em conta a natureza e o modo de prestação do trabalho e sempre dentro de critérios de razoabilidade – que ele *não representa um risco para terceiros*: por exemplo, para minimizar os riscos de acidentes de trabalho de que outros trabalhadores ou o público possam vir a ser vítimas, em função de deficiente prestação por motivo de doença no exercício de uma actividade perigosa; ou para *evitar situações de contágio para os restantes trabalhadores*

---

102. Na doutrina juscivilista Paulo MOTA PINTO, "*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*," *BFD*, 69 (1993), p. 531, já defendia esta distinção.

[6] Helena MONIZ, "Notas Sobre a Protecção de Dados Pessoais perante a Informática", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1997, p. 237. Repare-se que a *Lei de Protecção de Dados Pessoais* (Lei nº 67/98 de 26 de Outubro) prevê um regime especial para os dados de saúde, considerando-os "dados sensíveis" (artigo 7.º).

[7] Artigo 19.º (Testes e exames médicos): "1 - Para além das situações previstas na legislação relativa a segurança, higiene e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a *protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros*, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação."

ou para terceiros, propiciadas pelo exercício da actividade profissional do trabalhador."[8]

Das palavras do Tribunal Constitucional resulta que não há uma proibição constitucional geral de levar a cabo testes de saúde no quadro das relações laborais. Naturalmente que se impõe o respeito pelos critérios de *proporcionalidade*, *necessidade* e *adequação*.

Todavia, os testes de detecção do VIH só serão admissíveis em casos excepcionais. A *Comissão Nacional de Protecção de Dados*[9] defende que o portador de VIH, na qualidade de candidato a emprego, não está obrigado nem a fornecer informação que lhe diga respeito nem a ser submetido a qualquer teste. Este tipo de informação não pode ser utilizada para impedir alguém de obter um emprego, nem para fundamentar o seu despedimento.[10] A CNPD visa assim respeitar o Código de Conduta da Organização Internacional do Trabalho segundo o qual: "Uma infecção por VIH não pode ser causa de despedimento. Pessoas com doenças relacionadas com esta infecção devem poder trabalhar enquanto se encontram aptas do ponto de vista clínico."[11]

Mas, esta orientação restritiva deverá valer, sem discussão, também para os profissionais de saúde?

Será legítimo e justificado impor o teste da seropositividade para o VIH a *trabalhadores da área da saúde*, mais concretamente a um *cirurgião*?

O *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida* "reconhece que na prática de certas actividades e em determinadas situações, o teste da SIDA deve ser

---

[8] DR II.ª Série de 25/10/2002. No mesmo sentido, *vide* Paulo MOTA PINTO, "A Protecção da Vida Privada e a Constituição", *BFD*, 76, p. 183. Para uma leitura crítica deste Acórdão do Tribunal Constitucional, *vide* Carlos LOPES DO REGO, "Comentário", in *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro 2002, pp. 149-158.

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

[10] Cfr. Catarina SARMENTO E CASTRO, "A protecção de dados pessoais dos trabalhadores", *Questões Laborais*, 20, Ano IX (2002), p. 150.

[11] Ponto 4.8. do Código de Conduta sobre o VIH/SIDA da O.I.T., publicado em 2001, *apud* Catarina CASTRO, "A protecção de dados pessoais dos trabalhadores", *cit.*, p. 150.

exigível às seguintes pessoas: *profissionais de saúde, que entrem em contacto directo com órgãos ou líquidos biológicos humanos*; dadores de sangue, de esperma, de tecidos e órgãos, grávidas, sobretudo as que pela sua história clínica (por exemplo de prostituição ou de toxicodependência), se revelam de alto risco e com probabilidade de terem sido infectadas pelos vírus HIV."[12]

Seguindo também orientação favorável à imposição de testes do VIH para determinadas profissões, o Tribunal Constitucional italiano, na decisão de 23 de Maio de 1994, declarou inconstitucional uma norma do programa de prevenção e luta contra a SIDA, na parte em que *não* previa exames de despistagem da seropositividade HIV para o exercício de actividades que comportam riscos para a saúde de terceiros.[13]

Mesmo que a solução *positiva* se justifique, deve estar salvaguardado o direito à confidencialidade das informações de saúde. E, em caso de resultado positivo, deverá permitir-se uma mudança na actividade funcional do trabalhador, a qual não deverá acarretar perda de regalias, nos termos da legislação do trabalho. De igual modo, afirma o CNECV, "os trabalhadores atingidos pela SIDA deverão ser tratados numa base idêntica à dos trabalhadores atingidos por outras doenças graves que afectem o desempenho da sua função. Quando a condição física destes trabalhadores se deteriorar, convirá proceder, se possível, à reorganização dos locais e dos horários, a fim de lhes permitir continuar a trabalhar durante o maior período de tempo possível."[14]

Frisemos, por último, que admitir a realização de testes da SIDA em medicina do trabalho e concretamente sobre profissionais de saúde, *maxime* cirurgiões, não significa que se esteja a defender "rastreios sistemáticos para todos os profissionais de saúde."[15] Com efeito, em regra não deve haver testes compulsivos e a proibição de

---

[12] Relatório-Parecer (16/CNECV/96) sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA.
[13] *Raccolta Ufficiale delle Sentenze e Ordenanze della Corte Costituzionale*, vol CXI, 1994, p. 639.
[14] Relatório-Parecer (16/CNECV/96) sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA.
[15] Como afirma António de SOUSA UVA, "SIDA e Trabalho: (in)compatibilidade?," *6.º aidscongress.net: Prevenção da Sida – Um desafio que não pode ser perdido*, 2006, p. 23: "O dinheiro que se gasta em "rastreios" cegos e sistemáticos seria por certo muito melhor empregue na promoção da saúde no trabalho e na melhoria da saúde e do bem-estar dos trabalhadores, através de acções conjugadas de empregadores, empregados, técnicos de saúde e da sociedade em geral na prevenção da infecção pelo VIH. Exceptuam-se por certo, avaliações de situações apreciadas em face de casos concretos."

rastreios obrigatórios foi reafirmada pela recente *Resolução da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa 1536 (2007)* – "VIH/SIDA na Europa."[16]

II) Do Consentimento informado para a realização do teste e da licitude do acesso a esta informação por parte do médico do trabalho

O médico da medicina do trabalho teve acesso ao estatuto serológico do trabalhador. Não sabemos se essa informação de saúde foi directamente transmitida pelo trabalhador ao médico do trabalho, ou se este teve conhecimento após a prescrição de um teste da SIDA.

Nesta última hipótese, tendo nós aceite a licitude da sua prescrição, no âmbito da medicina do trabalho, para o *caso excepcional de um trabalhador cirurgião*, não renunciamos, contudo, a evidenciar certos direitos de personalidade do trabalhador. Referimo-nos ao *direito a ser informado* e de *consentir* na realização daquele exame.

O consentimento informado visa aqui defender, para além do *direito à integridade pessoal* (artigo 25.º CRP), o *direito à autodeterminação informacional dos dados de saúde*.

O consentimento informado está consagrado ao mais alto nível no espaço europeu, seja no artigo 3.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, seja no artigo 5.º da *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*.

No direito interno, para além da base constitucional,[17] este direito está regulado nos arts. 156.º e 157.º do Código Penal, no Código Civil (arts. 70.º, 81.º e 340.º) e na Base XIV, nº1, al. e) da Lei de Bases da Saúde (Lei nº48/90 de 24 de Agosto), entre outros diplomas especiais de direito da saúde.[18]

---

[16] Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1536 (2007) HIV/Aids in Europe: artigo 9.10. "ban compulsory HIV/Aids screening for people applying for travel visas, asylum, *jobs* or enrolment at a university in favour of voluntary testing."

[17] Designadamente os *direitos à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade*, consagrados nos artigos 25.º e 26.º da CRP.

[18] Sobre a doutrina do consentimento informado em geral, vide André Gonçalo DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

Com efeito, não encontramos qualquer disposição que preveja a possibilidade de realização de exames *contra* ou *sem* a vontade do trabalhador. A lei apenas determina um *dever de cooperação do trabalhador*, no qual se insere o dever de "comparecer aos exames médicos e realizar os testes que visem garantir a segurança e saúde no trabalho."[19]

Assim, a realização de um teste da SIDA no âmbito da medicina do trabalho, sem ou contra a vontade do sujeito, preenche o tipo legal de crime de *intervenção médico-cirúrgica arbitrária*, previsto e punido pelo artigo 156.º do Código Penal.[20]

No mesmo sentido se pronunciou – num caso que envolvia a realização de testes a um militar – o Provedor de Justiça através da *Recomendação n.º 32/B/99*, sobre *Despistagem do vírus da SIDA e Discriminação*, determinado que: "1. As análises para despistagem do VIH apenas sejam feitas com o *consentimento informado* e escrito do interessado."

Por conseguinte, o médico do trabalho terá acedido legitimamente à informação relativa ao estatuto serológico do trabalhador/ cirurgião, desde que o trabalhador haja dado o consentimento livre e esclarecido para a realização do teste ou haja transmitido voluntariamente essa informação.

Caso contrário, o acesso à informação terá sido ilegítimo e poderá ter havido a prática de ilícitos de natureza criminal, disciplinar e civil.

III) Da licitude da comunicação à Directora Clínica do Hospital e ao Conselho de Administração do Hospital do estatuto serológico do trabalhador

O dever de guardar segredo médico é – desde Hipócrates – um dos pilares em que se estrutura a relação de confiança entre o médico e o paciente. Este dever encontra-

[19] Artigo 255.º, n.º1, al. b) da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho (regulamenta o Código do Trabalho).
[20] Artigo 156.º do Código Penal: 1. "As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos *sem consentimento do paciente* são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa."

se justamente regulamentado no Código Deontológico da Ordem dos Médicos[21] e criminalmente tutelado pelo Código Penal.[22] A Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, relativa à *informação genética pessoal e informação de saúde*, veio complementar esta matéria, definindo "informação de saúde"[23] e determinado que o paciente é o "*proprietário da informação de saúde*."[24]

O Direito impõe ao médico, também no âmbito da medicina do trabalho, especiais exigências de confidencialidade. Com efeito, nos termos do artigo 19.º, n.º3, do Código do Trabalho "O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador *está ou não apto* para desempenhar a actividade, salvo autorização escrita deste."[25]

O médico do trabalho apenas informa da "aptidão" ou "não aptidão". Pelo que, como regra, o médico deve manter segredo e não informar a entidade patronal.[26] O empregador não tem o direito de tomar conhecimento sobre o estado de saúde do trabalhador, competindo ao médico atestar a sua aptidão ou não para o trabalho e disso informar a entidade patronal. "A ficha clínica está sujeita ao segredo profissional, só podendo ser facultada às autoridades de saúde e aos médicos da Inspecção-Geral do Trabalho" – prescreve o artigo 247.º, n.º 2 da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, que regulamenta o Código do Trabalho.[27]

Respeita-se, assim, a *Recomendação R (89) 15 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Parte sobre os assuntos éticos da infecção VIH nos*

---

[21] Cfr. artigos 67.º e 68.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.
[22] Cfr. artigo 192.º (*Devassa da vida privada*) e artigo 195.º (*Violação de segredo*) do Código Penal.
[23] Artigo 2.º (*Informação de saúde*): "Para os efeitos desta lei, a informação de saúde abrange todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar."
[24] Artigo 3.º (*Propriedade da informação de saúde*): "1. A informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é *propriedade da pessoa*, sendo as unidades do sistema de saúde os depositários da informação, a qual não pode ser utilizada para outros fins que não os da prestação de cuidados e a investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei."
[25] Para uma crítica da possibilidade de o trabalhador dar o seu consentimento, *vide* José João ABRANTES, "O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador", in *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, p. 165, n. 52 e o *Parecer n.º 8/2003 – sobre o Novo Código do Trabalho* da *Comissão Nacional de Protecção de Dados*.
[26] Esta regra foi claramente enunciada no *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 306/03*, de 25 de Junho de 2003. Veja-se também o *Parecer na Comissão Nacional de Protecção de Dados (Parecer n.º 8/2003) – sobre o Novo Código do Trabalho*.
[27] Cfr. ainda os artigos 248.º e 249.º do mesmo diploma.

serviços de saúde e nos equipamentos sociais, que impõe aos Estados o dever de lutar contra a discriminação dos portadores de HIV/SIDA na relação laboral, colocando especial ênfase nos deveres de *confidencialidade* e de *não discriminação* dos portadores de VIH que recaem sobre os profissionais de saúde da medicina do trabalho.[28] [29]

Neste caso concreto, o médico do trabalho transmitiu à Directora Clínica do Hospital este dado de saúde *pessoalíssimo* referente ao trabalhador (médico cirurgião). *Prima facie*, estamos perante uma conduta ilícita e mesmo criminalmente punível.

Todavia, podemos justificar a atitude do médico do trabalho por duas ordens de razões. Por um lado, perante a falta de orientação sólida relativamente a considerar este cirurgião como "apto" ou "não apto", ele próprio teria dúvidas sobre que decisão tomar. Por outro lado, estamos perante uma relação laboral muito especial, em que do lado da "entidade patronal" nos surge uma Directora Clínica, com assento no Conselho de Administração, que é médica, tendo por isso não só o dever de guardar sigilo face a esta notícia, como deve ter uma especial preparação deontológica e profissional para lidar com a informação. Por outro lado, o médico do trabalho tem o *dever de zelar* pelas melhores condições de funcionamento da instituição de saúde onde desempenha a sua actividade. Não se compreenderia que ao médico do trabalho fossem de todo indiferentes os riscos a que um profissional de saúde pudesse expor os pacientes.

---

[28] *Recommendation No R(89)14 of the Committee of Ministers to member states on the ethical issues of HIV infection in the health care and social settings* (adopted by the Committee of Ministers on 24 October 1989, at the 429th meeting of the Ministers' Deputies): "*In relation to occupational health services:* - occupational health care staff should on no account be compelled by an employer to carry out HIV screening on applicants or employees; - occupational health care staff if informed by an employee of a possible HIV infection, should treat the employee's case with the usual rules of confidentiality and use such information only in the interest of the patient's health; - on no account should the occupational health care staff reassess his aptitude in the light of such information (unless the employee might risk exposure to factors in the workplace potentially detrimental to his health), *on no account should they be required to inform the employer of the condition of any worker who is HIV infected*; - employers should have a duty to protect the confidentiality of medical information relating to their employees, particularly as concerns HIV infection; therefore health data should only be handled and stored by authorised personnel who are bound by rules on medical confidentiality."

[29] Esta mesma linha de raciocínio é seguida pelos tribunais da União Europeia. Vejam-se o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1992 (in *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do tribunal de Primeira Instância*, 1992-9, p. II 2197") e o Acórdão do Tribunal Europeu de Justiça de 5 de Outubro de 1994 (*Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, 1994-10, I-4781 a 4793). Cfr. António BERNARDO COLAÇO, "O infectado de VIH: a aguardar cidadania plena em sede laboral (Resenha jurisprudencial; pistas para uma solução jurídica), *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2003, n.º 93, pp. 101-112.

Assim, sendo, somos levados a concluir que o médico do trabalho revelou esta informação à Directora Clínica ao abrigo de um *conflito de deveres*, pelo que se exclui a ilicitude da sua conduta.[30]

É fundamental, porém, que não se amplie o *círculo de segredo* para além do Conselho de Administração. Acresce que todos os que tiveram acesso a esta informação "em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte" estão obrigados a sigilo, sob pena de responsabilidade civil (artigo 80.º CC) e penal (violação de segredo – artigo 195.º CP).[31]

IV) Da legitimidade de o Conselho de Administração do Hospital tomar medidas restritivas do conteúdo funcional do estatuto profissional do cirurgião seropositivo

Entramos agora no cerne da questão que nos é colocada no pedido de parecer.

Estamos perante um caso de colisão de direitos. De um lado deparamos com os interesses e os direitos do trabalhador, que gostaria de prosseguir a sua carreira profissional, nem ver devassada a sua privacidade. Do outro topamos os interesses dos pacientes em não serem expostos ao risco de contaminação pelo VIH, para além dos riscos típicos de uma cirurgia.

Traduzindo em termos de direitos fundamentais, do lado do trabalhador/cirurgião, devemos considerar o *direito ao desenvolvimento da personalidade* (artigo 26.º n.º1 CRP), *o direito à intimidade da vida privada e familiar* (artigo 26.º, n.º1 CRP), o *direito a não ser discriminado* (artigo 26.º, n.º1 CRP), bem como o *direito ao trabalho* (artigo 58.º CRP);[32] este último abrange o *direito a uma*

---

[30] Cfr. artigo 36.º do Código Penal: "1 - Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas de autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar."

[31] Cfr. ainda o artigo 192.º (*Devassa da vida privada*).

[32] Cfr. João CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Almedina, 1985.

ocupação efectiva, compatível com o conteúdo funcional para o qual o médico cirurgião foi contratado.[33]

Por seu turno, os interesses dos pacientes, podem ancorar-se no *direito à integridade pessoal* (física e psíquica), previsto no artigo 25.º CRP.

A questão determinante, cuja resposta positiva pode justificar uma limitação do conteúdo funcional do estatuto profissional do trabalhador, é a de saber se o cirurgião pode, na sua prática cirúrgica, colocar em *perigo iminente* a *integridade física* (*grave*)[34] e, no extremo, a *vida* de terceiros?

Seguindo o cânone metodológico que nos é oferecido pelo princípio da proporcionalidade, iremos ajuizar da necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito) do afastamento deste cirurgião de algumas as suas competências funcionais.

Para tanto, vamos distinguir, de entre as suas funções, as que se relacionam com a prática de:

a. Cirurgia aberta ou clássica;
b. Cirurgia laparoscópica;
c. Serviço de consulta médica;
d. Funções de investigação e ensino;
e. Funções de gestão e administração.

Podemos afirmar, sem dificuldades, que o jovem médico cirurgião mantém irrepreensíveis as suas capacidades para exercer as funções enunciadas em c), d) e e),

[33] O *direito ao trabalho* das pessoas que vivem com VIH/SIDA foi claramente afirmado pelo *Parecer da Procuradoria-geral da República*(publicado no Diário da República n.º 96, II Série, de 24 de Abril de 1997) referente aos requisitos para recrutamento, concursos e acesso ao emprego ou a cargos públicos, no qual conclui que a lei portuguesa, relativamente a indivíduos portadores do VIH, não exclui a emissão do atestado de robustez física e de perfil psíquico e que releva da apreciação médica, através do respectivo atestado, avaliar se os indivíduos portadores do VIH dispõem ou não de robustez fisíco-psíquica necessária ao exercício das funções a que se candidatam.

[34] Seguimos, por analogia, a classificação dos bens jurídicos prevista no Código penal: o artigo 144. º, al. c) do Código Penal, considera ofensa à integridade física grave, quando se provoque "doença particularmente dolorosa ou *permanente* (…)."

isto é, para manter a sua actividade de consulta médica,[35] podendo reforçar as funções de investigação e ensino e desenvolver as suas capacidades de gestão e administração em saúde.

Seria, pois, claramente desproporcionada – e por isso ilícita e sancionável[36] – qualquer medida que visasse afastar este trabalhador destas facetas do conteúdo funcional do seu estatuto profissional.

Relativamente à prática de *cirurgia aberta* ou *cirurgia clássica* por parte de um cirurgião com seropositividade para o VIH, devemos procurar saber se esse facto, em si, implica a criação de um *perigo grave* e *iminente* para a *integridade física* do paciente. E perguntar ainda se não será esse perigo superado, na sua totalidade, pela utilização de regras de segurança especiais?

Segundo alguma literatura são conhecidos muito poucos casos de transmissão de VIH do cirurgião ao paciente. Este facto é posto em evidência pela *Declaração sobre os Cirurgiões e a Infecção VIH*, do Colégio de Cirurgiões Americano.[37]

Para outros, a possibilidade de contacto sanguíneo no decurso de uma *cirurgia aberta* é real. "Em cirurgia geral sabe-se que o risco de transmitir ao doente o VIH é de cerca de 1:500.000."[38]

Estas são matérias técnicas sobre as quais o jurista tem dificuldade em pronunciar-se em definitivo, mais a mais não podendo recorrer a *laudos periciais* sobre a questão e não estando assegurado o *princípio do contraditório*. Por conseguinte,

---

[35] Desconhecemos a especialidade deste médico cirurgião. Algumas especialidades, como por exemplo a Urologia, contêm uma forte dimensão médica; outras centram-se mais na cirurgia (será o caso da Cirurgia geral), sendo a assistência médica subsidiária ou complementar.

[36] Quer pelas normas do Direito do Trabalho, quer pela Lei n.º 46/2006 de 28 de Agosto Proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde.

[37] *Statement on the surgeon and HIV infection* (Revised May 2004) [by the American College of Surgeons] in http://www.facs.org/fellows_info/statements/st-13.html - Reprinted from *Bulletin of the American College of Surgeons*, Vol.89, n.º. 5, May 2004: "*There has been no documented transmission of HIV infection in the performance of surgical treatment from a surgeon to a patient to this date*." (…) "The surgical community emphasizes that available scientific data indicate that transmission of HIV infection from physician, surgeon, or nurse to patient is extremely rare." (…) "We continue to believe in operating room behavior that will minimize the risk of transmission of HIV or any other blood-borne or environmentally transmissible pathogen. We believe in enforcing a high standard of infection control and universal precautions, which remain the best strategy for protecting patients and surgeons from accidental exposure. (…) Any regulatory efforts should be based solely on documented scientific data and not on *unfounded hysteria*."

[38] António de SOUSA UVA, "SIDA e Trabalho: (in)compatibilidade?," *ob. cit.*, p. 23.

apenas podemos enunciar um *critério jurídico de decisão*, a qual deve ser assumida por quem, com maior proximidade e conhecimentos técnicos mais especializados, tiver autoridade para a tomar.

Assim, *se partirmos do dado epidemiológico segundo o qual há um perigo real e iminente de contágio de um paciente*, parece ser *necessário* impedir o cirurgião de exercer as funções de *cirurgia aberta*. Essa medida revelar-se-ia *adequada* e não violaria o *princípio da proibição do excesso* ou *proporcionalidade em sentido estrito*, já que o direito fundamental ao trabalho, incluindo o *direito a uma ocupação efectiva* não ficaria afectado no seu "núcleo essencial." Este médico cirurgião poderá manter a sua profissão, dedicando-se à parte médica (não cirúrgica), ao ensino e investigação e à gestão e administração hospitalar.

Em sentido próximo – mas quiçá demasiado rigoroso – pronunciou-se, em 1996, o *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*,[39] afirmando:

> "os médicos se são seropositivos por HIV ou doentes de SIDA, pelo alto risco de transmitir a outros os vírus de HIV, através do sangue no exercício da especialidade, *têm o dever de renunciar à especialidade e quedar-se por outras artes com menor risco*".[40]

---

[39] *Relatório-Parecer sobre a obrigatoriedade dos testes da SIDA* (16/CNECV/96).

[40] Alguma literatura afirma que o risco de contágio paciente-cirurgião é baixo caso se usem medidas universais de protecção – cfr. O. RUTSCHMANN, *VIH et chirurgie*, in http://www.gfmer.ch/Presentations_Fr/VIH_chirurgie.html.

Questão muito controversa e discutida na doutrina é a de saber se o cirurgião, após ter tido um contacto de risco no decurso de uma operação, pode exigir ao paciente que se realize um teste de SIDA como forma de obviar ou não a realização de tratamentos antiretrovirais. Trata-se de uma situação de conflito entre, por um lado, o direito à autodeterminação informativa do paciente e à sua integridade pessoal e o direito à integridade física do médico.

Nos Países Baixos, o *Hoge Raad*, no acórdão de 12/12/2003 (NJ 2004, 117), aceitou a realização compulsiva do teste argumentando: "um tratamento preventivo do Autor da acção (o dentista) constituiria uma *grave lesão ao seu direito à integridade física*. Do mesmo modo, o teste infringe o *direito à autodeterminação informativa do paciente* de forma grave. Todavia, o *teste impõe-se*, tendo em conta a relação contratual que se estabeleceu entre as duas partes. A realização forçada do teste é *proporcional*: proteger o direito à saúde é um *objectivo legítimo*; o teste do HIV é a *medida adequada* e revela-se *necessário*, já que não há outro meio para proteger o direito à saúde do médico." E conclui: "O dano ao direito à autodeterminação informativa é pequeno comparado com o hipotético dano à saúde."

Entre nós, o *Parecer sobre a execução do teste de detecção do VIH após exposição ocupacional* (49/CNECV/2006) alcança conclusão diferente. Assim, embora afirmando que "1. É dever do utente, ao abrigo dos princípios éticos de solidariedade e de responsabilidade individual e face à possibilidade de contaminação de terceiros, consentir no teste de detecção do VIH, após um incidente de "exposição ocupacional" de um profissional de saúde," aceita que "uma pessoa capaz de consentir ("competente") pode recusar a execução do teste, não havendo legitimidade para o efectuar compulsivamente."

Dúvidas redobradas se levantam no que diz respeito à prática de *cirurgia laparoscópica*. Se, à primeira vista, esta cirurgia não apresenta qualquer risco de contaminação para o doente, alguns cirurgiões assinalam, contudo, duas ordens de obstáculos de carácter técnico. Por um lado, na cirurgia laparoscópica, o cirurgião também tem que manusear instrumentos cortantes, a cirurgia tem alguma dimensão invasiva e não está totalmente afastada a hipótese de contacto sanguíneo. Por outro lado, no exercício da laparoscopia é conhecido e previsível o risco de ser necessário durante a operação e em situação de emergência proceder a uma cirurgia aberta para, por exemplo, estancar uma hemorragia interna.

Assim, na medida em que a cirurgia laparoscópica garanta, com grau elevado de segurança, que o cirurgião não possa acidentalmente criar perigo de contágio do paciente, pode o médico cirurgião manter o seu conteúdo funcional relativamente à cirurgia laparoscópica. Essa seria aliás, a solução que melhor respeitaria o direito ao desenvolvimento da personalidade deste médico, que – como é referido – está "*interessado em se valorizar nas técnicas laparoscópicas, que já domina bem.*"

Todavia, do critério exposto, resulta também a resposta inversa. Isto é, se não houver, com grau de segurança elevado, garantias de que não se possa acidentalmente produzir contaminação pelo VIH do paciente, então não nos parece ser desnecessário, nem desadequado privar o cirurgião desta competência. Tal como na hipótese anterior, da cirurgia aberta, não nos parece violar o *núcleo essencial* do seu direito fundamental ao trabalho, na medida em que pode continuar a exercer medicina (não cirúrgica).

Contudo, este entendimento não é unânime.

A Declaração *Sobre o Cirurgião e a Infecção VIH* do Colégio de Cirurgiões Americano (*American College of Surgeons*) defende que:

> "3. Com base nos dados constantes da literatura actual, *os cirurgiões infectados com o VIH podem continuar a praticar procedimentos invasivos, a menos que haja prova segura da existência de um risco significativo de transmissão da infecção devido à incapacidade de cumprir os procedimentos básicos de controlo de infecções, ou se o cirurgião for funcionalmente incapaz de cuidar*

dos pacientes. Estas medidas devem ser tomadas pelo médico assistente do cirurgião e/ou por um painel institucional designado para aconselhamento e estritamente confidencial. Um tal painel deve ser composto de especialistas em infecciologia, cirurgiões, e outros profissionais de saúde com conhecimentos sobre as infecções transmissíveis por via sanguínea."[41]

Mais acrescenta:

"6. O conhecimento do estado de seropositividade para o VIH do cirurgião não deve ser usado na determinação da aptidão do cirurgião para a prática cirúrgica. O estado de seropositividade é informação de saúde pessoal e não deve ser revelada a ninguém."[42] [43]

Esta posição – que salvaguarda os interesses e direitos do médico cirurgião – conduz a doutrina norte-americana a deparar-se com a questão de saber se *o paciente tem o direito a saber que o cirurgião é portador de VIH.* E a resposta afirmativa tem ganho adeptos nesse país.[44]

Ou seja, os efeitos negativos sobre a carreira do cirurgião que se queriam evitar ao fechar a porta da mudança de conteúdo funcional, poderão entrar pela janela ao

---

[41] "3. Based on data in the current literature, *HIV-infected surgeons may continue to practice and perform invasive procedures and surgical operations* unless there is clear evidence that a significant risk of transmission of infection exists through an inability to meet basic infection control procedures, or the surgeon is functionally unable to care for patients. These determinations are to be made by the *surgeon's personal physician* and/or an *institutional panel* so designated for confidential counseling. Such a panel should be composed of infectious disease specialists, surgeons, and other health care professionals who are knowledgeable about blood-borne infections." – *Statement on the Surgeon and HIV infection* [by the American College of Surgeons], Bulletin of the American College of Surgeons. Vol.89, No. 5, May 2004.

[42] "Knowledge of the HIV infection status of the individual is not to be used in the determination of suitability of the surgeon for surgical practice. The HIV status of a surgeon is personal health information and does not need to be disclosed to anyone." *Statement on the Surgeon and HIV infection, ob. Cit..*

[43] Interessante notar que as injecções inseguras podem ser um maior problema de saúde pública que a prática de cirurgia por parte de pessoas seropositivas. De acordo com a *Declaração acerca de medicação não injectável da Associação Médica Mundial*: "das 12 biliões de injecções administradas em todo o mundo por ano, muitos milhões são inseguras, conduzindo a 8 a 16 milhões de novas infecções por hepatite B em cada ano, 2.3-4.7 milhões de infecções com o vírus da hepatite C e 80,000 a 160,000 novas infecções VIH. Injecções inseguras resultam do sobre-uso de injecções e de práticas inseguras de injecção, incluindo o uso de seringas não esterilizadas, a reutilização de seringas e a inadequada e insegura utilização de seringas e agulhas."

Como é corrente nos problemas biomédicos da actualidade, por vezes preocupamo-nos longamente com o cisco no olho do nosso vizinho e não vemos a catástrofe que se ostenta à nossa frente.

[44] Cfr. Jaen PERRY/ Janine JAGGER, "Lessons from an HCV-infected surgeon", *Bulletin of the American College of Surgeons*, March 2002, Vol. 87, no. 3, p. 13.

impor-se o dever de informar ao paciente os riscos de contágio se decidir realizar a operação com determinado profissional. A ser assim, parece que os efeitos pessoais e profissionais sobre o cirurgião seriam ainda mais graves neste modo de regular esta difícil questão.

Optar por uma mudança do conteúdo profissional ou mesmo por uma mudança de especialidade médica, salvaguardando a confidencialidade face aos seus dados de saúde e a sua não estigmatização social parece ser um caminho menos grave que impor o dever de informar os pacientes sobre o estado de seropositividade para o VIH do cirurgião.

Por outro lado, as conclusões a que chegámos acima são reforçadas pelas orientações éticas, com eminente valor orientador e reconhecida autoridade, [45] proclamadas pelo *Conselho da Europa* e pela *Associação Médica Mundial.*

O Conselho da Europa, já em 1989, através da *Recomendação R (89) 15 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Parte sobre os assuntos éticos da infecção VIH nos serviços de saúde e nos equipamentos sociais,*[46] declarou que os profissionais de saúde infectados com o VIH:

> "- Deveriam ser informados e deveriam procurar aconselhamento acerca dos potenciais riscos associados com o tratamento de pacientes com doenças contagiosas e acerca das medidas para minimizar o risco de exposição para eles próprios e para os seus pacientes;
>
> - *Deveriam evitar participar em actividades médicas que possam criar um risco, ainda que mínimo, de transmissão para os pacientes*; isto vale também para os profissionais de saúde seropositivos que trabalham com independência;

[45] O artigo 4.º da *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina* (publicada no DR-I, Série A, 3 de Janeiro de 2003) veio reforçar o valor jurídico dos "protocolos", "*guidelines*" e das "reuniões de consenso". Estes documentos criados pelos médicos contribuem decisivamente para a definição das *regras de conduta*, o que significa uma aplicação jurídica indirecta, mas forte, das normas internas dos próprios profissionais. Com efeito, reza o artigo 4.º (*Obrigações profissionais e regras de conduta*): "Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto."

[46] Adoptada pelo Comité de Ministros de 24 de Outubro de 1989 – *(Recommendation No R (89)14 of the Committee of Ministers to member states on the ethical issues of HIV infection in the health care and social settings).*

- *Deveriam ser aconselhados, quando apropriado, para procurar uma reestruturação da carreira ou uma realocação do trabalho* (se essa possibilidade existir) ou uma ocupação flexível;
- Deveriam ser informados das medidas e procedimentos que permitam o possível reconhecimento da infecção VIH como uma doença ocupacional ou um acidente de trabalho."[47]

Em sentido semelhante, a *Associação Médica Mundial*, através da *Declaração sobre o VIH/SIDA e a Profissão Médica,*[48] no artigo 17, al. c), recomenda que o médico se afaste das suas competências funcionais, na medida em que a sua actividade crie risco de transmissão de doença para terceiros:

c) "*Os médicos que estão infectados com VIH não deveriam envolver-se em nenhuma actividade que crie risco de transmissão de da doença para terceiros*. No contexto de uma possível exposição ao VIH, a actividade na qual o médico se quer envolver será o factor determinante. Decidir se essa actividade é aceitável ou não deve ser determinado por uma comissão de profissionais da saúde especialistas em doenças infecciosas."[49]

Relativamente à revelação dos riscos, como caminho para satisfazer os interesses conflituantes do médico infectado com o VIH e o paciente, a *Associação Médica Mundial* demonstra a sua forte desconfiança face a este modelo:

---

[47] Tradução livre. No original em língua inglesa: "B. Health care staff infected with HIV - should be informed and should seek counselling about potential risks associated with taking care of patients with transmissable infections and about measures to minimise the risk of exposure both for themselves and for their patients; - *should refrain from undertaking any "medical activities" that might create even a minimal risk of transmission to patients*; this approach also applies to seropositive health care professionals working independently); - should be counselled, when appropriate, to seek either job restructuring or reallocation of work (if such possibilities exist) or flexible scheduling; - should be informed of provisions and procedures allowing for the possible recognition of HIV infection as an occupational disease or accident at work."

[48] *The World Medical Association Statement on HIV/AIDS and the Medical Profession*, adoptada Assembleia-Geral da Associação Médica Mundial, em Pilanesberg, África do Sul, em Outubro de 2006.

[49] "c. Physicians who are infected with HIV should not engage in any activity that creates a risk of transmission of the disease to others. In the context of possible exposure to HIV, the activity in which the physician wishes to engage will be the determining factor. Whether or not an activity is acceptable should be determined by a panel or committee of health care workers with specific expertise in infectious diseases.

"d) Na prestação de cuidados de saúde, se um risco de transmissão de uma doença infecciosa de um médico para um paciente existir, *a revelação desse risco não é suficiente; os pacientes têm o direito de esperar que os seus médicos não aumentem a sua exposição ao risco de contrair uma doença infecciosa*.
e) Se não existir nenhum risco, a revelação do estado de saúde do médico aos seus pacientes *não serve nenhuma finalidade racional*."[50]

Em suma, tendo em conta os valiosos contributos da Associação Médica Mundial, do Comité de Ministros do Conselho da Europa e ainda do Colégio de Cirurgiões Americano, somos de *parecer* que:

- Este caso deve ser objecto de análise por parte de uma comissão técnica, estritamente confidencial, composta por especialistas em infecciologia, cirurgiões, e outros profissionais de saúde com conhecimentos sobre as infecções transmissíveis por via sanguínea;
- Se essa comissão técnica concluir que algumas práticas cirúrgicas podem colocar em risco de contágio os pacientes, o cirurgião infectado com VIH não deverá envolver-se em nenhuma actividade que crie risco de transmissão de da doença para terceiros;
- No limite, o Conselho de Administração poderá tomar medidas, as menos restritivas possíveis, que limitem o conteúdo profissional do médico, enquanto cirurgião;
- Por outro lado, não existindo nenhum risco, não se justifica a revelação do estatuto serológico do cirurgião a qualquer doente; tal constituiria um grave atentado ao dever de confidencialidade e ao direito à reserva da intimidade da vida privada do médico/trabalhador.[51]

---

[50] "d. In the provision of medical care, if a risk of transmission of an infectious disease from a physician to a patient exists, disclosure of that risk to patients is not enough; patients are entitled to expect that their physicians will not increase their exposure to the risk of contracting an infectious disease." e. If no risk exists, disclosure of the physician's medical condition to his or her patients will serve no rational purpose."

[51] É clara a proximidade do que vai sugerido com a *Recomendação do Provedor de Justiça n.º 32/B/99, sobre Despistagem do vírus da SIDA e Discriminação*, nomeadamente nas suas conclusões 4 e 5: "4. Não seja automaticamente dispensado das suas funções nenhum militar que se verifique ser portador do VIH, recorrendo-se antes à *determinação do que uma junta médica houver por conveniente*; 5. Em relação ao

V) Dos deveres do Conselho de Administração face ao médico cirurgião

No capítulo anterior analisámos a situação profissional do médico pela negativa, isto é, inquirimos da possibilidade de este ver limitadas o conteúdo funcional do seu estatuto profissional pelo facto de ser seropositivo para o VIH.

Compete-nos, agora, olhar o problema pela positiva. Isto é, que deveres se impõem à entidade patronal, neste caso representada pelo Conselho de Administração e que outros direitos e garantias estão consagradas para este trabalhador.

Tomemos em consideração dois aspectos:

1. O dever de confidencialidade;
2. O dever de não discriminação e as medidas positivas de requalificação profissional, previstas na Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto e no Código do Trabalho, incluindo o direito de acesso à carreira médica hospitalar

1. O *dever de confidencialidade* é tutelado, ao nível penal pelo crime de violação de segredo e de devassa da vida privada.[52] A quebra da confidencialidade é o primeiro passo, a que se segue a discriminação, a marginalização e a exclusão de que são vítimas algumas pessoas seropositivas para o VIH. Designadamente numa instituição de saúde em que a *"histeria"* – a que justamente se refere o Colégio de Cirurgiões Americano – pode assumir proporções dramáticas e violadoras dos mais básicos direitos humanos.

Impende, pois, sobre a Directora Clínica e os outros membros do Conselho de Administração uma responsabilidade enorme de conseguir gerir esta situação delicada – nomeadamente constituindo uma *comissão técnica* que analise o caso do ponto de vista do risco infeccioso – sem quebrar o dever de sigilo profissional a que se encontram

---

caso concreto, seja o militar em causa colocado em *funções compatíveis com o seu posto, habilitações e estado de saúde*, minimizando as consequências da quebra de sigilo de que foi vítima."

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

vinculados. Incumbe-lhes ainda fazer respeitar a privacidade deste profissional de saúde, devendo tomar todas as medidas para que os seus direitos sejam respeitados.

2. Relativamente às medidas de combate à discriminação deste trabalhador, iremos fazer referência aos instrumentos internacionais e europeus aos quais o Estado português se vinculou e aos mecanismos recentemente previstos na Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, bem como aos direitos consagrados no Código do Trabalho.

Diversos documentos internacionais visam combater a discriminação das pessoas com VIH/SIDA.

No âmbito do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais labora o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que na *Observação-Geral 14 sobre o Direito à Saúde*[53] enfatiza a necessidade de se tomarem medidas de protecção face às pessoas seropositivas.

Por seu turno, as *Directivas Internacionais Relativas ao VIH/SIDA*, da Organização das Nações Unidas,[54] proclamam – na *Guideline 5*:

> "Os Estados devem produzir ou reforçar legislação anti-discriminatória e outras normas de protecção com vista a proteger os grupos vulneráveis, as pessoas que vivem com VIH/SIDA e as pessoas com deficiências da discriminação quer no sector público, quer no sector privado, assegurar a privacidade e confidencialidade e a ética na investigação com seres humanos, enfatizar a educação e a conciliação e prover a existência de meios de reparação civil e administrativa rápidos e eficazes."[55]

---

[53] General Comment 14 on the right to health.

[54] Cfr. *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights 2006 Consolidated Version*, Organized jointly by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS, 2006.

[55] Tradução livre. No original: "Guideline 5: *Anti-Discrimination and Protective Laws*: 22. States should enact or strengthen anti-discrimination and other protective laws that protect vulnerable groups, people living with HIV and people with disabilities from discrimination in both the public and private sectors, that will ensure privacy and confidentiality and ethics in research involving human subjects, emphasize education and conciliation and provide for speedy and effective administrative and civil remedies."

Ao nível europeu a Declaração mais importante é a *Declaração de Dublin sobre a Parceria para combater o VIH/SIDA na Europa e Ásia Central*[56], de Fevereiro de 2004, que no seu impõe aos Estados o dever de:

> "20. Combater o estigma e discriminação das pessoas que vivem com VIH/SIDA na Europa e Ásia Central, incluindo através de uma revisão crítica e monitorização da legislação existente, políticas e práticas com o objectivo de promover o efectivo gozo de todos os direitos humanos para as pessoas que vivem com o VIH/SIDA e os membros das comunidades afectadas."[57]

A doutrina portuguesa tem vindo a defender a aplicação ao caso do VIH/SIDA da *Convenção n.º 159 da O.I.T.*, aprovada na 69.ª Sessão em 1983, *relativa à reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes*, [58] assim como a *Recomendação n.º 168*, relativa à mesma matéria.[59] [60]

No plano do direito interno, e partindo do direito constitucional, João Leal Amado, com base na norma, prevista no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa, que visa a tutela da *estabilidade no emprego*, afirma que o trabalhador goza de certas garantias fundamentais, designadamente "*o empregador está obrigado a proporcionar ao trabalhador acções de formação profissional adequadas à sua qualificação*."[61]

---

[56] *Dublin Declaration on Partnership To Fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia*, in: http://europa.eu.int/comm/health/ph_threats/com/aids/aids_en.htm.

[57] "20. Combat stigma and discrimination of people living with HIV/AIDS in Europe and Central Asia, including through a critical review and monitoring of existing legislation, policies and practices with the objective of promoting the effective enjoyment of all human rights for people living with HIV/AIDS and members of affected communities."

[58] Convenção aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 63/98, de 2 de Dezembro.

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

[60] Segundo P. SILVÉRIO MARQUES, *Direitos Humanos e VIH/SIDA*, p. 40: "Quer o Código de Boas Práticas em relação ao VIH/SIDA e o mundo do trabalho", da Organização Internacional do Trabalho quer as Conclusões do Conselho de Ministros e dos Ministros da Saúde dos Estados-Membros da União Europeia, indicam que o médico deve, no caso de um trabalhador ser VIH+, aconselhar o empregador a colocá-lo num posto de trabalho adaptado à sua condição de saúde e não declarar a sua inaptidão."

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

Com vista a proteger este trabalhador, somos da opinião que, no plano do direito ordinário, podemos lançar mão dos instrumentos previstos, quer na Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, quer no Código do Trabalho.

As pessoas com seropositividade para o VIH – parece-nos – caem no âmbito de aplicação da Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, especificadamente na vertente da protecção das *pessoas com risco agravado de saúde*.[62] Essas são as "pessoas que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional irreversível, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante, sem perspectiva de remissão completa e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida."[63]

O artigo 5.º (*Discriminação no trabalho e no emprego*) oferece garantias adicionais em matéria de emprego. Com relevância para o caso em análise destaca-se a alínea c) do n. 1: "Consideram-se práticas discriminatórias contra pessoas com deficiência (…): *c*) A adopção pelo empregador de prática ou medida que no âmbito da relação laboral discrimine um trabalhador ao seu serviço."

O n.º 3, do artigo 5.º, relembra, contudo, que: "As práticas discriminatórias definidas no n.º 1 *não constituirão discriminação* se, em virtude da natureza da actividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, *a situação de deficiência* [leia-se: estado agravado de saúde] *afecte níveis e áreas de funcionalidade que constituam requisitos essenciais e determinantes para o exercício dessa actividade*, na condição de o *objectivo ser legítimo* e o *requisito proporcional*."

Isto desde que se respeitem os comandos do n.º 4, 5 e 6 do mesmo artigo 5.º, donde se destaca a necessidade de "ser analisada a viabilidade de a entidade empregadora levar a cabo as medidas adequadas, em função das necessidades de uma situação concreta, para que a pessoa portadora de deficiência tenha acesso a um emprego, ou *que possa nele progredir*, ou *para que lhe seja ministrada formação*."

Desta lei resulta, pois, que a entidade patronal tem deveres jurídicos de promover e apoiar a *requalificação profissional* do jovem médico, nomeadamente no

---

[62] Cfr. artigo 1.º, n.º2 "O disposto na presente lei aplica-se igualmente à discriminação de *pessoas com risco agravado de saúde.*"
[63] Artigo 3.º, al. c) da Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto.

reforço das suas competências na área da consulta médica, nas tarefas de ensino e investigação e nas funções de gestão e administração da saúde.

E, caso a comissão técnica conclua que a prática de cirurgia laparoscópica por parte deste cirurgião não oferece riscos de contaminação dos pacientes, deve esta competência profissional ser reforçada e apoiada pelo Conselho de Administração do Hospital.

No mesmo sentido pode ser relevante mobilizar as normas do Código do Trabalho que visam proibir e combater a discriminação, designadamente das pessoas com *doenças crónicas*.[64] O caso da seropositividade para o VIH preenche, do ponto de vista teleológico, os requisitos do conceito doença crónica.[65] O portador do VIH encontra-se numa situação de risco social e profissional, semelhante à que sofre outro trabalhador com doença crónica, que justifica uma especial protecção do direito do trabalho. Donde, faz sentido aplicar aos casos de seropositividade os arts. 22.º e 23.º do Código do Trabalho, com as garantias neles ínsitas.[66]

Por outro lado, sendo o VIH/SIDA uma doença crónica, uma doença que não implica a impossibilidade de realização da prestação, deveria seguir-se o regime

---

[64] Cfr. André PEREIRA, EU-CHINA Human Rights Network: "HIV/AIDS – Legal aspects". http://www.nuigalway.ie/sites/eu-china-humanrights/seminars/ns0404.php; e André PEREIRA, EU-CHINA Human Rights Network: "Stigma and discrimination against persons living with HIV/AIDS in the workplace, in health care facilities, in accessing treatment, and in society: Topics for discussion, http://www.nuigalway.ie/sites/eu-china-humanrights/seminars/ds0411.php.

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

[66] Artigo 22.º (Direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho): 2 - Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.
Artigo 23.º (*Proibição de discriminação*): "1 – O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical."
Revela-se muito importante, em termos prático-processuais, a *inversão do ónus da prova* prevista no n.º 3 do artigo 23.º do Código do Trabalho, segundo a qual: "Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n.º 1."

previsto artigos 73.º e seguintes do Código do Trabalho, que prevê, entre outras medidas, o *princípio da igualdade de tratamento*, a realização de *medidas de acção positiva do empregador* e a concretização de *medidas de protecção*.

Entendemos ainda que estas normas são apenas uma densificação positivada do princípio da não discriminação, plasmado no artigo 13.º da CRP, pelo que se devem aplicar – pelo menos por analogia – no plano da contratação pública.[67]

Destarte, surge para a instituição hospitalar o dever de não prejudicar este médico, nomeadamente, no *acesso à carreira hospitalar*. Assim, ao médico, que trabalha no "*estatuto de contrato*",[68] não deve ser vedada a possibilidade de aceder à carreira médica hospitalar. Ele estará apto para o desempenho (da grande maioria) das funções que configuram o *perfil profissional* do médico da carreira hospitalar.[69]

---

[67] Relembremos que a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, vincula entidades públicas e privadas.
[68] De acordo com o Despacho do Director-Geral de Saúde.
[69] Cfr. artigo 25º do Decreto-Lei n.º 73/90, de 6 de Março, que aprova o *regime das carreiras médicas*: "O médico da carreira hospitalar é um profissional habilitado para as funções hospitalares de assistência, de investigação e de ensino, a exercer em acção integrada multidisciplinar de trabalho de equipa hierarquizada, em conexão com os cuidados de saúde primários."
O *conteúdo funcional* do exercício profissional do médico hospitalar (*Funções do médico hospitalar*) está regulado no artigo 27.º do mesmo diploma, abrangendo: "a) O atendimento de utentes, devidamente referenciados a nível ambulatório, socorrendo-se do internamento, quando indispensável, com oportuna informação no médico de clínica geral, mediante relatório escrito confidencial; b) O diagnóstico e tratamento dos doentes internados, apoiado numa eficaz relação profissional com o respectivo médico de clínica geral e outros médicos envolvidos no seu atendimento extra-hospitalar; c) O atendimento nos serviços de urgência hospitalar; d) O ensino e investigação cientifica relacionados com a sua área profissional, de acordo com a programação dos respectivos serviços."

Conclusão

Em jeito de remate, concentramo-nos agora na resposta directa à solicitação colocada pelo Ex.mo Senhor Coordenador Nacional para a Infecção VIH/SIDA, que inquiria da *"existência de legislação ou orientação em saúde pública sobre a situação de um médico cirurgião a exercer funções (…), a que foi diagnosticada seropositividade para o VIH, pelos serviços de medicina do trabalho."*

Estamos, agora, em condições de responder afirmativamente, sendo de destacar:

- A *Recomendação R (89) 15 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Parte sobre os assuntos éticos da infecção VIH nos serviços de saúde e nos equipamentos sociais*;[70] e a
- *Declaração da Associação Médica Mundial sobre o VIH/SIDA e a Profissão Médica*.[71]

Relativamente ao cerne da questão colocada – da legitimidade de o Conselho de Administração do Hospital tomar medidas restritivas do conteúdo funcional do estatuto profissional do cirurgião – relembramos que, na nossa opinião:

- Este caso deve ser objecto de análise por parte de uma comissão técnica, estritamente confidencial, composta por especialistas em infecciologia, cirurgiões, e outros profissionais de saúde com conhecimentos sobre as infecções transmissíveis por via sanguínea;
- Se essa comissão técnica concluir que algumas práticas cirúrgicas podem colocar em risco de contágio os pacientes, o cirurgião infectado com VIH não deverá envolver-se em nenhuma actividade que crie risco de transmissão de da doença para terceiros;

[70] Adoptada pelo Comité de Ministros de 24 de Outubro de 1989 – *(Recommendation No R (89)14 of the Committee of Ministers to member states on the ethical issues of HIV infection in the health care and social settings).*

[71] Adoptada Assembleia-Geral da Associação Médica Mundial, em Pilanesberg, África do Sul, em Outubro de 2006 – *(The World Medical Association Statement on HIV/AIDS and the Medical Profession).*

- Em caso de dissídio, o Conselho de Administração poderá tomar medidas, as menos restritivas possíveis, que limitem a actuação, enquanto cirurgião, do profissional;
- Se não existir nenhum risco, a revelação do estado de saúde do médico aos seus pacientes não serve nenhuma finalidade racional;
- O Conselho de Administração deve zelar pelo respeito pela intimidade da vida privada do trabalhador, cumprindo e fazendo cumprir escrupulosamente o dever de confidencialidade, bem como observando o dever de não discriminação e adoptando as medidas positivas de requalificação profissional que valorizem as capacidades laborais deste jovem médico.

Julho de 2007