

**NOTAS EM TORNO DO IMPERATIVO DE INCLUSÃO DO TRABALHADOR
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA**

***NOTES ON THE PRINCIPLE OF INCLUSION OF EMPLOYEES SUFFERING
FROM DISABILITY***

*MILENA SILVA ROUXINOL**

*Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito da Escola do Porto*

RESUMO

O presente artigo analisa as linhas fundamentais do princípio da inclusão do trabalhador com deficiência, à luz, principalmente, do Direito da União Europeia – Diretiva 2000/78/CE e jurisprudência do Tribunal de Justiça – e da Carta Social Europeia revista, em confronto com a experiência jurídica portuguesa. Analisa-se, em especial, o princípio da não discriminação em razão da deficiência e o dever de adaptação razoável, enquanto dimensão daquele.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiência; princípio da igualdade e não discriminação; dever de adaptação razoável

ABSTRACT

This article analyses the main features of the principle of inclusion of employees suffering from disability, especially at the light of the European Union Law – Directive 2000/78/EC and the Court of justice case law – and the revised European Social Charter, in dialogue with the Portuguese legal experience. In

* Centro de Estudos e Investigação em Direito, Porto.

particular, this study addresses the principle of equality and non discrimination on grounds of disability and the obligation of reasonable accommodation as a dimension of such principle.

KEYWORDS: Disability; equality and non discrimination principle; duty of reasonable accommodation

SUMÁRIO:

I. INTRODUÇÃO: ENQUADRAMENTO E INDICAÇÃO DA SEQUÊNCIA.

II. NOÇÃO DE DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIOS GERAIS EM MATÉRIA DE INCLUSÃO DO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL (REASONABLE ACCOMMODATION).

1. NOÇÃO DE DEFICIÊNCIA.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E OBRIGAÇÃO DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL (REASONABLE ACCOMMODATION) – VETORES ESSENCIAIS DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.

III. A INCLUSÃO DO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS.

1. NOTAS GERAIS.

2. A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA NO CÓDIGO DO TRABALHO. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO DEVER LEGAL DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL, EM CORRELAÇÃO COM A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA.

3. SEQUITUR: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA E O DEVER DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL EM DIÁLOGO COM ALGUNS CASOS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

3.1. A CADUCIDADE POR IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE, ABSOLUTA E DEFINITIVA DE O TRABALHADOR PRESTAR TRABALHO, POR FORÇA DE CONDIÇÃO QUALIFICÁVEL COMO DEFICIÊNCIA.

3.2. O DESPEDITAMENTO POR INAPTIDÃO.

IV. CONCLUSÕES.

I. INTRODUÇÃO: ENQUADRAMENTO E INDICAÇÃO DA SEQUÊNCIA

Parece-nos não ser excessivo afirmar que a tutela do cidadão portador de deficiência se afigura, hoje, como uma das centrais preocupações manifestadas no seio de organismos internacionais e, em particular, de nível europeu – referimo-nos, nuclearmente, ao Conselho da Europa e à União Europeia –, o que, por certo, se reflete igualmente nas diversas ordens jurídicas internas, mesmo que, porventura, timidamente, uma tibieza a que poderá não ser alheio o atual contexto de crise económica que afeta grande parte dos países europeus.

Com efeito, para lá do disposto, a este respeito, em textos normativos como, mormente, a Carta Social Europeia (revista) e, ao nível do Direito da União Europeia, a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro – um instrumento que, no que respeita à deficiência, não pode deixar de ler-se em diálogo com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (13 de Dezembro de 2006), porquanto a mesma foi assinada (2007) e ratificada (2009) pela própria União Europeia¹ –, importa evidenciar um conjunto de iniciativas que, manifestamente, ilustram o propósito de que tal preocupação não se quede em enunciados normativos, antes proporcione uma dinâmica atuante e comprometida com objetivos sérios e crescentemente ambiciosos.

Isso mesmo é visível no âmbito do Conselho da Europa, que vem adotando Recomendações várias neste domínio, quer da Assembleia Parlamentar, quer do Conselho de Ministros², particularmente na sequência da Recomendação Rec(2006)5, do Conselho de Ministros, a qual estabeleceu o *Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015*³. Em conexão com o estabelecimento deste plano, foi criado, com o caráter de organismo *ad hoc*, o *Committee of Experts on the Rights of People with Disabilities*, com a finalidade de apoiar a execução do mesmo.

¹ Na verdade, também não deve ler-se sem que se tenha em conta, por um lado, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que, para lá de afirmar, no artigo 1.º, o princípio da dignidade humana, se reporta, no artigo 26.º, ao “direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade”, e, por outro lado, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que se refere expressamente ao objetivo do combate da discriminação em razão da deficiência (artigo 10.º) e autoriza a União a adotar legislação para combater discriminações desse tipo (artigo 19.º).

Já anteriormente esta instância europeia tinha revelado preocupações com esta categoria de sujeitos. Veja-se a Recomendação do Conselho n.º 86/379/CEE, de 24 de julho, sobre a promoção do emprego de portadores de deficiência, e também a Resolução do Conselho de 17/06/1999, sobre a igualdade de oportunidades de emprego para pessoas com deficiência.

² Podem consultar-se em http://www.coe.int/t/dg3/disability/recommendations_en.asp.

³ Pode encontrar-se em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805af657.

No âmbito da União Europeia, não pode deixar de sublinhar-se a *Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020: Compromisso renovado a favor de uma Europa sem barreiras*⁴, voltada para o propósito de “capacitar as pessoas com deficiência para que possam usufruir de todos os seus direitos e beneficiar plenamente da sua participação na sociedade e na economia europeias”⁵, através de uma ação incidente em oito áreas essenciais: acessibilidade, participação, igualdade, emprego, educação e formação, protecção social, saúde e acção externa. Merece, igualmente, referência, a criação, pela Comissão Europeia, em dezembro de 2007, da *Academic Network of European Disability Experts* (ANED), com o objetivo de apoiar o desenvolvimento da referida *Estratégia Europeia* e que tem desenvolvido estudos acerca da maior ou menor efetividade da política de tutela dos portadores de deficiência nas diversas realidades nacionais.

Quer no âmbito do Conselho da Europa quer ao nível da União Europeia, têm-se sucedido os relatórios de análise da evolução quer da legislação quer das práticas adotadas em vista da tutela dos portadores de deficiência⁶.

Longe de se debruçar sobre todos os vetores que se entrecruzam nesta múltiplo e complexo manancial de ferramentas de promoção da inclusão dos sujeitos portadores de deficiência, este estudo, que, desde logo, se enquadra num pano de fundo que é o dos instrumentos *européus* de protecção dos direitos sociais, cinge-se a uma particular categoria de tais sujeitos, os trabalhadores, focando-se, pois, num dos eixos identificados como linhas de ação em todos os instrumentos referidos no parágrafo precedente, o respeitante à protecção no trabalho/emprego. Se tal circunscrição se afiguraria natural tendo como referência a Diretiva 2000/78/CE, cujo âmbito de aplicação coincide, justamente, com o domínio laboral, já, por outro lado, se diria estreito, se considerados os demais instrumentos referidos, quer no âmbito da União Europeia, quer no domínio do Conselho da Europa. A verdade, porém, é que, em todos eles, a promoção da empregabilidade e da estabilidade do emprego das pessoas portadoras de deficiência surge como uma incontornável dimensão da protecção que lhes

⁴ Referimo-nos à Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões designado por *Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020: Compromisso renovado a favor de uma Europa sem barreiras*, de 15 de novembro de 2010, documento disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0636&from=EN>.

Anteriormente, havia sido adotado o Plano de Ação da União Europeia a favor das Pessoas com Deficiência 2003-2010.

⁵ Página 4 do documento citado.

⁶ Refira-se, a título de exemplo, além de outros documentos, que mencionaremos, *infra*, o relatório do Comissário do Conselho da Europa para os Direitos Humanos *Comments of the Council of Europe Commissioner for Human Rights on the “Working document concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder with regard to involuntary placement and involuntary treatment”*, de 9 de novembro de 2015 (pode ver-se em [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CommDH\(2015\)28&Language=lanEnglish&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CommDH(2015)28&Language=lanEnglish&direct=true)), ou ainda o documento *Report on the implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) by the European Union*, de 5 de junho de 2014 (disponível em http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/swd_2014_182_en.pdf).

é devida – para lá de um fim em si mesma, um instrumento para a garantia de proteção noutros domínios⁷ – e, em última análise, como inquestionável projeção da sua dignidade. Assim sucede com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas, cujo artigo 27.º, com a epígrafe *Trabalho e emprego*, reconhece “o direito das pessoas com deficiência a trabalhar, em condições de igualdade com as demais, [o que] inclui o direito à oportunidade de ganhar a vida através de um trabalho livremente escolhido ou aceite num mercado e ambiente de trabalho aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência”. A centralidade da proteção do portador de deficiência no trabalho e no emprego no quadro da tutela da sua autonomia e dignidade está patente, de forma particularmente expressiva, no artigo 15.º da Carta Social Europeia (revista), que, principiando com a afirmação do desiderato prosseguido – “garantir às pessoas com deficiência (...) o exercício efectivo do direito à autonomia, à integração social e à participação na vida da comunidade” –, enuncia, de seguida, os domínios em que deverão situar-se as medidas a adotar em vista da sua realização, desde logo, o da educação e formação profissional (§1) e, igualmente, o do acesso e manutenção do emprego (§2).

Por outro lado, sem prejuízo de algumas considerações laterais em torno da formação profissional e da promoção do acesso ao emprego, focar-nos-emos, em especial, na imperativo de *conservação* do emprego do trabalhador portador de deficiência, o que, como se compreende, nos levará a ter em conta, muito especialmente, o sujeito que se vê afetado por uma condição qualificável como deficiência na vigência da relação de trabalho. Esta opção justifica-se por duas ordens de razões: em primeiro lugar por ser um ponto acerca do qual se têm pronunciado, de forma particularmente expressiva, os organismos europeus que pretendemos tomar como referência a título de instâncias de concretização e desenvolvimento dos princípios enunciados nos instrumentos normativos referidos; em segundo lugar, por crermos que, considerada a ordem jurídica portuguesa, se trata de um aspeto que merece especial atenção, visto existirem, aí, figuras legais conducentes à extinção do contrato de trabalho que, a não ser que se conciliem com a exigência de conservação do emprego do trabalhador portador de deficiência, podem entrar em rota de colisão com a proibição de discriminação deste último.

Com efeito, tomando como ponto de partida os instrumentos europeus anteriormente identificados e concentrando-nos neste segmento da proteção devida ao sujeito portador de deficiência, procuraremos responder à questão de saber se e em que medida o ordenamento jurídico português – quer do ponto de vista normativo, quer no

⁷ Lê-se o seguinte no documento que formaliza a *Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020*: “Um em seis cidadãos da União Europeia (UE) é portador de uma deficiência mais ou menos profunda, o que representa cerca de 80 milhões de pessoas que, com frequência, se veem impedidas de participar plenamente na sociedade e na economia devido a barreiras físicas e comportamentais. A taxa de pobreza das pessoas com deficiência é 70% superior à média, *em parte devido a limitações no acesso ao emprego*” (pág. 3; sublinhado da nossa responsabilidade).

que respeita às práticas comumente observáveis – se encontra em linha de conformidade com os propósitos enunciados naqueles instrumentos.

II. NOÇÃO DE DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIOS GERAIS EM MATÉRIA DE INCLUSÃO DO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL (*REASONABLE ACCOMMODATION*)

1. Noção de deficiência

Importará, antes de avançarmos para a análise dos termos de proteção do trabalhador portador de deficiência, esclarecer sobre o sentido da categoria *deficiência* – *rectius*, do sentido *jurídico* a imputar à mesma, neste contexto.

Não se encontrando definido nem na Carta Social Europeia, nem na Diretiva 2000/78/CE, tal conceito encontra-se, porém, recortado na já mencionada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas. Reconhecendo-se no Preâmbulo (alínea *e*)) que se trata de um conceito em evolução, estabelece-se, ainda assim, que deve entender-se por pessoas com deficiência aquelas que apresentam “incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros”. Trata-se, como se vê, de um conceito amplíssimo, acerca do qual deve evidenciar-se o seguinte: o acento tónico é colocado não na condição especial, que, em todo o caso, deve ser duradoura, do indivíduo, mas na *consequência* resultante da interação entre tal condição e as barreiras com que aquele se cruza nos diversos ambientes em que se move – neste contexto, importa-nos o ambiente *laboral* –, consequência que se traduz na desigualdade, à chegada, entre o sujeito em causa e os demais.

A respeito do conceito de deficiência, é interessante lançar um breve olhar sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça (da União Europeia), que, de um prisma diacrónico, evidencia uma mudança de perspectiva, ou mesmo de paradigma, quanto ao recorte da categoria em causa, evolução a que, evidentemente, não é alheio o facto de, como já referido, a União Europeia ter ratificado a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A primeira ocasião em que o Tribunal de Justiça se terá pronunciado sobre o ponto foi na do caso *Chacón Navas*⁸. Em síntese, deu causa ao processo o despedimento, por parte de uma empresa espanhola, de uma trabalhadora durante um período de baixa médica por motivo de doença. Reconhecendo a irregularidade do ato, que, ostensivamente, se deveu à doença, a entidade empregadora assumiu o pagamento da indemnização pertinente. No entanto, de acordo com o ordenamento espanhol, tratando-se de um despedimento discriminatório – *nulo*, pois, e *não meramente*

⁸ Acórdão de 11 de julho de 2006, processo C-13/05.

irregular –, deveria haver lugar à reintegração da trabalhadora, pelo que teria interesse prático saber se tinha ou não ocorrido discriminação, sendo certo que, tradicionalmente, os tribunais espanhóis vinham entendendo que despedimentos ocorridos em circunstâncias como as do caso não deveriam qualificar-se como discriminatórios, porquanto a doença não figurava, na lei espanhola, entre os fatores de discriminação proibida, embora aí figurasse a deficiência. Perguntou-se, pois, em sede de reenvio prejudicial, ao Tribunal de Justiça se a “Diretiva 2000/78, na medida em que estabelece, no seu artigo 1.º, um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão de uma deficiência, inclui no seu âmbito protetor uma trabalhadora que tenha sido despedida da sua empresa exclusivamente pelo facto de estar doente” e ainda “subsidiariamente, no caso de se considerar que as situações de doença não estão abrangidas no âmbito da proteção conferida pela Diretiva 2000/78 contra a discriminação em função de uma deficiência, e se a resposta à primeira questão for negativa [se se poderia] considerar a doença uma situação característica adicional face àquelas em que a Diretiva 2000/78 proíbe a discriminação”⁹.

Ora, o Tribunal respondeu negativamente a ambas as questões. Quanto à primeira, referiu que “o conceito de ‘deficiência’ deve ser entendido no sentido de que visa uma limitação, que resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas e que impedem a participação da pessoa em causa na vida profissional, mas que, “ao utilizar o conceito de ‘deficiência’ no artigo 1.º da referida diretiva, o legislador escolheu deliberadamente um termo que difere do de ‘doença’”, pelo que “a equiparação pura e simples dos dois conceitos está (...) excluída”¹⁰. Quanto à segunda interrogação, o Tribunal esclareceu que nenhum fundamento existiria para que se sustentasse um alargamento dos fatores de discriminação para lá dos contemplados “de maneira exaustiva” na Diretiva¹¹.

Tal decisão foi largamente criticada pela doutrina, não somente em virtude da estreiteza com que se desenhou o conceito de deficiência, mas também pela indefinição a que se votou a destrição entre tal condição e a situação de doença¹².

O recorte do conceito de deficiência voltou a impor-se no âmbito do caso *HK Dinamarca* (também referido, frequentemente, como o caso *Jette Ring*)¹³. Jette Ring padecia de dores permanentes na zona lombar, sem possibilidade de tratamento. Tendo faltado reiteradamente ao trabalho, foi informada do seu despedimento, ao abrigo de

⁹ §25 do Acórdão referente ao caso *Chacón Navas*.

¹⁰ §43 e §44.

¹¹ §56.

¹² Veja-se, entre nós, TERESA COELHO MOREIRA, “A jurisprudência do TJUE sobre a discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência: breve análise dos casos *Chacón Navas*, *Jette Ring* e *Coleman*”, *Questões Laborais*, número especial (42), 2013, pág. 655 a 673, e “A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, *Igualdade e Não Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 165 a 220 [189 e ss]. Veja-se ainda o comentário de LISA WADDINGTON em *Common Market Law Review*, vol. 49, 2009, pág. 665 e ss; ou ainda MARIANGELA VIZIOLI, *op. cit.*, pág. 221 e ss.

¹³ Acórdão de 11 de abril de 2013, processos C-335/11 e C-337-11).

uma disposição do Direito dinamarquês que permitia que, caso o trabalhador, no ano antecedente, tivesse faltado ao trabalho, por razão de doença, sem perda retributiva, por pelo menos 120 dias, poderia a entidade empregadora comunicar-lhe a cessação do respetivo contrato com um pré-aviso de apenas um mês, período inferior ao legalmente previsto para a generalidade dos trabalhadores. A trabalhadora foi, depois, contratada por outra entidade, em que passou a prestar atividade a tempo parcial (20 horas semanais), com uma cadeira ajustável em altura. Por seu turno, L. Skouboe Werge foi despedida em idênticas circunstâncias, sendo que padecia de uma patologia usualmente designada como “golpe de coelho”, que lhe causava dores intensas, tendo, na verdade, sido atestado, ulteriormente, pelos serviços competentes, que a visada apenas estava apta para trabalhar, a um ritmo lento, durante oito horas por semana. O órgão de reenvio perguntou ao Tribunal de Justiça, desde logo, se tais trabalhadoras poderiam considerar-se portadoras de deficiência para efeitos da Diretiva; se, assim sendo, a entidade empregadora estaria obrigada, como alternativa ao despedimento, a reajustar o respetivo tempo de trabalho; e ainda se a disposição que permitia o despedimento com um período de aviso prévio inferior ao normal não seria, ela mesma, discriminatória, quando as ausências que permitiam a aplicação de tal regime se devessem a uma situação qualificável como deficiência, ou à circunstância de a entidade empregadora não ter procedido aos ajustamentos necessários, em vista de possibilitar a execução da prestação.

Debruçar-nos-emos, *infra*, sobre as demais questões, importando agora atentar nas considerações expendidas pelo Tribunal acerca do conceito de deficiência. Aderindo, clara e assumidamente, à noção plasmada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tal conceito foi definido, no Acórdão referente ao caso *HK Dinamarca*, nos seguintes termos: “*deve ser entendido no sentido de que visa uma limitação, que resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores*”¹⁴. É evidente, por um lado, a centralidade, enquanto causa de desigualdade, da interação do trabalhador com o ambiente de trabalho, e não propriamente – ou não isoladamente – da respetiva incapacidade física, mental ou psíquica. Por outra banda, importa sublinhar que, de acordo com esta perspetiva, resta uma incipiente margem para distinguir entre deficiência e doença prolongada, devendo esta última reconduzir-se àquela primeira categoria e ser tratada enquanto tal. Com efeito, lê-se igualmente no Acórdão: “*há que concluir que, se uma doença curável ou incurável implica uma limitação, que resulta, designadamente, de lesões físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de*

¹⁴ Acórdão *HK Dinamarca*, §38.

igualdade com os outros trabalhadores, e se esta limitação é duradoura, tal doença pode enquadrar-se no conceito de ‘deficiência’ na aceção da Diretiva 2000/78”¹⁵.

Quanto à exigência de que se trate de uma situação duradoura, embora não se encontre na jurisprudência do Tribunal de Justiça qualquer indicação numérica¹⁶, resultam do trajeto jurisprudencial algumas concretizações de relevo, sobretudo tratando-se de limitações causadas por doença. Em regra, deve partir-se do pressuposto de que uma limitação baseada numa doença incurável apresenta duração prolongada. Mas também uma doença em princípio curável pode ter uma extensão temporal de tal forma prolongada até à cura completa que a limitação acabe por se revelar de longa duração.

Relativamente ao que entender por limitação na vida *profissional*, uma deficiência na aceção da Diretiva tem de representar uma limitação com impacto na vida profissional, o que já levou o Tribunal a considerar que a ausência de uma função fisiológica ou de um órgão, ou uma doença que exija especial atenção, bem como tratamento e acompanhamento contínuos, mesmo constituindo um fardo psicológico e fisiológico, se não representarem uma limitação do ponto de vista da vida profissional, não constituem deficiência¹⁷.

Outros desenvolvimentos, com relevo, em torno do conceito de deficiência, podem encontrar-se ainda nos Acórdãos referentes aos casos *Coleman e Kaltof*¹⁸. No primeiro, considerou-se existir discriminação – por associação – num caso de assédio moral a uma trabalhadora cujo filho era portador de deficiência. No último, o Tribunal de Justiça deixou claro que não deixa de existir deficiência para efeitos da Diretiva ainda que a condição do trabalhador advinha de circunstâncias imputáveis ao mesmo. *In casu*, ponderou-se se a obesidade poderia consubstanciar deficiência, tendo-se concluído que, na hipótese de, em interação com barreiras localizáveis ao nível do ambiente de trabalho, tal condição se traduzir em o visado não poder participar plena e ativamente na vida profissional em condições de igualdade em relação aos demais trabalhadores, então haveria que a enquadrar naquela categoria.

2. Proibição de discriminação e obrigação de adaptação razoável (*reasonable accommodation*) – vetores essenciais da proteção do trabalhador portador de deficiência

¹⁵ §41.

¹⁶ A Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiências também refere a este respeito que deve tratar-se de uma incapacidade de carácter prolongado (na versão inglesa, “long-term impairments”, na versão francesa “incapacités durables”), sem ulteriores desenvolvimentos.

¹⁷ Foi por este motivo que, ainda no recente acórdão de 18 de março de 2014 (processo C-363/12), o Tribunal de Justiça declarou que uma mulher que não tinha útero e a quem a respetiva entidade patronal tinha recusado o gozo da licença de maternidade após o nascimento da sua filha por meio de maternidade de substituição não sofria de uma deficiência na aceção da Diretiva 2000/78/CE.

¹⁸ O primeiro de 17 de julho de 2008, processo C-303/06; o segundo de 18 de dezembro de 2014, processo C-354/13).

Ainda do ponto de vista da Diretiva 2000/78/CE, a ideia chave que aí emerge é, evidentemente, a da proibição da discriminação em função da deficiência (entre outros fatores que, neste contexto, desprezaremos). É vedada, de acordo com o artigo 2.º, a discriminação direta, isto é, todo o ato de tratamento menos favorável de uma pessoa em relação a outra(s) devido ao facto de a mesma ser portadora de deficiência, mas igualmente a indireta, a que resulta de disposição, critério ou prática que, mesmo sendo aparentemente neutra, seja suscetível de colocar em situação de desvantagem os sujeitos portadores de deficiência, em comparação com outras pessoas.

Paralelamente, importa evidenciar o disposto no artigo 5.º, que se salda na imposição aos Estados-Membros da garantia da adoção, pelos empregadores, das “medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal”. Ora, esta norma tem de articular-se com o próprio conceito de discriminação, designadamente indireta, ou, mais exatamente, com os termos em que se admite a descaracterização – neutralização, ou justificação – do ato discriminatório enquanto tal.

Vejamos. De acordo com o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva, admite-se que os Estados-Membros prevejam que as diferenças de tratamento baseadas num dos fatores anteriormente indicados, nomeadamente a deficiência, não se considerem discriminatórias caso, “em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”. Trata-se do frequentemente designado *critério ocupacional*. Relativamente à discriminação indireta, o artigo 2.º, n.º 2, alínea *b*), dispõe que a mesma não relevará enquanto tal se a disposição, critério ou prática em causa forem objetivamente justificados por um objetivo legítimo e os meios utilizados para o alcançar forem adequados e necessários (*i*), ou então, no tocante, em particular, ao fator deficiência, que, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a diretiva, for obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes da disposição, critério ou prática *a priori* discriminatória (*ii*). Como se vê, o imperativo de adoção de medidas razoáveis de ajustamento das condições de trabalho às características do sujeito portador de deficiência relaciona-se estreitamente com o próprio conceito de discriminação indireta, sendo que uma das vias – uma via específica para o fator de discriminação em causa – de neutralização do desvalor discriminatório é, justamente, o cumprimento de tal obrigação.

A doutrina tem vincado a especial importância, no domínio da discriminação em razão da deficiência, deste último fator de justificação. É que, assinala-o SANDRA

FREDMAN¹⁹, mesmo invocando o previsto no primeiro segmento daquele artigo 2.º, n.º 2, o empregador teria de demonstrar não somente a legitimidade do objetivo a atingir – e é discutível, sob pena de neutralização do imperativo antidiscriminatório, que seja aceite como tal o mero interesse económico do empregador²⁰ –, como ainda a adequação e *indispensabilidade* dos meios para o atingir, o que, naturalmente, implicaria provar a imprestabilidade, a inviabilidade ou a inexigibilidade de medidas de adaptação das condições de trabalho ao sujeito portador de deficiência em causa. De resto, idênticas considerações se aplicariam, outrossim, ao aludido *critério ocupacional*, enquanto justificação genérica de uma diferenciação assente em fatores de discriminação, devendo avaliar-se cuidadosamente a verificação dos requisitos da legitimidade do objetivo a prosseguir e da proporcionalidade da medida potencialmente discriminatória adotada²¹.

Na verdade, no caso da deficiência, facilmente se alcança a crucial importância do imperativo de adoção de medidas de ajustamento das condições externas à situação do trabalhador visado, em ordem ao objetivo de igualdade real²². É que, dadas condições idênticas a um trabalhador com deficiência e a um trabalhador isento de limitação alguma, facilmente este último apresenta uma prestação de maior eficiência e rentabilidade. Ora, importa recordar que um dos nucleares fundamentos da proibição da discriminação indirecta é o objetivo de impedir que, através da fixação de outros critérios de diferenciação, se alcance o mesmo efeito que se pretendeu vedar com a proibição da discriminação direta²³. É expressiva, a este respeito, a formulação de BOB HEPPLER²⁴: “*The differences between men and women (...), Black and White people, persons with different sexual orientations, or of different faiths or age groups are generally treated as irrelevant. But the law does not expect disabled people to be treated in exactly the same way as those who are not disabled. The reason for this is*

¹⁹ *Discrimination Law*, Oxford, Londres, 2011, 2.ª edição, pág. 182 e 183 e ainda 191 e 192.

Adicionalmente, a Autora sublinha a importância de os fatores de justificação da discriminação serem objeto de um escrutínio rigoroso, sob pena de frustração do desígnio antidiscriminatório.

²⁰ Vejam-se as considerações de TERESA MOREIRA, “O ónus da prova em casos de discriminação”, *Estudos de Direito do Trabalho – Igualdade e não discriminação*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 79 a 127 [123 e 124].

²¹ Sustentando, em geral, que os pressupostos de atuação da exceção associada ao critério ocupacional têm de ler-se restritivamente, veja-se, entre nós, BRUNO MESTRE, “Sobre o conceito de discriminação – uma perspectiva contextual e comparada”, *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo Lobo Xavier*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, vol. III, pág. 377 a 410 [393 a 395].

²² Veja-se, por exemplo, AGUSTINA PALACIOS, “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (coordenação de Ignacio Campoy Cervera), Dykinson, Madrid, 2004, pág. 187 a 203 [*maxime*, 192 e ss.].

A Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Fundamental Rights Agency) elaborou, em 2011, um estudo sob o título *The Legal Protection of Persons with Mental Health Problems under Non-Discrimination Law: A Comparative Study of the Definition of Disability and of the Duty to Provide Reasonable Accommodation in European Union Member States*. O documento está disponível em http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1797-FRA-2011-Legal-protection-persons-mental-health-problems-report_EN.pdf.

²³ BRUNO MESTRE, *idem*, pág. 398.

²⁴ *Equality – the Legal Framework*, Hart Publishing, Oxford, 2014, 2.ª edição, pág. 91.

*that formal equality, comparing a disabled person with others, would not result in genuinely equal treatment (...)*²⁵.

Deste modo, para lá de se vir sugerindo existir discriminação em razão da deficiência desde que tais medidas, mostrando-se necessárias, sejam omitidas, tem-se imposto a conclusão de que qualquer ato de desfavor visando um trabalhador portador de deficiência deverá, sob pena de se considerar discriminatório, ser precedido da adoção das devidas medidas de adaptação razoável. Com efeito, pese embora a estreiteza do conceito de deficiência assumido no caso *Chacón Navas*, o Tribunal de Justiça teve, nessa ocasião, ensejo para deixar claro que “*a proibição, em matéria de despedimentos, da discriminação com base em deficiência, inscrita nos artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 2000/78, opõe-se a um despedimento baseado em deficiência que, tendo em conta a obrigação de prever adaptações razoáveis para as pessoas deficientes, não é justificado pelo facto de a pessoa em causa não ser competente, capaz ou disponível para executar as funções essenciais do seu lugar*”²⁶.

Já no caso *HK Dinamarca*, à questão de saber se a entidade empregadora poderia legitimamente levar a cabo o despedimento das trabalhadoras em causa mesmo demonstrando-se que as respetivas ausências se deviam à circunstância de não terem sido adotadas as devidas medidas de viabilização da execução da prestação, tendo em conta as *deficiências* que apresentavam, o Tribunal respondeu que tal procedimento violaria a Diretiva. Assim se lê no Acórdão em análise: “importa assinalar que a circunstância de uma entidade patronal não ter tomado as referidas medidas é suscetível de ter como consequência, *tendo em conta a obrigação que decorre do artigo 5.º da Directiva 2000/78*, que as faltas de um trabalhador deficiente sejam imputadas a uma omissão da entidade patronal e não à deficiência do trabalhador”. Deste modo, “no caso de o órgão jurisdicional nacional considerar que a falta dos trabalhadores é, no caso em apreço, imputável à não adoção por parte da entidade patronal das medidas de adaptação adequadas, a Diretiva 2000/78 opõe-se à aplicação de uma disposição nacional como a que está em causa nos processos principais”.²⁷ O Tribunal respondeu ainda afirmativamente à questão de saber se tal disposição, quando aplicada a trabalhadores cujas ausências fossem provocadas por uma condição qualificável como deficiência, violaria a Diretiva²⁸. Tal disposição dir-se-ia indiretamente discriminatória – “afigura-se que a regra dos 120 dias prevista nesta disposição é suscetível de desfavorecer os trabalhadores deficientes e, desta forma, originar uma diferença de tratamento indiretamente baseada na deficiência na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva

²⁵ As diferenças entre homens e mulheres (...) negros e brancos, pessoas com diferentes orientações sexuais, com diferentes crenças ou pertencentes a distintas faixas etárias são normalmente consideradas irrelevantes. Mas o Direito não espera que as pessoas com deficiência sejam tratadas exatamente do mesmo modo que as que não padecem de tal condição. A razão de assim ser é que a igualdade formal, comparando um sujeito com deficiência com outros, não resultaria, genuinamente, num igual tratamento (...).”

²⁶ Acórdão *Chacón Navas*, §52.

²⁷ §66 e §67. Itálico nosso.

²⁸ §§69 e ss..

2000/78” – , a não ser que pudesse considerar-se justificada por fins legítimos e dizer-se circunscrita ao indispensável para os atingir (apreciação que remeteu para o órgão jurisdicional de reenvio)²⁹.

O Acórdão referente ao caso *HK Dinamarca* é ainda relevante por constituir um assinalável auxílio na resposta à questão de saber que medidas podem considerar-se incluídas na obrigação geral de adaptação razoável, conceito, evidentemente, indeterminado³⁰. A sua concretização dependerá da análise da adequação da medida à finalidade tida em vista, o que, por seu turno, resulta da limitação que o trabalhador apresente em correlação com as características da sua actividade profissional, mas também de fatores como o respetivo efeito sobre a organização empresarial e os demais trabalhadores e o impacto que trariam à entidade empregadora, mormente sob o ponto de vista económico. O Acórdão em apreço deixou claro que medidas traduzidas na reajustamento do horário de trabalho se incluem naquele conceito de fronteiras indefinidas – que, de resto, já se inferiria do considerando 20 da Diretiva 2000/78³¹. Outras medidas equacionáveis seriam adaptações ao nível do local e das ferramentas de trabalho, a disponibilização de formação profissional, ou a redistribuição de tarefas. Importa não esquecer que se trata de um conceito *amplo*, a entender “como visando a eliminação das barreiras à participação plena e efetiva das pessoas deficientes na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores”, conforme reconhecido, igualmente, no Acórdão referente ao caso *HK Dinamarca*³².

Por outro lado, resulta ainda da Diretiva que aquelas medidas apenas são devidas se não implicarem um encargo desproporcionado para o empregador, sendo certo que, existindo apoio estatal à respetiva adoção, as mesmas não deverão ter-se como implicando tal encargo excessivo. Sendo este último, também, um conceito indeterminado, sublinharíamos, a este respeito, os seguintes quatro aspetos: em primeiro lugar, que a circunstância de inexistir apoio público à adoção de determinada medida de adaptação não conduz, direta e necessariamente, à conclusão de que a mesma é inexigível, por implicar encargo desproporcionado – da legitimidade da afirmação inversa não resulta a desta última; em segundo lugar que, como deriva do regime da distribuição do ónus da prova em matéria de discriminação, é ao empregador que incumbe demonstrar que as medidas omitidas implicariam, para si, um encargo desproporcionado; em terceiro lugar, como assinala VANESSA CORDERO GORDILLO³³,

²⁹ O Governo dinamarquês invocou que o regime legal em causa era apto a promover a contratação e conservação do emprego de sujeitos suscetíveis de incorrer em ausências daquele tipo. As empresas implicadas alegaram que esse regime se traduzia em prolongarem por mais tempo o vínculo com os trabalhadores que incorriam nessas ausências

³⁰ Veja-se, por exemplo, MAURIZIO CINELLI, “Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l’Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, ano XXXII, 2013, pág. 935 a 938.

³¹ §64.

³² §53, que remete para a Convenção das Nações Unidas, e §54.

Exemplos interessantes podem ver-se em BOB HEPPLER, *op. cit.*, pág. 94 a 95.

³³ *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valência, 2011, pág 150 a 151.

que a invocação da excessiva onerosidade da medida não pode encarar-se senão como uma possibilidade excecional, sob pena de o dever em causa, verdadeiro ponto-chave da proteção devida aos trabalhadores com deficiência, se revelar afinal muito tímido, como se não exigindo mais do que ajustamentos menores³⁴; por último, não podemos deixar de reconhecer que um contexto de crise económica como o atualmente vivido em vários países europeus, designadamente em Portugal, influenciará, por certo, o juízo sobre o que deve e não deve considerar-se desproporcionado, embora nos pareça relevante sublinhar que, em todo o caso, importa garantir que o dever de adaptação razoável não se converta em mero princípio programático³⁵...

Sendo este dever de adaptação razoável, de facto, uma das pedras basilares da proteção devida ao trabalhador portador de deficiência, no âmbito da Diretiva 2000/78, e apresentando-se, aí, como dimensão indissociável da própria proibição de discriminação, importa perguntar que relevo se atribui a este ponto na Carta Social Europeia (revista).

Conforme já referido, o imperativo de proteção do portador de deficiência consta do artigo 15.º deste diploma³⁶. Já mencionamos, igualmente, que, funcionalizando-os ao objetivo de garantir ao portador de deficiência o seu direito à *autonomia*, à *integração social* e à *participação na vida da comunidade*³⁷, esta norma alude especificamente aos aspetos laborais-profissionais desta tutela. Assim, impõe-se aos Estados-Membros, por um lado, fornecer àqueles sujeitos educação e formação profissional adequadas, mas também promover o seu acesso e permanência no emprego. Ora, afirma-se a este respeito, que tal objetivo deve ser prosseguido “por meio de toda e qualquer medida

³⁴ Sublinhe-se, pelo seu interesse, mais um aspeto patente no caso *HK Dinamarca*. O Tribunal de Justiça remeteu para as instâncias nacionais a averiguação do eventual carácter desproporcionado da redução do tempo de trabalho das trabalhadoras em causa, enquanto medida de adaptação razoável. Não deixou, porém, de sublinhar, quanto à trabalhadora Jette Ring, o seguinte: “pode constituir um elemento pertinente para efeitos desta apreciação a circunstância (...) de que, imediatamente após o despedimento de J. Ring, a [entidade empregadora] publicou um anúncio de oferta de emprego para um(a) funcionário(a) de escritório a tempo parcial, a saber, 22 horas por semana, na sua agência regional de Lyngby. Dos autos remetidos ao Tribunal de Justiça não consta nenhum elemento que permita demonstrar que J. Ring não era capaz de ocupar este emprego a tempo parcial ou de compreender os motivos que justificaram o facto de este não lhe ter sido proposto. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio refere que J. Ring começou, pouco tempo após o seu despedimento, a trabalhar como rececionista numa outra empresa e que a duração real do tempo de trabalho era de 20 horas por semana” (§62).

³⁵ Em sentido próximo, por referência ao ordenamento espanhol, MILAGROS ALONSO (“Integración laboral de las personas con discapacidad y crisis económica”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, n.º 15, 2014, III-2).

Sobre a efetividade dos direitos sociais em período de crise económica, veja-se CARLOS L. ALFONSO MELLADO, LUIS JIMENA QUESADA e M.ª CARMEN SALCEDO BERTRÁN, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Editorial Bomarzo, 2014, pág. 13 a 48.

³⁶ Para cujos efeitos a noção de deficiência deverá ser, igualmente, a que consta da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas, já que todos os Estados Membros do Conselho da Europa a assinaram. Esta é pacificamente considerada uma referência de interpretação e aplicação da Carta Social Europeia (revista). Cfr. Conference of INGOs of the Council of Europe, *Rights of Persons with Disabilities – Article 15 of the European Social Charter in the light of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, pág. 2 e 3.

³⁷ Vide Conference of INGOs of the Council of Europe, *Rights of Persons with Disabilities...*, *cit.*, pág. 12.

suscetível de encorajar os empregadores a *contratarem e a manterem em atividade pessoas com deficiência no meio usual de trabalho e a adaptarem as condições de trabalho às necessidades dessas pessoas* ou, em caso de impossibilidade motivada pela deficiência, mediante a adaptação ou a criação de empregos protegidos em função do grau de incapacidade”. O dever de adaptação razoável encontra-se, pois, entre os princípios nucleares em que se desdobra a proteção a deferir ao trabalhador portador de deficiência no âmbito da Carta Social Europeia. Com efeito, isso mesmo já foi atestado pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais, na *Statement of Interpretation* de 2007, acerca do artigo 15, §2³⁸.

Por outro lado, é evidente que o artigo 15.º não pode dissociar-se nem do artigo 1.º (*Direito ao trabalho*), nem do artigo 26.º (*Dignidade no trabalho*), nem, por último, do artigo E da Parte V, esclarecendo que os direitos consagrados na Carta devem ser reconhecidos a todos, sem qualquer discriminação³⁹. Na verdade, quanto ao artigo 1.º, já se explicitou que a prossecução do objetivo do pleno emprego e, em particular, do direito “ de o trabalhador ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente empreendido” (§2) abarca a proibição de qualquer discriminação no emprego, razão pela qual, justamente, se liga intimamente ao disposto no artigo 15, §2⁴⁰. Simetricamente, considera-se que esta última norma abrange a proibição de discriminação em razão da deficiência – tal como já claramente afirmado pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais⁴¹, sendo, nomeadamente, proibido o despedimento

³⁸ Aí se lê o seguinte: “*There must be obligations on the employer to take steps in accordance with the requirement of reasonable accommodation to ensure effective access to employment and to keep in employment persons with disabilities, in particular persons who have become disabled while in their employment as a result of an industrial accident or occupational disease*”. (Tem de impender sobre o empregador a obrigação de adotar medidas em consonância com a exigência de adaptação razoável, para garantir o acesso efetivo ao emprego e a permanência no mesmo de pessoas com deficiências, em particular as que se tornaram portadoras de deficiência em consequência de acidente de trabalho ou doença profissional).

Nas Conclusões 2012, o Comité reafirmou o relevo deste aspeto, considerando a legislação húngara desconforme à Carta por não contemplar qualquer dever de adaptação razoável.

Na verdade, esse mesmo aspeto tem sido reiteradamente afirmado no âmbito das avaliações periódicas do cumprimento da Carta pelos diversos Estados-Membros, feitas pelo Comité. A título de exemplo, vejam-se as Conclusões 2007, sobre Estados como a Bélgica (<http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2007/def/BEL/15/2/FR>), ou a França (<http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2007/def/FRA/15/2/FR>), entre outros.

³⁹ Afirmando esta conexão entre o artigo 15.º e o referido artigo E, MATTI MIKKOLA, *Social Human Rights of Europe*, Karelactio, 2010, pág. 554.

⁴⁰ Veja-se o *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, do Conselho da Europa, de 1 de setembro de 2008, pág. 20 e ss. (disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>).

⁴¹ Conclusões 2003. O Comité afirmou, neste documento, que a legislação de vários países europeus não era conforme ao artigo 15, §2, da Convenção, por não conter norma alguma que vedasse a discriminação em razão da deficiência, ou não a combaterem de modo suficiente. Idêntica conclusão se encontra nas Conclusões 2005, 2007, 2008 e 2012, referentes a vários países europeus, tendo-se afirmado, nesta última ocasião, que a legislação portuguesa estava em conformidade (veja-se o documento respetivo em <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/PRT/15/2/EN>).

justificado por esse facto⁴². Eis, pois, também ao nível da Carta Social Europeia, estabelecido o laço entre a proibição da discriminação, por um lado, e a proteção devida ao portador de deficiência⁴³.

Considerando a centralidade, no âmbito da tutela do trabalhador portador de deficiência, do dever do empregador de adoção das devidas medidas de adaptação razoável, quer ao nível da Carta Social Europeia (revista), quer no âmbito do Direito da União Europeia, em que, justamente, foi objeto de maiores desenvolvimentos, impõe-se uma questão, que, de resto, é proporcionada, em especial, pela circunstância de os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia em torno deste aspeto se voltarem para casos em que ocorreram despedimentos eventualmente devidos à condição dos trabalhadores visados. A questão seria a de saber se tal dever de adaptação razoável, para lá de onerar o empregador no contexto da decisão de um eventual despedimento, impondo-lhe, nesta medida, equacionar a adoção das medidas pertinentes anteriormente e como alternativa a tal decisão, também se lhe imporia – ou se se lhe imporia nos mesmos termos – no momento da seleção, de entre vários candidatos, entre os quais um ou mais com deficiência, do sujeito a contratar para determinado emprego.

Note-se que nem a Diretiva nem a Carta Social Europeia *impõem* qualquer sistema de quotas, ou, genericamente, de contratação preferencial, embora também não se lhes *oponham*. Na verdade, o artigo 7.º da Diretiva (*Ação positiva e medidas específicas*) prescreve mesmo que o princípio da igualdade é compatível com a adoção de “medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º” (n.º 1), sendo certo que, “no que respeita às pessoas deficientes, o princípio da igualdade de tratamento não afecta o direito dos Estados-Membros de manterem ou adotarem disposições em matéria de protecção da saúde e da segurança no local de trabalho nem medidas destinadas a criar ou a manter disposições ou facilidades para salvaguardar ou fomentar a sua inserção no mundo do trabalho” (n.º 2)⁴⁴. Quanto à Carta Social Europeia, o artigo 15.º aponta em sentido idêntico, ainda que, a respeito da mesma, já se tenha esclarecido,

⁴² *Digest...*, pág. 113.

⁴³ Vincando a essencial harmonia entre o Direito da União Europeia e a carta Social Europeia em matéria de discriminação em razão da deficiência, embora considere que a jurisprudência do Comité Europeu dos Direitos Sociais se apresenta (ou, à época, se apresentava – note-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria em análise se tem desenvolvido de forma assinalável nos últimos anos) axiologicamente mais rica, GERARD QUINN, “The European Social Charter and EU Anti-discrimination Law in the field of disability: two gravitational fields with one common purpose”, *Social Rights in Europe* (coordenação de Gráinne de Búrca e Bruno de Witte, com a colaboração de Larissa Ogertschnig), Oxford University Press, Nova Iorque, 2005, pág. 279 a 304.

⁴⁴ Refira-se, aliás, neste contexto, o Regulamento n.º 2204/2002, da Comissão, de novembro de 2002, em cujos termos os Estados-membros podem conceder auxílios à criação de novos empregos e ao recrutamento de trabalhadores com deficiência, sem a autorização prévia da Comissão. Podem ainda financiar até 60% do custo salarial anual e dos pagamentos à segurança social em caso de contratação de trabalhador com deficiência, podendo ainda ser concedido auxílio para compensar eventuais baixas de produtividade, bem como para adaptação das instalações e prestação de assistência especial.

justamente, que dela não resulta a obrigação de os Estados-Membros preverem esse tipo de sistema⁴⁵.

Em todo o caso, não temos em mente os casos em que esteja legalmente prescrita a contratação preferencial, em geral ou até ao preenchimento de determinada percentagem dos postos existentes, do portador de deficiência – regra que, aliás, é compatível com a hipótese de tal preferência só se concretizar quando o portador de deficiência apresente competências equivalentes às de outro sujeito, mas também com a de dever aplicar-se mesmo que, para garantir essa equivalência, seja necessário proceder a ajustamentos. Colocamos, sim, a questão, talvez ainda mais delicada, de saber se da aludida obrigação de adaptação razoável resulta o dever de o empregador, no momento da seleção da pessoa a contratar e deparando-se com um ou mais portadores de deficiência entre os diversos candidatos, equacionar, desde logo, a realização dos ajustamentos necessários, desde que razoáveis, não desproporcionados, em vista de garantir que, selecionando um candidato com deficiência, ele viesse a realizar as funções em causa com um resultado idêntico ao expectável de um candidato sem deficiência alguma. Será assim ou, pelo contrário, pode o empregador rejeitar a escolha do portador de deficiência invocando o acréscimo de encargos que a sua contratação lhe imporia, já sendo desnecessários se o candidato selecionado for outro? E – supondo ainda a inexistência de qualquer sistema legal de contratação preferencial – que dizer dos casos em que estão em causa funções que o portador de deficiência poderia realizar mesmo sem ser aplicada qualquer medida de adaptação, apresentando-se tão apto – nem mais nem menos – do que um outro candidato a que não se reconheça deficiência alguma? Quanto a este último caso, valerá, pelo menos, uma presunção, ou suspeição, de tratamento discriminatório; sendo possível ao empregador justificar a decisão, afastando tal suspeita, reconhecer-se-á que o ónus da prova pode revelar-se particularmente árduo... Na situação anteriormente hipotizada, o que se pergunta, em retas contas, é se a justificação da exclusão do portador de deficiência através da invocação do acréscimo de encargos que isso representaria configura um tratamento discriminatório ou se, pelo contrário, pode ainda legitimar-se através do já aludido *critério ocupacional*. *Prima facie*, diríamos estar perante um ato discriminatório; resposta contrária colidiria com o princípio de que a tutela destes sujeitos, o objetivo de os colocar em posição de substancial igualdade com os demais, não se logra se não se conferir o devido relevo ao dever de adaptação razoável. Por outro lado, aquele critério ocupacional é indissociável da exigência do requisito da proporcionalidade, pelo que se imporia avaliar o impacto económico-empresarial das medidas de adaptação razoável requeridas. Restaria saber se este juízo de ponderação dos bens em causa deveria ser feito em termos similares àqueles em que se define o círculo de medidas exigíveis no contexto não da contratação mas da tentativa de conservação do emprego. A este respeito, cabe dar nota de que, no âmbito da jurisprudência do Comité Europeu dos

⁴⁵ Conclusão XIV-2 (1998), sobre a Bélgica, ainda na vigência da Carta originária. O documento está disponível em <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIV-2/def/BEL/15/2/FR>.
Veja-se MATTI MIKKOLA, *Social Human Rights of Europe*, Karelactio, 2010, pág. 559.

Direitos Sociais, já houve lugar a um voto de vencido, sustentando que, naquela hipótese, o grau de exigência não deveria ser o mesmo que se aplica nesta última – ao arrepio do sugerido, ainda que não de forma clara, parece-nos, pela maioria dos elementos desta entidade no âmbito das Conclusões 2007⁴⁶.

III. A INCLUSÃO DO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS

1. Notas gerais

No ordenamento jurídico português, o diploma nuclear em matéria de proteção do portador de deficiência é a Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, que define como “aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas” – noção que, parece-nos, se mostra consonante com a vertida na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, das Nações Unidas, e ulteriormente acolhida pelo Tribunal de Justiça (da União Europeia). O diploma, que reconhece os princípios basilares subjacentes à proteção do portador de deficiência, entre os quais o da não discriminação (artigo 6.º), o da autonomia (artigo 7.º: “*A pessoa com deficiência tem o direito de decisão pessoal na definição e condução da sua vida*”) e o da singularidade (artigo 4.º: “*À pessoa com deficiência é reconhecida a singularidade, devendo a sua abordagem ser feita de forma diferenciada, tendo em consideração as circunstâncias pessoais*”), reporta-se, nos artigos 26.º a 28.º, aos aspetos profissionais da tutela do portador de deficiência. O primeiro impõe ao Estado o dever de adotar as medidas adequadas à garantia do “acesso ao emprego, ao trabalho, à orientação, formação, habilitação e reabilitação profissionais” e, bem assim, à “adequação das condições de trabalho da pessoa com deficiência”. O artigo 27.º afirma o princípio da conciliação entre a atividade profissional e a vida familiar da pessoa com deficiência ou com pessoa deficiente a seu cargo. Por seu turno, sob a epígrafe *Quotas de emprego*, o artigo 28.º estabelece que 2% dos trabalhadores das empresas privadas devem ser pessoas com deficiência, percentagem que é de 5% no caso da Administração Pública. Entre as medidas de ação positiva adotadas pelo Estado português, encontra-se, pois, a fixação de quotas de emprego visando trabalhadores com deficiência.

Merece ainda referência a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde. O diploma, regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 34/2007, de 15 de fevereiro, versa sobre a

⁴⁶ Opinião dissidente de M. JEAN-MICHEL BELORGEY relativa ao artigo 15, §2, no âmbito das Conclusões 2007, referentes aos seguintes Estados: Bélgica, Chipre, Estónia, Finlândia, França, Moldávia, Eslovénia e uécia (disponível em http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=2007_Op_3/Op/FR).

discriminação no trabalho e no emprego, em especial, no artigo 5.º, sucedendo que, essencialmente, o conteúdo desta norma coincide com o previsto, a este respeito, no Código do Trabalho, a que nos referiremos em ponto subsequente.

Na sequência, por certo, da ratificação, pelo Estado Português, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴⁷, foi aprovado, por via do Decreto-Lei n.º 290/2009, de 12 de outubro⁴⁸, o *Programa de Emprego e Apoio à Qualificação das Pessoas com Deficiências e Incapacidades*.

Subsequentemente, foi ainda aprovado o *Plano de Ação para a Integração das Pessoas com Deficiências ou Incapacidade para os anos de 2006 a 2009*⁴⁹, sendo que um dos eixos em que se desdobra este plano é o da qualificação, formação e emprego das pessoas com deficiências ou incapacidades.

Considerando os diplomas que vimos de referir e sem prejuízo das considerações aduzidas, adiante, a respeito do Código do Trabalho, pode concluir-se que se encontram previstas, no ordenamento jurídico português, as seguintes linhas de ação, em vista da integração profissional do portador de deficiência:

(i) Fixação de quotas de emprego, nos termos do já mencionado artigo 28.º da Lei n.º 38/2004, a par, quanto à Administração Pública, do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3 de fevereiro⁵⁰.

Se, quanto à Administração Pública, a percentagem de lugares a preencher com portadores de deficiência não deve ser inferior a 5%, não é tão claro o sentido da disposição legal em análise no tocante às empresas (e às entidades empregadoras de outra natureza, a que se refere o n.º 2 e as quais também viriam a ser abrangidas pela obrigação a que ora nos referimos, “nos termos a regulamentar”). É que, segundo o n.º 1, o número de pessoas com deficiência a contratar pode ir até 2%, variando, aparentemente, de acordo com a dimensão da entidade em causa. Ora, não tendo sido objeto de concretização legal os termos em que este ajustamento deve ser feito e sendo certo, por outro lado, que a percentagem referida se configura como um teto máximo, compreende-se mal o modo de funcionamento deste preceito, estando também aberto o

⁴⁷ Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho.

⁴⁸ Entretanto alterado pela Lei n.º 24/2011, de 16 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 131/2013, de 11 de setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 108/2015, de 17 de junho, que cria o *Programa de Emprego e Apoio à Qualificação das Pessoas com Deficiência e Incapacidade*.

⁴⁹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 120/2006, de 21 de setembro.

⁵⁰ O diploma prevê, no artigo 3.º, um sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade funcional igual ou superior a 60% em todos os serviços e organismos da administração central, regional autónoma e local, bem como nos institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados do Estado ou de fundos públicos (artigo 1.º, n.º 1). Assim, nos concursos externos de ingresso na função pública em que o número de lugares postos a concurso seja igual ou superior a 10, 5% dos lugares a ocupar devem ser preenchidos por portadores de deficiência. Se o número de lugares a preencher for inferior a 10 e igual ou superior a três, é garantida a reserva de um lugar para candidatos com deficiência, enquanto nos casos em que o número de lugares a preencher for de um ou dois, se estabelece uma preferência em igualdade de classificação para o candidato com deficiência.

flanco a fundadas dúvidas quanto à sua efetividade⁵¹. Verdadeiramente, o disposto no artigo 28.º, n.º 1, da Lei n.º 38/2004 mais não será do que uma *orientação genérica*, cujo desrespeito dificilmente se afigura passível de sancionamento.

(ii) Medidas de apoio à qualificação das pessoas com deficiências e incapacidades e respetiva integração no mercado de trabalho.

O Decreto-Lei n.º 290/2009 versa, em primeiro lugar, sobre a promoção da formação – inicial e contínua – vocacionada para a pessoa com deficiência e incapacidade, saldando-se em apoios de diversa índole, mormente económico-financeira, às entidades que assumam o encargo da formação, sejam entidades empregadoras ou outras (artigos 6.º a 14.º). O diploma prevê ainda medidas destinadas à integração, manutenção e reintegração no mercado de trabalho das pessoas com deficiência e incapacidade. Neste contexto, sublinhamos:

-a atribuição aos centros de emprego da competência, embora passível de delegação em centros de recurso, para a realização de ações de informação, avaliação e orientação para o emprego, bem como para a colocação, através de um trabalho de mediação, e acompanhamento pós-colocação (artigos 16.º a 27.º);

-a possibilidade de apoios financeiros às pessoas com deficiência e incapacidade que frequentem as ações de informação, avaliação, orientação e colocação referidas (artigo 28.º) e aos centros de recurso que cooperem com o Instituto de Emprego e Formação Profissional (artigo 29.º);

-a previsão de apoios financeiros à adaptação de postos de trabalho e à eliminação de barreiras arquitetónicas, a conceder às entidades empregadoras que contratem pessoas com deficiência e incapacidade (artigos 30.º a 37.º);

-a concessão de isenções e reduções das contribuições para a segurança social a cargo de entidades empregadoras que contratem pessoas com deficiências e incapacidades, embora a regulação deste aspeto seja remetida para legislação especial (artigo 15.º, n.º 1, alínea *e*) e n.º 2)⁵²;

-a configuração do *emprego apoiado*, que consiste no “exercício de uma atividade profissional ou socialmente útil com enquadramento adequado e com possibilidade de atribuição de apoios especiais por parte do Estado, que visa permitir às pessoas com deficiências e incapacidades o desenvolvimento de competências pessoais

⁵¹ Sobre a importância de ajustar a obrigação de contratação de pessoas com deficiência à dimensão da empresa, veja-se, por todos, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho – Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 199 e ss.

⁵² Esta matéria encontrava-se regulada no Decreto-Lei n.º 299/86, de 19 de setembro, o qual foi revogado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro. Segundo o regime atual (Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social), a taxa contributiva é reduzida em caso de contratação sem termo de pessoas que apresentem uma capacidade de trabalho inferior a 80% da normalmente exigida a trabalhador sem deficiência no mesmo posto de trabalho (artigo 108.º, n.º 2).

e profissionais que facilitem a sua transição, quando possível, para o regime normal de trabalho”, ou ainda no “desenvolvimento de atividades em contexto laboral, sob a forma de estágios de inserção, que visem aferir as condições para o exercício de uma atividade profissional, desenvolver competências pessoais e profissionais e promover a inserção profissional das pessoas com deficiências e incapacidades” (artigo 38.º). O emprego apoiado concretiza-se, ainda segundo este diploma, nas seguintes modalidades: (i) estágios de inserção (formação prática em contexto laboral para pessoas com deficiência e incapacidade à procura do primeiro emprego) (artigos 39.º a 41.º); (ii) contratos emprego-inserção (desenvolvimento de atividades socialmente úteis, junto das entidades promotoras, que são, para o efeito, beneficiadas com apoios financeiros públicos) (artigos 42.º a 44.º); (iii) emprego protegido, concretizado em centros vocacionados para o efeito, estruturas produtivas, criadas por pessoas coletivas de direito público que não façam parte da Administração central do Estado ou por pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos, voltadas para proporcionar às pessoas com deficiência e incapacidade a possibilidade de desenvolver atividades adequadas à sua condição, em vista de as habilitar a integrar-se no mercado de trabalho, sob a tutela e com apoio do Instituto de Emprego e Formação Profissional (artigos 45.º a 53.º); (iv) emprego apoiado em mercado aberto (é desenvolvida uma atividade profissional em postos de trabalho integrados na organização produtiva ou de prestação de serviços das entidades empregadoras, que, por virtude disso, beneficiam de comparticipação nas despesas com a retribuição e contribuições para a segurança social dos trabalhadores em regime de contrato de emprego apoiado) (artigos 54.º a 71.º).

2. A proteção do trabalhador com deficiência no Código do Trabalho. Considerações em torno do dever legal de adaptação razoável, em correlação com a proibição de discriminação em razão da deficiência

Quanto ao Código do Trabalho, diríamos que são, fundamentalmente, dois os blocos normativos com relevo direto no contexto a que nos vimos referindo. Referimo-nos, por um lado, às normas relativas ao princípio da igualdade e da não discriminação (artigos 23.º e seguintes), verificando-se, quanto a estas, que terão sido fortemente condicionadas pelo ordenamento europeu, designadamente pelas Diretivas Antidiscriminação, em que se enquadra a já mencionada Diretiva 2000/78/CE. Por outro lado, o Código do Trabalho refere-se, nos artigos 84.º e seguintes, à proteção especial conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida (artigo 84.º) e com deficiência ou doença crónica (artigos 85.º a 88.º).

A circunstância de o legislador ter adotado, neste contexto, uma categorização tripartida – trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência e com doença crónica – suscita, de imediato, a questão de saber como se recorta cada um destes grupos e, por conseguinte, se distinguem entre si. A classificação assumida pelo legislador parece-nos, na realidade, um tanto infeliz. Não só, como salienta MARIA DO

ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁵³, o critério não é unívoco, porquanto a redução da capacidade de trabalho será o efeito de uma das condições a que se referem as outras duas categorias identificadas, isto é, da deficiência ou da doença crónica, como, considerando a amplíssima noção de deficiência plasmada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pela União Europeia e já acolhida, conforme evidenciamos anteriormente, pelo Tribunal de Justiça, em sede de interpretação da Diretiva 2000/78/CE – e sendo certo que o ordenamento interno não pode deixar de ser lido em consonância com o Direito da União Europeia, por força, mormente, do princípio da interpretação conforme –, resta uma muito diminuta margem para distinguir entre deficiência e doença crónica, impondo-se concluir que toda a doença (crónica) que se salde em o respetivo portador, quando em contacto com o ambiente laboral, vir a encontrar-se em situação de desvantagem, portanto de desigualdade, em relação aos demais trabalhadores, há de qualificar-se como deficiência, para todos os efeitos visados pela Diretiva. Ora, versando esta sobre o princípio da igualdade e não discriminação e sendo inequívoca, como já anteriormente assinalado, a conexão entre tal imperativo e a adoção de medidas de ajustamento das condições de trabalho ao sujeito com deficiência, parece-nos certo que a leitura dos artigos 84.º e seguintes do Código do Trabalho não pode deixar de ser feita à luz daquela noção amplíssima da categoria da deficiência⁵⁴.

Em linha com a Diretiva 2000/78/CE, que transpõe para a ordem interna, o Código do Trabalho proíbe a discriminação direta e indireta em razão (não só, mas

⁵³ *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2015, 4.ª edição, pág. 351.

⁵⁴ Já havíamos sublinhado que a noção de deficiência vertida na Lei n.º 38/2004 nos parece consonante com a adotada pela Organização das Nações Unidas e pela União Europeia. De resto, a necessidade de superar o modelo médico, enquanto paradigma de compreensão da deficiência centrado em considerações estritamente individualizadas e biológicas é afirmada, de forma expressiva, na Parte I da Resolução do Conselho de Ministros n.º 120/2006, que aprova o mencionado *Plano de Ação para a Integração das Pessoas com Deficiências ou Incapacidade para os anos de 2006 a 2009*.

No entanto, importa notar a existência, no ordenamento jurídico interno, de outras noções de deficiência, as quais afloram em diplomas distintos. Refira-se, a este respeito, o Decreto-Lei n.º 290/2009, de 12 de outubro, de acordo com o qual, a *pessoa com deficiência e incapacidade* é a que apresenta “limitações significativas ao nível da atividade e da participação, num ou vários domínios da vida, decorrentes de alterações funcionais e estruturais, de carácter permanente, e de cuja interação com o meio envolvente resultem dificuldades continuadas, designadamente ao nível da obtenção, da manutenção e da progressão no emprego” (artigo 4.º, alínea *a*)); já a *pessoa com deficiência e incapacidade e capacidade de trabalho reduzida* é a que apresenta “capacidade produtiva inferior a 90% da capacidade normal exigida a um trabalhador nas mesmas funções profissionais ou no mesmo posto de trabalho, em razão das alterações estruturais e funcionais e das limitações de atividade delas decorrentes” (artigo 4.º, alínea *b*)). Refira-se ainda o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, que, para efeitos de redução da taxa contributiva a suportar em caso de contratação de pessoa com deficiência, a define como o sujeito que tenha uma capacidade de trabalho inferior a 80% da normalmente exigida a um trabalhador sem deficiência no mesmo posto de trabalho. Pode ainda mencionar-se o já aludido Decreto-Lei 29/2001, que, a respeito da fixação de quotas de emprego para portadores de deficiência na Administração Pública, abrange as pessoas com um grau de incapacidade funcional igual ou superior a 60%.

Estas são os conceitos operativos adotados para efeitos de aplicação dos regimes pertinentes, não pondo em causa, ao que cremos, a leitura das normas do Código do Trabalho em consonância com o Direito Internacional e da União Europeia, nos termos explicitados.

também) da deficiência (artigos 23.º a 25.º). Considera-se discriminatório, com base na deficiência, todo o ato, situando-se no momento do acesso ao emprego, durante a vigência da relação, ou ainda no contexto da respetiva cessação, que configure um tratamento menos favorável ao trabalhador que apresente essa condição, em comparação com o dado, real ou potencialmente, a outra pessoa em situação comparável (discriminação direta), e também toda a disposição, critério ou prática que, a despeito do seu caráter aparentemente neutro, se salde no resultado de colocar em posição de desvantagem, comparativamente com os demais, os trabalhadores com deficiência (discriminação indireta).

Importa, porém, evidenciar que quer a discriminação direta quer a indireta são passíveis de justificação, ou neutralização. Ainda em consonância com o permitido pela Diretiva 2000/78/CE, o legislador português adotou o designado *critério ocupacional*, resultando do artigo 25.º, n.º 2, que não se considera discriminatório o comportamento que, mesmo assentando num fator de discriminação, constitua “um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”. Por outro lado, a disposição, prática ou critério ato indiretamente discriminatório descaracterizar-se-á enquanto tal desde que se justifique objetivamente por um fim legítimo, sendo os meios utilizados para o alcançar adequados e necessários.

Observe-se que o legislador nacional não reproduziu a norma europeia segundo a qual a discriminação indireta assente, especificamente, na deficiência, pode ter-se como justificada se estiverem previstas (e forem adotadas) as devidas medidas de adaptação razoável. Tal omissão não terá, porventura, consequências de monta. Com efeito, já evidenciáramos, anteriormente, certa assimilação entre as duas possibilidades de justificação da discriminação indireta, com base na deficiência, previstas na Diretiva 2000/78/CE – a associação da diferenciação a um fim legítimo, sendo os meios indispensáveis e proporcionais e, por outra banda, a adoção das pertinentes medidas de adaptação razoável. Deste modo, se supusermos, por exemplo, que, invocando objetiva e manifesta incapacidade do portador de deficiência para o exercício das respetivas funções, o empregador pretende fazer cessar o seu contrato, mas, precedentemente, adota as pertinentes medidas de adaptação razoável, em vista de procurar manter o trabalhador na sua posição, o que, todavia, não se afigura viável, sempre poderá dizer-se que o ato extintivo que venha a ter lugar se justifica pela *legitimidade* do motivo, mostrando-se, ainda, *indispensável* e *proporcional*, por as alternativas não terem produzido um efeito satisfatório. Sucede, ademais, que, não obstante o legislador laboral não ter associado, de forma inequívoca, o imperativo de não discriminação em razão da deficiência ao de adoção de medidas de ajustamento das condições de trabalho às limitações que o trabalhador apresente, tal relação, que, como verificamos, é inequívoca no quadro do Direito Europeu, já se mostra expressivamente sugerida na Lei n.º 46/2006, cujo artigo 5.º, depois de afirmar como discriminatórios todos os

procedimentos, medidas ou critérios que subordinem a “fatores de natureza física, sensorial ou mental a oferta de emprego, a cessação de contrato de trabalho ou a recusa de contratação”, bem como a “produção ou difusão de anúncios de ofertas de emprego, ou outras formas de publicidade ligada à pré-seleção ou ao recrutamento, que contenham, direta ou indiretamente, qualquer especificação ou preferência baseada em fatores de discriminação em razão da deficiência”, e ainda a “adoção pelo empregador de prática ou medida que no âmbito da relação laboral discrimine um trabalhador ao seu serviço” (n.º 1), esclarece que tais práticas não constituirão atos discriminatórios “se, em virtude da natureza da actividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, a situação de deficiência afete níveis e áreas de funcionalidade que constituam requisitos essenciais e determinantes para o exercício dessa actividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional” (n.º 3), acrescentando ainda – eis o segmento que, neste contexto, nos importa sublinhar – que, *para efeitos de aplicação do n.º 3*, ou seja, *para efeitos de descaracterização da discriminação*, nos termos aí previstos, “deverá 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, excepto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade empregadora” (n.º 4), sendo certo que a aferição dessa viabilidade supõe um parecer prévio do Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência (n.º 6)⁵⁵.

Ainda no âmbito da parte do Código do Trabalho referente à igualdade e não discriminação, importa aludir, também, ao artigo 25.º, n.º 5, prevendo, em consonância com a Diretiva, que a quem alega a discriminação incumbe somente indicar os sujeitos em relação aos quais se considera discriminado, firmando, assim, a base factual necessária à indução de uma suspeição de discriminação, vindo a caber ao empregador demonstrar que a diferença de tratamento verificada não assenta em qualquer fator de discriminação⁵⁶. Por último, saliente-se o disposto no artigo 27.º, que afirma a admissibilidade de medidas de ação positiva (discriminação positiva), em vista de um desiderato de igualdade material.

Referindo-se aos trabalhadores com deficiência ou doença crónica, os artigos 85.º e seguintes do Código do Trabalho impõem ao empregador um conjunto de deveres voltados para a tutela de tais categorias especiais de trabalhadores. Para além de um conjunto de obrigações de tutela relacionadas com a duração e organização do tempo de trabalho (artigos 87.º e 88.º), importa atentar no previsto no artigo 86.º, n.º 1, norma

⁵⁵ Esta entidade também deve pronunciar-se sobre se o apoio público previsto em vista do auxílio à adoção daquelas medidas é ou não suficiente para que o encargo inerente deva dizer-se não desproporcionado.

⁵⁶ Sobre o ponto, para além de TERESA MOREIRA, “O ónus da prova em casos de discriminação”, *cit.*, veja-se, considerando a experiência jurídica portuguesa, PAULO MORGADO DE CARVALHO, “Ónus da prova em caso de discriminação”, *Direito e Justiça – estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, vol. III, pág. 109 a 136.

que, de acordo quer com o disposto na Diretiva, quer ainda com o previsto na Lei n.º 46/2006, estabelece, a cargo do empregador, o já explicitado *dever de adaptação razoável*. Aí se lê, com efeito, que cabe ao empregador “adotar medidas adequadas para que a pessoa com deficiência ou doença crónica tenha acesso a um emprego, o possa exercer e nele progredir ou para que tenha formação profissional, exceto se tais medidas implicarem encargos desproporcionados (n.º 1), considerando-se que o não são se o Estado apoiar a respetiva implementação (n.º 3). Acerca desta previsão legal, impõem-se, parece-nos, duas ordens de considerações.

Em primeiro lugar, importa cotejar os n.ºs 1 e 3 do artigo 86.º com o previsto no Decreto-Lei n.º 290/2009, concretamente nos artigos 30.º a 37.º, que se reportam aos apoios financeiros a conceder às entidades empregadoras em vista da adaptação dos postos de trabalho, através de soluções técnicas e ergonómicas adequadas (artigo 33.º, n.º 3) e da eliminação de barreiras arquitetónicas, em vista do ajustamento das condições de trabalho ao trabalhador com deficiência, desde que contratados sem termo ou, pelo menos, por um ano, em caso de contrato a prazo. O que pretendemos sublinhar é que não deve pensar-se, por força, designadamente, do disposto neste último diploma, que as medidas a adotar pela entidade empregadora se esgotam em soluções *materiais*, aplicadas sobre as ferramentas e os locais – espaços físicos – de trabalho. Resulta, pelo contrário, quer dos considerandos da Diretiva 2000/78/CE, quer da jurisprudência do Tribunal de Justiça que podem estar em causa medidas de outra índole, mormente ajustamentos ao nível da duração e organização do tempo de trabalho. Podendo criticar-se – em face, mormente, do artigo 15.º da Carta Social Europeia, de que decorre, claramente, impor-se aos *Estados-Membros a adoção de medidas destinadas a encorajar os empregadores a contratar e a manter no meio usual de trabalho pessoas com deficiência*, designadamente ajustando as condições pertinentes, apenas subsidiariamente se recomendando o recurso ao emprego apoiado⁵⁷ – que, impondo-se medidas diversas das referidas no Decreto-Lei n.º 290/2009, mas passíveis de representar para o empregador um custo económico, inexistia qualquer apoio estadual, não deve, porém, concluir-se que as mesmas se encontram fora do perímetro do dever de adaptação razoável⁵⁸. Em todo o caso, sempre se reconhecerá que a circunstância de, dentro do leque de ajustamentos possíveis das condições de trabalho, somente os incidentes sobre meios físicos poderem contar com a ajuda financeira do Estado contribuirá, por certo, para inculcar no espírito das entidades empregadoras a ideia de

⁵⁷ Vincando este carácter secundário, MATTI MIKKOLA, *Social Human Rights...*, cit., pág. 559, e ainda DAVID HARRIS, *The European Social Charter*, Transnational Publishers Inc., Nova Iorque, 2.ª edição, pág. 184.

⁵⁸ MILAGROS ALONSO (“Integración laboral...”, cit., III-2) evidencia, em relação ao ordenamento espanhol, o facto de o legislador definir o conceito de adaptações razoáveis como as modificações e adaptações necessárias e adequadas do ambiente físico, social e comportamental, o que pode significar, segundo a Autora, um estreitamente excessivo do conceito, deixando fora do seu perímetro as adaptações que se relacionem com a própria delimitação da prestação.

que apenas essas serão devidas – com o que isso implica ao nível da (in)efetividade da lei⁵⁹...

A segunda nota que deixaríamos a este respeito é no sentido de reiterar o facto de a *arquitectura* do Código do Trabalho não sugerir, de modo algum, a existência de um laço entre o imperativo de não discriminação dos trabalhadores com deficiência e a obrigação de adaptação razoável. Uma leitura do Código do Trabalho dissociada da chamada à colação de outros elementos do ordenamento proporcionará a conclusão de que a violação do disposto no artigo 86.º, n.º 2, mesmo constituindo um ato ilícito, não contendrá com o princípio da igualdade e não discriminação, não sendo, pois, fundamento para a qualificação como discriminatório do tratamento de desfavor de que, eventualmente, seja alvo certo trabalhador com deficiência – uma conclusão, que, como já tivemos oportunidade de evidenciar, não se coaduna com o Direito Europeu. Evidentemente que a omissão legal daquela conexão não é inócua do ponto de vista prático. Desde logo, a ilicitude adveniente da prática de um ato discriminatório pode ser sancionada de modo agravado, em comparação com uma outra ilicitude que não possa dizer-se tão manifestamente *desvaliosa*. Por outro lado, construções dogmático-normativas como a modulação dos encargos probatórios em caso de ocorrência de alegada conduta discriminatória ver-se-ão como alheias à violação do dever de adaptação razoável se este não for encarado como dimensão do imperativo de proibição de tais condutas. Finalmente, talvez possa afirmar-se que esta dissociação contribui para fomentar a ideia de que tal estatuição constitui um mero *enunciado programático*⁶⁰. De resto, não se encontra, no artigo 86.º, segmento algum qualificando a violação dos deveres aí prescritos como conduta contraordenacional...

3. *Sequitur*: o princípio da igualdade e da não discriminação em razão da deficiência e o dever de adaptação razoável em diálogo com alguns casos de extinção do contrato de trabalho

3.1. A caducidade por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho, por força de condição qualificável como deficiência.

A despeito das considerações que vimos tecendo nos parágrafos antecedentes, parece-nos certo, considerando o Direito Europeu e, em especial, a Diretiva 2000/78 e a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que o dever de adaptação razoável, em conexão com o princípio da igualdade e da não discriminação, se mostra apto a condicionar

⁵⁹ Remete-se para a nota 73 deste texto.

⁶⁰ Revelando a mesma preocupação no tocante ao ordenamento espanhol, MILAGROS ALONSO, “Integración laboral...”, *cit.*, III-1 e III-3. Mas a Autora vinca, no mesmo contexto, que o dever de adaptação razoável é uma manifestação do princípio da igualdade e não discriminação, pelo que beneficia dos mecanismos de efetividade privilegiados associados a este último. Vinca, ainda, que aquele dever constitui uma via para garantir a “consecución efectiva” da equiparação dos trabalhadores com deficiência aos demais.

decisivamente a leitura de determinadas figuras normativas, nomeadamente no domínio da cessação do contrato de trabalho.

Pensamos, por um lado, na *caducidade* do contrato de trabalho devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador realizar a prestação (artigo 343.º, alínea *b*) do Código do Trabalho), sendo certo que tal impossibilidade se deverá, frequentemente, a condição qualificável como deficiência, na aceção anteriormente explicitada. Temos ainda em mente o *despedimento por inadaptação – rectius*, por inaptidão – previsto no artigo 375.º, n.º 2 e n.º 3, alínea *b*). Na verdade, a circunstância justificativa do decréscimo de produtividade do trabalhador conducente a essa modalidade de despedimento bem pode ser, também, uma condição passível de integração na categoria *deficiência*⁶¹.

⁶¹ Um breve olhar sobre os ordenamentos próximos do português revela que a extinção do contrato de trabalho devida à incapacidade do trabalhador para o cumprimento da respetiva prestação é um tema que vem sendo tratado em estreita conexão com o princípio da não discriminação do trabalhador em razão da doença ou deficiência. A razão de ser desta conexão intui-se facilmente: aquela incapacidade é devida, na larga maioria dos casos, ao facto de o trabalhador se ter visto afetado por doença ou deficiência, restando, pois, saber se fazer cessar o respetivo contrato não vem a ser, bem vistas as coisas, um ato discriminatório em razão desse(s) fator(es). Tal impositação do problema terá, por certo, sido influenciada, em especial, pelo Direito da União Europeia, particularmente pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Veja-se PASCAL LOKIEC, “Le licenciement pour insuffisance professionnelle”, *Droit Social*, 2014, n.º 1, pág. 38 a 43 [40 e ss.]. Análise semelhante, respeitando ao ordenamento italiano, pode ver-se em DAVIDE CASALE, “Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, ano XIX, 2014, n.º 2, pág. 401 a 423, e ainda ESTHER CARRIZOSA PRIETO, “La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore”, *Lavoro e Diritto*, 2013, n.º 2, pág. 283 a 303 [295 e ss.].

Por outro lado, não deve estranhar-se, que, em forte medida, as considerações que possam tecer-se – e que se tecerão, *infra*, no texto – a respeito de ambas as figuras identificadas (caducidade por impossibilidade de prestação de trabalho devida a doença e despedimento por inaptidão) sejam coincidentes. Com efeito, trata-se, num caso e noutro, de casos de extinção do contrato de trabalho por motivo independente da vontade do trabalhador. Sintomaticamente, aliás, situações similares à hipótese de caducidade a que nos vimos referindo são enquadradas, noutros ordenamentos jurídicos, no âmbito do despedimento. Pense-se no ordenamento francês, em que, pela extrema estreiteza com que vem sendo entendido o conceito de *force majeure* enquanto *causa natural* de extinção do contrato (cfr., por exemplo, MICHEL MINÉ e DANIEL MARCHAND, *Le Droit du Travail en pratique*, Eyrolles, Paris, 2014, 26.ª edição, pág. 265), a imprestabilidade do trabalhador para a prestação de atividade vem sendo enquadrada no *licenciement pour insuffisance professionnelle*, embora a doutrina evidencie a importância da circunscrição dos casos em que essa *insuficiência* se deve a motivo de doença, caso em que haverá que garantir que o despedimento em causa não configura um ato discriminatório em razão desse factor. Veja-se PASCAL LOKIEC, “Le licenciement...”, *cit.* Entre nós, atente-se nas reflexões, com indicações bibliográficas, mormente referentes ao ordenamento jurídico francês, de JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 915 e ss.). Na verdade, o conceito de despedimento assume, em determinados quadrantes, sentido significativamente mais amplo do que o que se lhe imputa, do ponto de vista técnico-jurídico, à luz de um ordenamento com a configuração do português. Pensamos, concretamente, em instrumentos internacionais como a Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho, ou na Carta Social Europeia. Para efeitos de aplicação dos princípios cogentes aí estabelecidos, como, desde logo, o da não discriminação, o despedimento entende-se como toda a extinção do contrato *por iniciativa do empregador* (sobre a Convenção n.º 158, veja-se o Relatório do Comité de Peritos da Organização Internacional do Trabalho sobre a Convenção n.º 158 e a Recomendação n.º 166, de 1995, disponível em [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1995-82-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1995-82-4B).pdf). Em relação à Carta Social Europeia, atente-se no anexo integrante da mesma (“*Âmbito da Carta Social Europeia Revista no que respeita às pessoas protegidas*”), na parte referente à latitude do artigo 24.º). O que vem de ser dito não

Quanto à primeira das figuras referidas, a respetiva invocação está dependente, como é sabido, da verificação dos seguintes requisitos: ocorrer uma impossibilidade (para a prestação de trabalho) que possa reputar-se de superveniente, definitiva e absoluta. Tem-se discutido na doutrina, em especial, o alcance deste último requisito. Segundo certa construção, o sentido da exigência legal não deveria entender-se de uma perspectiva naturalística, mas jurídica, o que se traduziria em poder considerar-se estar diante de uma impossibilidade absoluta quando a mesma pudesse dizer-se tão substancialmente distante da inicialmente suposta que não fosse razoavelmente exigível ao empregador que continuasse recebendo a prestação nas condições atuais⁶². De acordo com uma outra perspectiva, o requisito do caráter absoluto da impossibilidade significaria que, para justificar a caducidade do contrato, a mesma não poderia ser senão objetiva e manifesta, não podendo confundir-se com a mera *difficultas praestandi*, vale por dizer, uma maior onerosidade na prestação de trabalho, eventualmente traduzida em menor produtividade⁶³.

Ora, parece-nos que o rigor com que deve encarar-se o requisito a que ora nos referimos não pode deixar de ser influenciado por uma ordem de argumentos estreitamente relacionados com as considerações anteriormente expandidas a respeito do princípio da não discriminação do portador de deficiência e do correlativo dever de adaptação razoável.

Sendo inequívoco que a deficiência não pode ser, em si mesma, fundamento de qualquer tratamento desfavorável para o trabalhador visado, *v. g.*, a extinção da relação laboral independentemente da sua vontade, contrapor-se-ia que invocar a caducidade do contrato com base na sua incapacidade para a realização da prestação devida, ainda que essa incapacidade se deva a condição qualificável como deficiência, não seria ato que pudesse considerar-se ilícito, porquanto, então, relevaria, *a se*, uma circunstância objetiva inviabilizadora da prossecução da relação. A verdade, porém, é que, conforme já assinalado, não somente a discriminação direta mas igualmente a indireta é vedada pela Diretiva, assim como, acrescente-se, pelo Código do Trabalho. São, por assim dizer, *candidatas positivas* a disposições indiretamente discriminatórias normas que, mesmo aparentemente neutras, se saldarem no resultado de deixar em posição de desvantagem sujeitos pertencentes a determinada categoria subjetiva – no contexto ora

visa, evidentemente, obscurecer as diferenças entre cada um dos institutos a que nos referimos nem ignorar a diversidade de regimes que as separa. Pretende-se, sim, sublinhar, por um lado, que, para efeitos de aplicação de determinados princípios gerais, mormente, reitere-se, o da não discriminação, aquela distinção pode não se afigurar decisiva e, por outro, que a circunstância de, em diferentes ordenamentos, serem usadas terminologias distintas, de acordo com outrossim distintas classificações legais dos fenómenos extintivos da relação laboral, não deve inibir, só por si, uma eventual tentativa de colher em experiências jurídicas estrangeiras soluções normativas e contributos doutrinários e jurisprudenciais que, na substância, se mostrem transponíveis para o universo português.

⁶² BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER (com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, JOANA VASCONCELOS e TATIANA GUERRA DE ALMEIDA), *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011, pág. 685. Veja-se igualmente a pág. 655. No mesmo sentido, entre outros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2015, 7.ª edição, pág. 926.

⁶³ Veja-se a posição de JÚLIO GOMES, *op. cit.*, pág. 915 e ss.

em causa, os portadores de deficiência, no sentido amplo referido *supra*. Expõe-se, de igual modo, a um juízo de ilicitude por discriminação indirecta o ato do empregador que, a despeito da sua aparente neutralidade e objetividade, se traduza num tratamento de desfavor dirigido a sujeito integrado em tal categoria. Resta, pois, saber se e em que condições pode a discriminação aqui em causa ver-se justificada, com a conseqüente exclusão da respetiva ilicitude. A entender-se, como parece resultar do ordenamento europeu, que o contrato não pode cessar com fundamento na incapacidade do trabalhador portador de deficiência para o desempenho das respetivas tarefas senão quando o empregador haja cumprido o respetivo dever de adoção das medidas de adaptação razoável – recorde-se, em especial, o caso *HK Dinamarca* e, neste aspeto, igualmente o referido pelo Tribunal no Acórdão *Chacón Navas* –, então adquire maior alcance e relevo o disposto no artigo 86.º, n.º 1, do Código do Trabalho, o qual importaria relacionar não só com o bloco normativo respeitante à igualdade e não discriminação como ainda com o regime de enquadramento de qualquer ato de desfavor visando um trabalhador com deficiência. Concretamente, no contexto em que ora nos movemos, este conjunto de considerações induziria a seguinte conclusão: o empregador não poderia, validamente, invocar a caducidade do contrato com base em alegada impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador, portador de deficiência, prestar trabalho, enquanto não adotasse as devidas medidas de adaptação razoável. Poderia mesmo defender-se não poder a impossibilidade para a prestação de trabalho devida a condição qualificável como deficiência considerar-se *absoluta* enquanto a entidade empregadora não demonstrasse haver cumprido, na medida do exigível, do não desproporcionado, aquele dever.

Ainda a respeito da caducidade do contrato de trabalho, debate-se também a questão de saber sobre que funções terá de recair o juízo de impossibilidade – sobre as que o trabalhador concretamente vinha exercendo, todas as incluídas no objeto do respetivo contrato (artigo 118.º, n.º 2), estas últimas e ainda as passíveis de lhe serem solicitadas no quadro do *jus variandi* (artigo 120.º)? Ou deverá outrossim demonstrar-se a inviabilidade de execução de tarefas correspondentes a distinto posto de trabalho, desde que disponível na empresa? A questão não é nova e quer a doutrina quer a jurisprudência há muito a vêm debatendo, verificando-se, num domínio e noutro, posições distintas⁶⁴.

⁶⁴ Um sector significativo da doutrina responde negativamente à última das questões formuladas, atendendo, principalmente, aos seguintes argumentos: o de que a caducidade do contrato de trabalho deve ser analisada em consonância com o regime do direito comum dos contratos, avultando, pois, como referente da impossibilidade, a actividade contratada; por outro lado, o de que existindo um acervo de casos em que, inequivocamente, a lei impõe ao empregador a recolocação do trabalhador em posto de trabalho compatível com a sua condição – aqueles em que a incapacidade para as funções habituais resulta de acidente de trabalho ou doença profissional, de acordo com os artigos 154.º e seguintes da Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro –, sendo a mesma omissa no que concerne aos demais casos de incapacidade, deve concluir-se pela inexistência, aí, de qualquer dever paralelo (veja-se PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, pág. 928 e ss., MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2012, 4.ª edição, pág. 789-790, e ainda PEDRO FURTADO MARTINS, *op. cit.*, pág. 76 e ss.). Opinião distinta defende JÚLIO GOMES (*op. cit.*, pág. 919 e

Tendo em conta as considerações expendidas *supra* sobre a proteção devida aos trabalhadores portadores de deficiência, no apontado sentido lato, e o conseqüente encargo de proceder ao ajustamento das condições de trabalho em função das características de tais trabalhadores, pode perguntar-se se no espectro dessas medidas de ajustamento não se incluirá o próprio dever de recolocação do trabalhador em posto de trabalho alternativo, compatível com a sua condição. A ser assim, encontraríamos na Directiva 2000/78 e na jurisprudência do Tribunal de Justiça um argumento adicional para sustentar a existência de tal dever, como, por outra banda, fundamento para defender que incumbiria à entidade empregadora que o não cumprisse provar a respetiva inexistência, por representar um encargo desproporcionado. E perguntar-se-ia mesmo se não seria defensável, conforme se vem sustentando noutros ordenamentos – em que, reconheça-se, o dever de recolocação em contexto idêntico ao aqui em análise está fora de dúvida, como no ordenamento francês ou no italiano –, que coubesse ao empregador adaptar o posto de trabalho eventualmente disponível às características do trabalhador portador de deficiência para, então, poder reconduzi-lo ao mesmo⁶⁵. Em todo o caso,

ss.), invocando, para tanto, o princípio da boa fé na execução dos contratos, um argumento que, acrescente-se, o princípio da segurança no emprego sustentaria e reforçaria. Pela nossa parte, já tivemos ensejo de manifestar a nossa concordância em relação à posição do autor (JOANA NUNES VICENTE/MILENA SILVA ROUXINOL, “Entre o direito à saúde e o direito a estar doente – comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007”, *Questões Laborais*, ano XV, n.º 31, pág. 89 a 114 [105 e ss.]). Propendemos, com efeito, a entender não apenas que tais princípios aconselham uma compreensão da figura da caducidade do contrato de trabalho em moldes bem distintos dos próprios da doutrina geral do negócio jurídico, como ainda que a circunstância de o legislador não prever expressamente o aludido dever de recolocação senão no estrito universo dos acidentes de trabalho e doenças profissionais não tem, forçosamente, de ser lida como indicativa de que foi seu intento que somente aí ele existisse, antes podendo perspetivar-se como uma lacuna legal, a integrar, se não por via analógica, decerto por força dos princípios marcantes do sistema jurídico-laboral (sobre tal dever, em diversos ordenamentos, mesmo que enquadrado em figuras designadas como despedimento, veja-se “Le reclassement”, *Revue de Droit du Travail*, 2010, n.º 6, pág. 390 a 395). A jurisprudência (a título de exemplo, veja-se o aresto referido na nota 14, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Maio de 2012 (processo n.º 1028/08.8TTLSB.L1-4; relatora: Maria João Romba), ou ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 1 de Fevereiro de 2011 (processo n.º 344/07.0TTEVR.E1; relator: Chambel Mourisco), todos disponíveis em www.dgsi.pt), por seu turno, tem revelado, quanto ao ponto, alguma oscilação, embora nos queira parecer que, atualmente, prevalece a orientação que defendemos. O empregador teria, pois, para se prevalecer da figura da caducidade do contrato de trabalho, o ónus de provar, além dos demais requisitos, que procurou reconduzir o trabalhador a posto de trabalho alternativo, disponível na empresa e compatível com as suas qualificações. O encargo esgotar-se-ia na proposta ao trabalhador de ocupação deste posto de trabalho, tendo-se como cumprido se este recusasse. Parece-nos, por outro lado, que, em tal caso, não seria ilícita uma redução retributiva, caso às novas funções do trabalhador correspondesse retribuição inferior à anteriormente auferida. De resto, a hipótese reconduzir-se-ia à situação prevista no artigo 119.º do Código do Trabalho.

⁶⁵ Assim, quanto ao ordenamento francês, MICHEL MINÉ e DANIEL MARCHAND, *op. cit.*, pág. 238. Segundo os Autores, “*quand le salarié est reconnu travailleur handicapé, la proposition de reclassement doit tenir compte de l'exigence d'un 'aménagement raisonnable' d'un poste de travail pour permettre le maintien dans l'emploi*”. Opinião coincidente é defendida, na ordem jurídica italiana, por STEFANO GIUBBONI (“Sopraveenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una Interpretazione “adeguatrice””, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, ano XXXI, 2012, n.º 2, pág. 289 a 309 [303 a 306]), e por DAVIDE CASALE (*op. cit.*, pág. 410), notando que, sendo a omissão de medidas de adaptação, em si mesma, um ato discriminatório, a negação ao trabalhador com deficiência da possibilidade de recolocação deveria conduzir, em sede judicial, à conclusão de que a alegada incapacidade para o trabalho

independentemente da resposta à questão de saber se a recolocação do trabalhador pode enquadrar-se no âmbito do dever de adoção das medidas de adaptação razoável das condições de trabalho, importará sublinhar que a possibilidade de recolocação não deve obscurecer a relevância do momento em que se verifica se ocorre ou não impossibilidade para prestar as tarefas habitualmente devidas e se a mesma é absoluta. Quer dizer: não deve ocorrer que, perante uma maior dificuldade na prestação de trabalho e maior onerosidade no seu recebimento, o empregador proponha ao trabalhador a sua recondução a posto distinto para, em caso de não aceitação, invocar a caducidade do contrato. O princípio da boa fé opor-se-ia, de resto, a que assim se procedesse.

Embora a perspetivação da figura em análise nos moldes em que a vimos apresentando seja, segundo nos parece, a que melhor se compagina com o Direito Europeu, não podemos dizer que tal linha de raciocínio se encontre vertida na jurisprudência portuguesa⁶⁶, facto a que, por certo, também não será alheia a apontada ordenação normativa do Código do Trabalho, que aparta, aparentemente, a proteção devida ao portador de deficiência do bloco de preceitos referentes à igualdade e não discriminação. Tome-se como exemplo paradigmático o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de fevereiro de 2014⁶⁷. O trabalhador em causa era técnico de cinema (*manager*), competindo-lhe, concretamente, tarefas a realizar nas salas de cinema, em vista da garantia da normalidade da projeção dos filmes. Foi-lhe diagnosticada uma patologia que o inibia de prestar trabalho a partir das 19h00 e de laborar mais do que cinco dias consecutivos, além de que deveria efectuar pausas de 10 minutos de duas em duas horas para tomar uma pequena refeição. A entidade empregadora veio a invocar a caducidade do contrato, com base em impossibilidade superveniente, definitiva e absoluta de prestação de trabalho, após ter proposto ao trabalhador que este passasse a exercer outras funções – na bilheteira –, a tempo parcial, tendo aquele rejeitado a proposta. Com efeito, o empregador alegou não poder, sem prejuízo, ocupar o trabalhador nas funções habituais ajustando o respetivo horário de acordo com as condições medicamente aconselhadas, sendo certo que o período de maior afluência ao cinema era, justamente, a partir das 19h00, tendo o trabalhador contraposto que o exercício de funções na bilheteira seria ainda mais prejudicial à sua saúde, além de que seria possível cumprir o horário com início às 10h00 e termo às 19h00, com as devidas pausas, exercendo as funções habituais. Perante estes dados, o tribunal entendeu não ser exigível ao empregador adaptar as condições de trabalho em

não seria, afinal a causa real da extinção do contrato, a qual assentaria, em retas contas, na própria deficiência.

⁶⁶ Também em Espanha a doutrina tem analisado criticamente a jurisprudência, podendo concluir-se que, se existem instâncias jurisdicionais que vêm procurando ajustar a leitura de certas figuras extintivas do contrato de trabalho em consonância com o ordenamento europeu, já tal perspectiva não se observa noutras jurisdições. Veja-se, sobre o ponto, CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “caso Ring”, *Temas Laborales – Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 130, pág. 135 a 159.

⁶⁷ Processo n.º 361/12.9TTMTS.P1; relator: João Nunes.

termos de as conciliar com a condição do trabalhador (“se a empregadora, tendo em conta a específica actividade em causa, sempre organizou o trabalho dos *managers* (...) por turnos rotativos, que tais turnos eram organizados de forma a reforçar os períodos de maior actividade do estabelecimento e de maior frequência dos clientes – que eram a partir das 19h00 – e que qualquer dos turnos organizado terminava para além das 19h00 e, depreendendo-se ainda, podendo exceder os cinco dias de trabalho consecutivos, não se deteta que constituísse imposição da mesma empregadora organizar um horário fixo, apenas para o Autor, a terminar até às 19h00 e que não abrangesse mais do que cinco dias de trabalho consecutivos; tal iria contender, seguramente, com a gestão dos recursos humanos, no que ao *managers* diz respeito, e até com o normal funcionamento da Ré”). O ponto central será, porventura, o seguinte: pode ler-se no Acórdão que “*não [se vislumbra] (...) a existência de uma imposição ao empregador no sentido de, forçosamente, ter de adaptar a sua estrutura de organização e funcionamento para continuar a receber a prestação de um trabalhador que, entretanto, se viu condicionado, por razões físicas/médicas a realizar a prestação do trabalho nos termos que até aí vinha realizando*”. De acordo com o aresto, o artigo 86.º do Código do Trabalho, concretamente, não impor tal dever. Pelas razões explicitadas anteriormente, não subscrevemos este entendimento e temos dúvidas de que a argumentação da entidade empregadora fosse suficiente para se ter por cumprido o ónus de provar que o ajustamento do horário do trabalhador implicava um encargo desproporcionado, embora reconheçamos que a avaliação dessa *desproporção* deva ter em conta a repercussão das medidas possíveis sobre os demais trabalhadores.

3.2. O despedimento por *inaptidão*

Após a entrada em vigor da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que, entre vários outros pontos, introduziu mudanças significativas no regime jurídico do despedimento, tangendo, assim, um ponto nevrálgico da regulação jurídico-laboral, a extinção do contrato de trabalho⁶⁸, a figura do *despedimento por inadaptação* passou a abarcar não

⁶⁸ Entretanto, uma das alterações ao regime jurídico do despedimento introduzidas por aquele diploma foi considerada inconstitucional, com a conseqüente reconstituição do regime jurídico anterior. Tendo a Lei n.º 23/2012 revogado as normas que, quer no domínio do despedimento por extinção do posto de trabalho quer no do despedimento por inadaptação, previam, como condição de validade dos mesmos, a verificação da inexistência de posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador visado, o Tribunal Constitucional veio a declarar a inconstitucionalidade de tal revogação, a qual implicava, conforme pode ler-se no Acórdão n.º 602/2013, uma violação do princípio constitucional da proibição do despedimento sem justa causa. Com efeito, “se o “nível de exigibilidade” [de conservação da relação] fosse constitucionalmente indiferente, isso redundaria na neutralidade da lei fundamental perante a natureza das justificações de despedimentos: desde que houvesse justificação, e ela fosse “atendível” segundo o critério do legislador, tudo estaria constitucionalmente conforme” (ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, ““A ‘reforma laboral’ de 2012: observações em torno da Lei 23/2012”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, abril-setembro 2012, pág. 545 a 573 [569], e “A justa causa de despedimento entre a Constituição e a lei”, *Questões Laborais*, ano XIX, n.º 39, 2012, pág. 1 a 48 [42 e ss.]). Restaria saber se, “[resultando a exigência de verificação da existência de posto de trabalho apto a ser ocupado pelo trabalhador] da própria natureza do despedimento como última medida a adoptar” (JÚLIO GOMES, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012 de 25 de

apenas a hipótese de, introduzidas alterações, *maxime* tecnológicas, no respetivo posto de trabalho, o trabalhador não se adaptar às mesmas, mesmo após beneficiar de formação adequada e de um período de ajustamento às novas condições, como ainda a de, independentemente de qualquer modificação objetiva, o trabalhador revelar quebra de rendimento e/ou de qualidade do trabalho – revelar, enfim, *inaptidão* para exercer as suas funções como até aí (n.º 2 do artigo 375.º)⁶⁹...

Resulta da lei que, em regra, a inadaptação/inaptidão pode ser invocada quando, em razão do modo de exercício das funções do trabalhador, se verifica uma das seguintes situações: redução continuada da produtividade ou qualidade do trabalho, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho, ou ainda riscos para a segurança e saúde do próprio trabalhador, de outros ou de terceiros – tudo indícios, de que não se exige a ocorrência cumulativa, da *imprestabilidade* do trabalhador, em termos que justificam o despedimento desde que se demonstre a impossibilidade prática de subsistência da relação laboral (isto é, a inexigibilidade da sua conservação, que, conforme se tem entendido, se afere pela verificação da viabilidade de o trabalhador ocupar outro posto disponível compatível com a sua categoria) e, naturalmente, se cumpram os demais requisitos legais, quer de substância quer procedimentais.

Ora, considerando, por um lado, a latitude do conceito de deficiência, à luz do ordenamento da União Europeia, com o qual o Direito nacional deve ser conforme, e, por outro, o sentido da categoria da discriminação indireta, parece impor-se a conclusão, similar à anteriormente afirmada a respeito da caducidade, de que o despedimento por inaptidão é passível de afetar, preferencialmente, um grupo de trabalhadores, os portadores de deficiência, relativamente aos quais se mostraria, então, indiretamente discriminatório, como seria discriminatório o ato do empregador que, concretamente, o aplicasse.

Ainda de modo similar ao explicitado no ponto antecedente, restaria, evidentemente, a possibilidade de tal discriminação se descaracterizar, mormente por se demonstrar estar prevista e ter sido cumprida a obrigação de adaptação razoável.

De resto, não pode dizer-se que o legislador português haja ignorado, no que concerne a esta figura, o imperativo de especial proteção daquela categoria de

Junho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, abril-setembro 2012, pág. 575 a 617 [593]), não deveria entender-se continuar tal exigência a observar-se, como decorrência do texto constitucional (cfr. PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, Principia, Cascais, 2012, 3.ª edição, pág. 297)... Seja como for, a Lei n.º 27/2014, de 8 de Maio, veio devolver às normas codicística em causa (artigos 368.º e 375.º) o segmento de que resultava o condicionamento do despedimento por extinção do posto de trabalho e por inadaptação ao requisito de impossibilidade prática de subsistência da relação, concretizado na verificação da (in)existência de posto de trabalho alternativo que o trabalhador pudesse ocupar.

⁶⁹ O que, evidentemente, causa perplexidade, sendo o termo inadaptação manifestamente desajustado a uma situação que é, verdadeiramente, de inaptidão. Assim se explica a ironia de JOÃO LEAL AMADO, que, a este respeito, se refere a um despedimento que, afinal, entre a realidade e a ilusão legal, apetece designar como *despedimento por “inadaptação”* “O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3974, pág. 297 a 309 [305]).

trabalhadores. Repare-se, com efeito, no n.º 3 do artigo 374.º, de que resulta que “o disposto nos números anteriores”, isto é, a verificação dos indícios de inadaptação ou inaptidão “não prejudica a protecção conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica”, portanto, desde logo, as medidas de tutela previstas nos artigos 84.º e seguintes do Código do Trabalho, a interpretar, naturalmente, em harmonia com os imperativos europeus. Restaria, para definir o pleno alcance da remissão do artigo 374.º, n.º 3, para esse conjunto de normas tuteladoras e, em particular, do apelo ao imperativo de adaptação razoável, esclarecer que a omissão deste último poderia ter o efeito de que o despedimento assim levado a cabo se reputasse de discriminatório.

Por outro lado, também nesta sede teria relevo questionar se o dever de recolocação do trabalhador em posto de trabalho alternativo poderia enquadrar-se no âmbito do dever de adaptação razoável. Com efeito, embora o artigo 375.º, n.º 1, alínea *d*), preveja aquele dever de recolocação enquanto condição de validade do despedimento por *inadaptação em sentido próprio*, não é inteiramente líquido que tal exigência também se aplique ao despedimento por *inadaptação em sentido impróprio*, isto é, por *inaptidão*. Repare-se, com efeito, no seguinte: remetendo a alínea *d*) do n.º 2 do artigo 375.º, norma que se refere àquela última modalidade de despedimento, para o n.º anterior, não inclui nessa remissão a alínea *d*) do mesmo (isto é, do n.º 1), norma da qual resulta o aludido dever de recolocação. Verdadeiramente, cremos que, não obstante este obstáculo literal, deve entender-se que essa exigência também é aplicável à figura de que curamos. Não pode, por certo, deixar de atender-se ao sentido da argumentação do Tribunal Constitucional, a propósito da eliminação, pela Lei n.º 23/2012, da norma da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 375.º, a qual poria em causa o carácter de *ultima ratio* do despedimento e, por essa via, feriria o artigo 53.º da Constituição – uma argumentação que, como é evidente, é transponível, porventura até por maioria de razão, para a nova figura do despedimento por inaptidão. Porém, se não se entendesse, sempre se ponderaria que aquela exigência de recolocação decorresse, nos termos anteriormente explicitados, do dever de adaptação razoável.

IV. CONCLUSÕES

Uma das mais evidentes notas marcantes da protecção jurídica da pessoa portadora de deficiência é a latitude, ao menos para determinados efeitos, da categoria aqui em causa, que reiteradamente assinalamos. Obviamente que a assunção dessa largueza conceitual, longe de ser tributária de qualquer propósito de hostilização, tem em vista, pelo contrário, abarcar sob idêntico manto protetivo um conjunto mais vasto de sujeitos⁷⁰. De resto, vem sendo sublinhada a evolução do paradigma em cujos termos o portador de deficiência era perspetivado como objeto de programas de caridade,

⁷⁰ Vincando-o e assinalando mesmo a fluidez da fronteira que separa o “nós” do “eles”, os “outros”, SANDRA FREDMAN, *Discrimination Law*, *cit.*, pág. 95 e 96.

voltados para a saúde e bem-estar, para um outro, em que é visto como um portador de direitos, enquanto cidadão e também, concretamente, enquanto trabalhador⁷¹. Paralelamente, a amplitude do conceito a que nos vimos referindo põe em causa a ideia de que a deficiência conduziria, inelutavelmente, à incapacidade para o trabalho – desmistificação que, por certo, contribuirá, paulatinamente, para o desvanecimento da cultura do *pré-juízo*, que, justamente, está na base do Direito Antidiscriminatório. Sem se obliterar a *diferença*, na *medida* em que exista – a tal se oporia o princípio da igualdade material; e fazê-lo fragilizaria a assinalada centralidade do imperativo de adaptação razoável –, deve, pois, aceitar-se a ideia de que a pessoa com deficiência pode ser apta para o trabalho.

Por outro lado, a promoção do acesso ao emprego e permanência no mesmo da pessoa com deficiência é condição de realização da sua dignidade. Recordemo-nos, com efeito, de que o trabalho é instrumento essencial para a edificação da personalidade. Digamo-lo com JORGE LEITE⁷²: “o trabalho é (...) uma componente essencial do modo de vida de cada um de nós, primeiro porque consome uma boa parte da nossa existência, depois porque tem uma grande influência na vida fora do trabalho – condiciona o consumo (...) e o acesso aos bens culturais, recreativos e outros, induz os circuitos da nossa convivialidade social – e, finalmente, porque é um importante factor de consideração social, sendo, não raras vezes, por referência ao trabalho que se afere o grau de integração ou de exclusão social”.

Se é inequívoco, quer no plano internacional e europeu, quer no espaço nacional, que é premente e crescente a preocupação de tutela deste grupo social, mormente no domínio do trabalho e do emprego, não é menos certo que o problema da inefetividade da legislação constituirá, porventura, o desafio que suscita maiores dificuldades⁷³. Dir-se-ia que, em contexto de crise económica, como a que marca o Estado português, tal inefetividade resultaria agravada, dada a tendencial redução da alocação de recursos económicos à implementação das medidas normativamente previstas⁷⁴. Embora não

⁷¹ *Idem*, pág. 97 No mesmo sentido, MATTI MIKKOLA, *Social Human Rights...*, *cit.*, pág. 552 e 555-556, e ainda AGUSTINA PALACIOS, “El derecho a la igualdad...”, *cit.*, pág. 188 a 192.

⁷² *Direito do Trabalho*, Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra – serviço de textos, Coimbra, 2004, vol. I., pág. 5-6.

⁷³ Embora, nas Conclusões 2012, o Comité Europeu dos Direitos Sociais tenha afirmado que a legislação portuguesa estava em consonância quer com o § 1 quer com o § 2 do artigo 15.º da Carta Social Europeia (revista), não deixou de evidenciar, a respeito do § 2 e, particularmente, no concernente ao dever de adaptação razoável, verificar-se um fosso significativo entre o legalmente previsto e a concreta aplicação dessas previsões. Assinalou-se mesmo o facto de a delimitação das medidas exigíveis carecer de maior concretização, verificando-se, contrariamente ao que seria o desígnio normativo, que somente as financiadas pelo Estado eram, realmente, adotadas. O documento em causa pode ser consultado em <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/PRT/15/2/FR>.

⁷⁴ Isto mesmo é afirmado no *Synthesis Report for the Academic Network of European Disability Experts (Prepared by Mark Priestley with data provided by the ANED core team and country experts)*, dezembro de 2014, pág. 26. O estudo refere que entre 2012 e 2014 o investimento público diminuiu drasticamente. Este estudo está disponível em <http://www.humanconsultancy.com/layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc={47C08B5A-EA8B-4048-B8D5-493091518D09}&file=ANED%202014%20-%20Task%205%20-%20Of%20final%20synthesis%20final.doc&action=default>.

possa, com efeito, desprezar-se este fator, importa igualmente notar que, no que toca ao caso português, a esta circunstância vem associar-se, ao que cremos, certa carência de diálogo com o ordenamento supranacional, designadamente europeu, o qual propiciaria, por certo, uma mais adequada leitura de certas disposições nacionais.