

A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência na jurisprudência do TJUE: breve análise dos casos *Chacón Navas*, *Jette Ring*, *Z. e Coleman**

Workers disability discrimination in the jurisprudence of the ECJ: brief analysis of the Chacón Navas, Jette Ring, Z. and Coleman cases

Teresa Coelho Moreira

RESUMO

A discriminação em razão da deficiência é um conceito relativamente novo. De facto, as questões relacionadas com a deficiência começaram por ser tratadas como um tema relacionado com a segurança social, a saúde ou a tutela. A proteção conferida aos trabalhadores portadores de deficiência encontra-se prevista a nível internacional, em instrumentos jurídicos ratificados pelo Estado Brasileiro, como a Convenção n.º 159 da OIT relativa à readaptação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência, adotada em 1983, em articulação com a Recomendação n.º 168. De realçar, ainda, pela sua relevância, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em 2006. A implicação de ter ratificado esta Convenção para a UE é de que ela passa a fazer parte das bases do direito universal de igualdade e deve ser tida em atenção em casos de discriminação. Atendendo a esta base, o próprio TJUE tem de respeitar a Convenção e poderá recorrer aos princípios vertidos na mesma para interpretar os arts. 21.º e 26.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como já aconteceu em vários casos recentes do Tribunal – acórdão *Jette Ring*, de 11 de abril de 2013 – C- 335/11 e C-337/11, assim como mais recentemente na Opinião do Advogado-Geral no caso *Z contra A Government Department and the Board of Management of a Community School*, processo C-363/12, de 26 de setembro de 2013.

Palavras-chave: Igualdade e não discriminação. Deficiência. TJUE.

ABSTRACT

Disability discrimination is a relatively new concept. Previously issues related to disability were dealt with by means of social security and social welfare provisions, health law or guardianship. The protection given to workers

with disabilities is provided at international level by legal instruments ratified by Brazil, such as the Convention No. 159 of the ILO concerning vocational rehabilitation and employment of disabled persons, adopted in 1983 and the Recommendation No. 168. It should also be noted for its relevance, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, that was adopted in 2006. The implication of having ratified this Convention for the EU is that it becomes part of the basis of the universal right to equality and should be taken into account in cases of discrimination. Given this background, the ECJ has to respect the Convention and may use the principles laid down therein to interpret the articles 21 and 26 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as has happened in several recent cases like *Jette Ring*, 11 of April 2013 – C- 335/11 e C-337/11, and more recently in the opinion of the Advocate-General in case *Z vs. A Government Department and the Board of Management of a Community School*, C-363/12, 26 September 2013.

Keywords: Equality and Non Discrimination. Disabilities. ECJ.

1 Introdução

A discriminação em razão da deficiência é um conceito relativamente novo¹. De facto, as questões relacionadas com a deficiência começaram por ser tratadas como um tema relacionado com a segurança social, a saúde ou a tutela. As pessoas portadoras de deficiência eram vistas não como sujeitos detentores de direitos e deveres mas como *objetos* de programas de caridade, saúde e do Estado social, entendendo-se que não poderiam participar ativamente na vida da sociedade e, muito menos, terem um emprego e autonomia. A deficiência a isso conduzia.

Com a ascensão do movimento dos direitos civis de pessoas com deficiência, iniciado nos EUA, e com base no modelo social da deficiência que começou a ser amplamente difundido ocorreu uma mudança de paradigma e a queda de barreiras que impediam *a vida* das pessoas com deficiência². Iniciou-se, assim, a defesa da ideia da proibição da discriminação contra as pessoas com base na sua deficiência e a criar-se legislação anti discriminatória. Foi também nesta altura que se começou a notar que inúmeras pessoas eram discriminadas em razão da sua deficiência no mercado de trabalho, quer na fase de recrutamento, quer na fase de execução do contrato de trabalho, quer já na fase da cessação do mesmo.

Os empregadores viam apenas as *incapacidades* e não as capacidades para o trabalho deste tipo de trabalhadores. Esta nova noção originou o aparecimento do *American Disabilities Act* de 1990 que regulou expressamente a noção de adaptação razoável e que influenciou muitos instrumentos legislativos e mesmo outros ordenamentos jurídicos³.

Este novo entendimento da deficiência fez com que esta passasse a ser considerada como o resultado da inadequação do ambiente físico e social para acomodar a diferença e a diversidade humana⁴. Este modelo, denominado de modelo social, expõe a influência da envolvente externa na produção de incapacidades e na redução da funcionalidade dos sujeitos para viverem em sociedade. Pretendia a plena participação da pessoa no meio ambiente, valorizando a responsabilidade social coletiva pelo respeito devido aos direitos humanos e à dignidade das pessoas com deficiência.

Desde o final de 1970 o movimento dos direitos das pessoas portadoras de deficiência tem vindo a crescer e com considerável sucesso em muitos países defendendo-se uma compreensão teórica diferente de deficiência. Esse modelo, atualmente, é caracterizado como *o modelo biopsicossocial* pela Organização Mundial de Saúde, em contraste com o modelo médico e com o modelo social. Localizando a deficiência no meio social as respostas políticas são dirigidas a mudar o ambiente e eliminar as barreiras estruturais à participação igualitária, incluindo legislação anti discriminatória, códigos de construção universais de *design*, integração e *mainstreaming*, e criando condições para a participação individual⁵. O papel da lei neste modelo é a de proteger as pessoas contra tratamentos discriminatórios e estabelecer o dever de integrar e acomodar as pessoas com deficiência, definir os seus direitos na participação e controlo dos programas sociais focados nas suas necessidades particulares⁶.

Cerca de 15% da população mundial sofre de alguma forma de deficiência e, dentro desta, cerca de 2-4% tem significativas dificuldades funcionais. Quer isto dizer que mais de um bilião de pessoas em todo o mundo convivem com alguma forma de deficiência, dentre os quais cerca de 200 milhões experimentam dificuldades funcionais consideráveis. Nos próximos anos, a deficiência será uma preocupação ainda maior porque a sua incidência tem aumentado com o envelhecimento da população e

com o risco maior de deficiência na população de mais idade, bem como com o aumento global de doenças crônicas tais como diabetes, doenças cardiovasculares, cancro e distúrbios mentais⁷.

No Brasil, de acordo com os dados do Censo 2010, cerca de 24,6% da população declarou ter algum tipo de deficiência. Isso significa que praticamente uma entre cada quatro pessoas no Brasil é portadora de alguma deficiência⁸.

Na União Europeia, o número de pessoas que sofre de algum tipo de deficiência é de cerca de 80 milhões, ou seja, mais de 15% da população⁹, sendo que um em cada quatro cidadãos europeus tem um membro da família que sofre de algum tipo de deficiência. Por outro lado, pessoas com reduzida mobilidade representam cerca de 40% da população, sendo que as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência enfrentam uma probabilidade muito maior para estarem ou ficarem desempregadas.

Apenas 16% das pessoas que sofrem de restrições para trabalhar usufruem de alguma assistência para o fazer e, por isso, muitas pessoas deficientes são *trabalhadores desencorajados* e nem sequer tentam ingressar no mercado de trabalho, sendo classificados como *inativos*. E, quanto maior for o grau de deficiência, menor é a participação das pessoas no mercado de trabalho, sendo que o rendimento que auferem é, também, consideravelmente inferior¹⁰.

A proteção conferida aos trabalhadores portadores de deficiência encontra-se prevista a nível internacional, em instrumentos jurídicos ratificados pelo Estado Brasileiro, como a Convenção n.º 159 da OIT relativa à readaptação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência¹¹, adotada em 1983, em articulação com a Recomendação n.º 168.

De realçar, pela sua relevância, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em 2006, que, juntamente com a Convenção n.º 159 e outros instrumentos normativos internacionais, regionais e nacionais, contribuiu para melhorar a vida e o estatuto das pessoas com deficiência. A Convenção das Nações Unidas entrou em vigor 3 de maio de 2008 e é vinculativa para os países que a ratificaram.

A Convenção das Nações Unidas foi uma resposta ao facto de que, não obstante a existência de Convenções Internacionais que ofereciam

e promoviam uma proteção considerável às pessoas com deficiência, o seu potencial não estar a ser aproveitado. As pessoas portadoras de deficiência continuavam a ver serem-lhes negados os seus direitos fundamentais e continuavam a ser marginalizadas em todo o mundo. Para tentar colmatar esta situação, a Convenção estabeleceu várias obrigações para os Estados membros no sentido de promover e proteger os direitos das pessoas com deficiência, o que é visível logo no artigo 1.º¹².

Esta Convenção foi assinada em nome da União Europeia em 30 de março de 2007¹³, entrou em vigor em 3 de maio de 2008, foi ratificada por Portugal em 2009,¹⁴ e pelo Brasil em 1 de Agosto de 2008. Este instrumento internacional impõe não só a proibição da discriminação mas também a adoção de medidas positivas e o direito à adaptação razoável que visam assegurar a efetiva igualdade de oportunidades entre as pessoas deficientes e os demais trabalhadores, principalmente no acesso ao emprego e à formação profissional, quer no setor público, quer no setor privado.

A implicação de ter ratificado esta Convenção para a UE é de que ela passa a fazer parte das bases do direito universal de igualdade e deve ser tida em atenção em casos de discriminação. Atendendo a esta base, o próprio TJUE tem de respeitar a Convenção e poderá recorrer aos princípios vertidos na mesma para interpretar os arts. 21.º e 26.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como já aconteceu em vários casos recentes do Tribunal – acórdão *Jette Ring*, de 11 de abril de 2013 – C- 335/11 e C-337/11, assim como mais recentemente na Opinião do Advogado-Geral no caso *Z contra A Government Department and the Board of Management of a Community School*, processo C-363/12, de 26 de setembro de 2013.

A maioria dos ordenamentos jurídicos europeus estabeleceu há já algum tempo proteção específica para as pessoas portadoras de deficiência embora a legislação se baseasse, muitas vezes, num paternalismo de fundo que pressuponha uma diversidade e separação insuperáveis. Contudo, mais recentemente, começou a defender-se uma nova visão fruto, também, do próprio Direito da União Europeia que despoletou uma nova perspetiva da pessoa com deficiência e originou aquilo que alguns chamam o *novo direito anti discriminatório*¹⁵. Porém, é importante real-

çar que, nem o Direito da União Europeia, nem o Direito Internacional conferiram novos direitos às pessoas portadoras de uma deficiência. A verdadeira inovação reside no facto de considerarem esta questão não relacionada com o sistema previdencial ou de segurança social, mas como uma questão de direitos humanos e de participação na vida da comunidade, isto é, como uma questão de justiça social, ampliando o significado da tutela anti discriminatória e impondo comportamentos ativos que modifiquem o *status quo*.

Assim, ao nível do Direito da União Europeia, o art. 19.º do TFUE habilita a UE a adotar medidas adequadas, dentro dos limites das suas competências, para combater a discriminação e a razão da deficiência.

Contudo, a então Comunidade Europeia já tinha vindo a adotar e a implementar políticas de tutela da deficiência desde os anos 70 do século passado, ainda que só tivesse legitimidade para tratar especificamente de casos de discriminação em razão da deficiência a partir de 1999 com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão.

Também na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores pode encontrar-se o reconhecimento da importância de combater a discriminação independentemente da forma que ela assuma, incluindo a necessidade de adotar providências necessárias para a integração social e económica das pessoas com deficiência.

O potencial do art. 13.º¹⁶ do Tratado de Amesterdão foi utilizado para a adoção da Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro, que estabelece um quadro geral da igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional e que proíbe a discriminação, *inter alia*, em razão da deficiência¹⁷, tendo revestido um impacto muito positivo no nível de proteção das vítimas de discriminação nos Estados membros. Esta Diretiva foi a segunda a ser adotada com base no art. 13.º do TCE, tendo por objeto não só a proibição da discriminação em razão da deficiência mas também com base na religião, crença, idade e orientação sexual¹⁸. De acordo com o previsto nas outras diretivas sobre discriminação, a Diretiva não estabelece uma definição de deficiência, o que não tem deixado de colocar alguns problemas aos tribunais nacionais dos vários Estados membros que têm sido chamados a interpretar as transposições nacionais e que originou alguns casos jurisprudenciais

do TJUE a título de pedido de reenvio prejudicial. E se, por um lado, poderá compreender-se esta inexistência pela dificuldade em obter uma definição, certo é que há diversidade ao nível dos vários Estados-membros relativamente ao que deve ser subsumido a este conceito, tendo talvez sido melhor seguir o exemplo do ordenamento jurídico norte-americano que, no *American Disabilities Act*, Secção 12211, considerou que não poderiam ser consideradas deficiências algumas *incapacidades*¹⁹ que, apesar de poderem, por vezes, ser designadas por *deficiências mentais*, não poderiam ter cobertura legal como, *inter alia*, a pedofilia, o voyeurismo, a piromania e a cleptomania.

A Diretiva 2000/78/CE estabelece também um dever para os empregadores de realizarem adaptações razoáveis nos termos do art. 5.º quando estabelece que “para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as 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. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro²⁰ em causa em matéria de pessoas deficientes”.

É interessante referir ainda que o art. 4.º da Proposta de Diretiva do Conselho, de 2 de julho de 2008, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, com a epígrafe *igualdade de tratamento das pessoas com deficiência*, estabelece no n.º 2 que “Para avaliar se as medidas necessárias para preencher as exigências do n.º 1 incluíam uma sobrecarga desproporcionada deve ter-se em conta, nomeadamente, a dimensão dos recursos da organização em causa, sua natureza, custos estimados, ciclo de vida de bens e serviços e possíveis benefícios decorrentes de um melhor acesso para pessoas com deficiência. A sobrecarga não é considerada desproporcionada quando for suficientemente compensada por medidas previstas pela política de igualdade de tratamento do Estado-Membro em causa”.

Relativamente a esta Proposta deve ainda ter-se em atenção o art. 2.º, n.º 5, pois considera que a recusa de fornecer adaptações razoáveis em casos específicos deve ser considerada uma forma de discriminação, indo mais além do que a atual Diretiva 2000/78 que, apesar de estabelecer um dever de fornecer uma adaptação razoável às pessoas com deficiência, não consagra qualquer sanção se não ocorrer o mesmo.

O Conselho da União Europeia adotou, ainda, a Decisão 2010/48/CE, de 26 de novembro de 2009, relativa à celebração, pela Comunidade Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Nesta Decisão, a UE, após ter entendido no Considerando n.º 7 que “tanto a Comunidade como os seus Estados-Membros têm competência nos domínios abrangidos pela Convenção da ONU”, tendo-se, por conseguinte, tornado Contratantes nessa Convenção, adotou-a em bloco “em nome da Comunidade”, realizando uma reserva, apenas, relativa ao art. 27.º, n.º 1, no que concerne às forças armadas.

A ratificação desta Convenção implica que todas as instituições da UE, incluindo a Comissão Europeia e o TJUE, têm de ter em atenção os princípios nela vertidos quanto ao desenvolvimento, implementação e interpretação do Direito da União Europeia. Na prática isto significa que estas instituições terão de interpretar e implementar a Diretiva 2000/78 de acordo com a Convenção das Nações Unidas e os seus princípios essenciais relacionados com o direito à dignidade da pessoa portadora de deficiência, a sua autonomia, participação e plena inserção na sociedade e não discriminação, previstas no seu art. 3.º.

Mais ainda, a Convenção também é importante na interpretação de direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e que revestem importância para as pessoas portadoras de deficiência, como o direito à integridade do ser humano, do art. 3.º, a proibição de tortura e de tratos ou penas desumanas ou degradantes, nos termos do art. 4.º, o direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto, no art. 7.º, o direito à não discriminação, do art. 22.º, assim como o art. 26.º relativo à integração das pessoas com deficiência na sociedade²¹.

Nota-se, desta forma, que o objetivo prioritário dos Estados membros é o de promover a igualdade das pessoas com deficiência no mercado

de trabalho através da combinação dos princípios de tutela anti discriminatória e de medidas positivas diretas que visam permitir igualdade de oportunidades no emprego e no mercado de trabalho.

2 Análise da jurisprudência do TJUE

O primeiro caso decidido pelo TJUE sobre discriminação em razão da deficiência estava relacionado com sua noção e sobre quem deveria ser considerado deficiente para efeitos da Diretiva. É o caso *Chacón Navas*, processo C-13/05, de 11 de julho de 2006²². Vejamos. Sónia Chacón Navas trabalhava para a Eurest, tendo sido colocada em situação de baixa por doença em 14 de Outubro de 2003 e, segundo os serviços públicos de saúde que a assistiam, não podia retomar a sua atividade profissional a curto prazo.

Em 28 de Maio de 2004, a Eurest notificou a Chacón Navas do seu despedimento sem apresentar qualquer causa, reconhecendo ao mesmo tempo o carácter irregular deste e oferecendo-lhe uma indemnização.

Em 29 de Junho de 2004, Chacón Navas intentou uma ação contra a Eurest, sustentando que o seu despedimento era nulo em razão da desigualdade de tratamento e da discriminação de que tinha sido objeto, que resultavam da situação de baixa em que se encontrava havia oito meses, tendo requerido que a Eurest fosse condenada a reintegrá-la no seu lugar de trabalho, considerando que tinha sido discriminada em razão da sua deficiência, o que violava a Diretiva 2000/78/CE.

O Tribunal Espanhol considerou que um despedimento com base numa doença poderia ser considerado como uma forma de discriminação em razão da deficiência. Porém, na ausência de uma definição de deficiência na lei espanhola, colocou duas perguntas a título de pedido de reenvio prejudicial ao TJUE. Pretendia-se saber se a Diretiva, ao proibir a discriminação em razão da deficiência, também garantia proteção aos trabalhadores que foram despedidos apenas com base no facto de estarem doentes ou, subsidiariamente, no caso da primeira resposta ser negativa, se a doença poderia ser acrescentada ao grupo de fatores protegidos pela Diretiva²³.

O TJUE na decisão que emitiu deu uma noção de deficiência bastante restritiva e considerou que a doença não poderia ser considerada como um fator a acrescentar aos demais já previstos na Diretiva.

Relativamente à noção de deficiência, o Tribunal considerou que a Diretiva serve para combater a discriminação no emprego e no trabalho, considerando no parágrafo 43 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”, sendo que, para que uma limitação possa ser considerada como deficiência tem de “ser provável que a mesma seja de longa duração” nos termos do parágrafo 45. Considerou, ainda, no parágrafo 44, que o legislador, ao utilizar o conceito de deficiência do artigo 1.º, “escolheu deliberadamente um termo que difere do de «doença». A equiparação pura e simples dos dois conceitos está, pois, excluída”, não existindo nada na Diretiva que resulte que “os trabalhadores estão protegidos graças à existência da proibição de discriminação com base em deficiência a partir do momento em que uma doença, seja ela qual for, se manifeste”, nos termos do parágrafo 46. O Tribunal decidiu, ainda, que a definição de deficiência é “autónoma e uniforme”²⁴, considerando nos parágrafos 55 a 57 que a doença não poderia ser acrescentada aos outros motivos protegidos pela Diretiva pois não se encontrava explicitamente prevista nem na Diretiva nem no Tratado²⁵.

Esta decisão do Tribunal merece várias considerações. Em primeiro lugar, torna-se claro que a definição que o TJUE adotou baseia-se no modelo médico da deficiência pois considera que a causa da limitação na deficiência está relacionada com a “incapacidade” que impede a participação na vida profissional por parte da pessoa que dela é portadora. Não há, nesta noção, qualquer referência ao ambiente nem às barreiras existentes na sociedade, assentando o problema no indivíduo e não na reação da sociedade à incapacidade da pessoa. Nesta noção adotada pelo Tribunal o indivíduo é conceptualizado como o *problema* e não as estruturas sociais.

Parece-nos, assim, que o Tribunal não adotou a melhor posição, ao ter em atenção apenas este modelo médico e focando a limitação somente na incapacidade e na necessidade de provar essa mesma limitação²⁶.

Por outro lado, considera-se que a resposta do Tribunal relativamente ao conceito de doença, sobretudo de doença que pode considerar-se crónica, deveria ter sido muito mais clara, não deixando margem para ambiguidades e especulações.

No parágrafo 46 o Tribunal decidiu que “a Diretiva 2000/78 não contém nenhuma indicação da qual resulte que os trabalhadores estão protegidos graças à existência da proibição de discriminação com base em deficiência a partir do momento em que uma doença, seja ela qual for²⁷, se manifeste”.

Mais uma vez, esta decisão do Tribunal levanta algumas questões. É que, na verdade, para alguns tipos de doença, torna-se claro no seu início que irão perdurar no tempo, enquanto outras não, e na decisão não se diferenciam os dois casos, isto é, doenças que, por serem duradouras, poderão incluir-se no conceito amplo de deficiência, assim como aquelas que devido a determinadas condições poderão tornar-se duradouras e que poderia incluir a doença crónica²⁸, e enquanto outras doenças que, por serem transitórias, já não deverão estar dentro do conceito de deficiência.

Tendo em consideração o que acabámos de explicar, a divisão entre a noção de doença e deficiência não é clara em muitos casos, nomeadamente quando a pessoa é portadora de uma doença crónica e, por isso, tem limitações funcionais que poderão ser consideradas cobertas pelo conceito de deficiência²⁹. E a própria decisão do Tribunal foi ambígua nesta parte pois decidiu, no parágrafo 47, que “uma pessoa que tenha sido despedida pela sua entidade patronal exclusivamente por motivo de doença³⁰ não está abrangida pelo quadro geral estabelecido com vista a lutar contra a discriminação com base em deficiência pela Diretiva 2000/78”.

Considera-se, desta forma, que a primeira decisão do Tribunal de Justiça relativa à discriminação por deficiência foi demasiado restrita, guiada por um modelo médico em detrimento de um modelo biopsicossocial. Em seu abono há que ter em atenção o facto de ter sido adotada antes da UE ter ratificado a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³¹.

Mais recentemente, este Tribunal, teve oportunidade de se debruçar mais uma vez sobre o conceito de deficiência e fê-lo em termos bem mais amplos.

Trata-se do acórdão *Jette Ring*, processos C-335/11 e C-337/11, de 11 de abril de 2013.

Esta decisão reveste interesse primeiro porque foi a primeira após a ratificação por parte da UE da Convenção nas Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e também porque o Tribunal de Justiça foi chamado a precisar o conceito de deficiência definido no acórdão *Chacón Navas*, já que no cerne dos pedidos de reenvio prejudicial colocava-se a questão de saber quando se poderia considerar que existe uma deficiência na aceção da Diretiva 2000/78/CE e de que forma devia o conceito de deficiência ser distinguido do conceito de doença.

No caso em apreço tratava-se de duas trabalhadoras que tinham sido despedidas após regressarem ao trabalho depois de um período de baixa médica. *Jette Ring* foi despedida após ter regressado ao trabalho depois de uma baixa médica por sofrer de “dores permanentes ao nível da coluna dorso lombar que não têm tratamento” e *L. Skouboe Werge* esteve de baixa após uma acidente de viação tendo sofrido uma lesão designada *golpe de coelho*. A razão apresentada pelos empregadores para proceder ao despedimento era a de que as trabalhadoras não poderiam continuar a exercer as suas funções a tempo integral.

O sindicato que apresentou a queixa contra os empregadores argumentava, contudo, que estas duas trabalhadoras eram portadoras de uma deficiência e que os seus respetivos empregadores tinham o dever de lhes propor uma redução do tempo de trabalho, por força da obrigação de proceder a adaptações prevista no artigo 5.º da Diretiva 2000/78.

Nesta decisão o Tribunal já fez referência à Convenção das Nações Unidas, logo na análise do Direito Internacional, o que não deixa de ter relevância para o julgamento da questão atendendo a todos os princípios nela consagrados, facto que foi salientado pelo próprio Tribunal nos parágrafos 28 a 33³².

Assim, o Tribunal de Justiça teve em consideração a noção de deficiência prevista nesta Convenção, tendo procedido à sua alteração ao considerar que a deficiência “deve ser entendida 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”³³, considerando que estas incapacidades, de acordo com a definição do art. 1.º, n.º 2, da Convenção, devem ser “duradouras”³⁴.

Nota-se, desta forma, que se passou de um modelo médico para um modelo biopsicossocial, o que nos parece ser de saudar.

Mas a decisão vai mais longe seguindo a opinião da Advogada-geral JULIANE KOKOTT, de 6 de dezembro de 2012, entendendo nos parágrafos 40 a 42 que “não é evidente que a Diretiva 2000/78 apenas pretenda abranger deficiências congénitas ou resultantes de acidentes, excluindo as que são causadas por uma doença. Com efeito, seria contrário ao próprio objetivo da diretiva, que é o de concretizar a igualdade de tratamento, admitir que esta se possa aplicar em função das causas da deficiência.

Consequentemente, há que concluir que, se uma doença passageira 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 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.

Em contrapartida, uma doença que não implique tal limitação não se enquadra no conceito de «deficiência» para efeitos da Diretiva 2000/78. De facto, a doença enquanto tal não pode ser considerada um motivo que acresce àqueles com base nos quais a Diretiva 2000/78 proíbe quaisquer discriminações”.

Por outro lado, o Tribunal também decidiu, e mais uma vez quanto a nós bem, que o facto de a pessoa poder continuar a trabalhar não exclui a caracterização como deficiência da sua situação pois, nos parágrafos 43 e 44, “a circunstância de a pessoa apenas poder exercer o seu trabalho de forma limitada não constitui um obstáculo a que o seu estado de saúde se enquadre no conceito de «deficiência» ” e que “uma deficiência não implica necessariamente a exclusão total do trabalho ou da vida profissional”. E vai mais longe, decidindo que há que considerar que o conceito de deficiência deve ser entendido como uma limitação ao exercício de uma atividade profissional e não como uma impossibilidade de exercer tal atividade. O estado de saúde de uma pessoa deficiente apta para o

trabalho, ainda que a tempo parcial, é pois suscetível de se incluir no conceito de deficiência, sendo que uma interpretação em sentido contrário seria incompatível com o objetivo da Diretiva 2000/78 que visa, designadamente, que uma pessoa deficiente possa aceder a um emprego ou exercê-lo.

Esta decisão do TJUE também reveste importância relativamente a outra questão pois o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre que medidas poderão ser consideradas como abrangidas pelo dever de “adaptação razoável” previsto no art. 5.º da Diretiva³⁵.

O direito à adaptação razoável está relacionado com a natureza especial da legislação anti discriminatória em razão da deficiência pois esta é diferente das outras formas de proibição de discriminação como o sexo ou a raça. De facto, estas últimas são baseadas, em grande parte, na ideia de uma igualdade formal ou tradicional de que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual independentemente de, *inter alia*, etnia, orientação sexual, género ou religião. No campo da deficiência, algo novo e diferente é necessário que permita à pessoa portadora de deficiência participar o mais possível na sociedade³⁶.

O conceito de adaptação razoável surgiu como uma resposta às barreiras criadas pelo ambiente físico e social que originavam a impossibilidade de as pessoas portadoras de deficiência poderem desenvolver uma atividade de forma *convencional*.

Este dever, contudo, é totalmente contextualizado, o que significa que se relaciona não com as necessidades das pessoas com deficiência em geral mas com as necessidades de uma pessoa em concreto e, por isso, serão estas que deverão ser tidas em atenção.

Esta adaptação beneficia, muitas vezes, não só a pessoa portadora de deficiência como outros colegas de trabalho, clientes e até terceiros, como é o caso, por exemplo, de um elevador ou de uma rampa que poderão ser usados por muitas pessoas e ajudar outras que trabalham com objetos com rodas. O mobiliário ergonómico reduz o *stress* de muitos trabalhadores, um sistema de filtragem do ar para um trabalhador com asma beneficia todos os restantes e, por isso, estas adaptações, apesar de serem realizadas devido à existência de uma pessoa portadora de deficiência, têm mais benefícios para os outros do que normalmente são

realçados. Não pode esquecer-se, no entanto, que há condições para que possam ser requeridas estas adaptações razoáveis.

Em primeiro lugar, o candidato ou o trabalhador têm de ter a qualificação necessária. Depois, o empregador tem de ter conhecimento das necessidades do trabalhador ou do candidato. Acresce que, com a adaptação efectiva, o trabalhador deverá, de forma segura e que respeite o seu direito à segurança e saúde no trabalho, realizar as suas funções. Finalmente, esta adaptação não poderá impor um encargo desproporcionado ao empregador, considerando-se que este encargo não será desproporcionado se existirem incentivos por parte do Estado para as mesmas³⁷.

Nos seus considerandos a Diretiva tenta clarificar o conceito de adaptação razoável estabelecendo, logo no considerando 20, que “é necessário prever medidas apropriadas, ou seja, medidas eficazes e práticas destinadas a adaptar o local de trabalho em função da deficiência, por exemplo, adaptações das instalações ou dos equipamentos, dos ritmos de trabalho, da atribuição de funções, ou da oferta de meios de formação ou de enquadramento”.

Contudo, este dever não é absoluto pois o art. 5.º da Diretiva 2000/78/CE não consagra apenas o dever de adaptação mas que esta seja “razoável” e não provoque um “encargo desproporcionado” para o empregador, sem, todavia, o concretizar.

Mais uma vez, o Preâmbulo da Diretiva dá algumas orientações no sentido de aferir se determinada adaptação deve ser considerada razoável ou desproporcionada já que, nos termos do considerando 21, se estabelece que “para determinar se as medidas em causa são fonte de encargos desproporcionados, dever-se-ão considerar, designadamente, os custos financeiros e outros envolvidos, a dimensão e os recursos financeiros da organização ou empresa e a eventual disponibilidade de fundos públicos ou de outro tipo de assistência”. Porém, consideramos que teria sido preferível que a Diretiva apontasse também para os eventuais benefícios que poderão advir das adaptações que os empregadores fazem pois concentrar apenas toda a atenção nesta dicotomia entre trabalhador ou candidato com deficiência e empregador reforça a percepção de que o principal resultado da adaptação realizada pelo empregador é um custo e não um benefício.

É relevante ainda ter em atenção o disposto no Considerando 17 da Diretiva pois há um limite ao critério do que deve ser entendido por adaptação razoável. De facto, entende-se que não se pode exigir o recrutamento, a promoção ou a manutenção num emprego, nem a formação, “de uma pessoa que não seja competente, capaz ou disponível para cumprir as funções essenciais do lugar em causa ou para receber uma dada formação”. Nesta medida será lícito e não discriminatório não contratar uma pessoa portadora de deficiência que, independentemente das adaptações razoáveis, não iria conseguir realizar as funções essenciais na empresa por não ter a capacidade necessária para as mesmas³⁸.

O TJUE pronunciou-se no acórdão *Jette Ring* sobre esta questão tendo, na nossa opinião, adotado uma visão correta deste dever por parte do empregador. Nesta decisão o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre que medidas poderão ser consideradas como abrangidas pelo dever de “adaptação ou acomodação razoável” previsto no art. 5.º da Diretiva, colocando-se a questão de saber se a redução do horário de trabalho poderia ficar abrangida pelas medidas previstas neste artigo.

O Tribunal decidiu que não resulta nem do considerando 20 nem de nenhuma outra disposição da Diretiva 2000/78 que o legislador tenha pretendido limitar o conceito de “ritmo de trabalho” apenas à organização do ritmo e da cadênciã do trabalho ou a pausas e excluir a adaptação dos horários, e particularmente a exclusão da possibilidade, para as pessoas deficientes que não têm ou deixaram de ter capacidade para trabalhar a tempo inteiro, de efetuar o seu trabalho a tempo parcial, devendo ser entendido como “a eliminação das barreiras à participação plena e efetiva das pessoas deficientes na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores”³⁹.

Aliás, como o próprio Tribunal ressalta, é a própria Convenção das Nações Unidas que, no art. 2.º, n.º 4, estabelece uma noção ampla de adaptações razoáveis considerando que estas são “a modificação e [os] ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso, para garantir que as pessoas com incapacidades gozam ou exercem, em condições de igualdade com as demais, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Assim, o Tribunal de Justiça, apesar de salientar que qualquer apreciação dos factos da causa é da competência do órgão jurisdicional nacional, não deixou de realçar também que pode, no espírito de cooperação com eles, fornecer-lhe todas as indicações que julgar necessárias, tendo indicado vários pormenores que considerou relevantes para a análise do caso concreto pelo tribunal nacional⁴⁰. Decidiu em conformidade, como consta do parágrafo 64, mais uma vez, e bem, no caminho correto ao dizer que “o artigo 5.º da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que a redução do horário de trabalho pode constituir uma das medidas abrangidas por este artigo. Cabe ao juiz nacional apreciar se, nas circunstâncias dos processos principais, a redução do horário de trabalho, enquanto medida de adaptação, representa um encargo desproporcionado para a entidade patronal”.

No que concerne ainda à jurisprudência do TJUE, não podemos deixar de referir um pedido de reenvio prejudicial apresentado pelo *The Equality Tribunal* da Irlanda, em 30 de julho de 2012, caso *Z.*, processo C-363/12, pelas inúmeras perguntas que foram colocadas e por demonstrar, mais uma vez, como os casos de discriminação intersectorial poderão surgir exponencialmente.

Trata-se de uma mulher que, por não poder ter filhos, celebrou um contrato de maternidade tendo-lhe sido negado pelo empregador o pedido de licença remunerada equiparada à licença de maternidade apesar de ter a bebé a seu cargo desde o nascimento. O Tribunal *a quo* colocou ao TJUE algumas perguntas a título prejudicial e que foram as seguintes:

“Tendo em conta as seguintes disposições do direito primário da União Europeia:

(i) Artigo 3.º do Tratado da União Europeia;

(ii) Artigos 8.º e 157.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e/ou

(iii) Artigos 21.º, 23.º, 33.º e 34.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve a Diretiva 2006/54/CE, e em especial os seus artigos 4.º e 14.º, ser interpretada no sentido de que deve ser qualificada como discriminação em razão do sexo a situação em que a entidade empregadora indefere o pedido de licença remunerada equiparada à licença de maternidade e/ou à licença para adoção apresentado por uma mulher

cuja filha biológica nasceu na sequência de um contrato de maternidade de substituição e que tem a bebé a seu cargo desde o nascimento?

Se a resposta à primeira questão for negativa, a Diretiva 2006/54/CE é compatível com as disposições supramencionadas do direito primário da União Europeia?

Tendo em conta as disposições que se seguem do direito primário da União Europeia:

(i) Artigo 10.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; e/ou

(ii) Artigos 21.º, 26.º e 34.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Deve a Diretiva 2000/78/CE, e em especial os seus artigos 3.º, n.º 1, e 5.º, ser interpretada no sentido de que deve ser qualificada como discriminação em razão de uma deficiência a situação em que a entidade empregadora indefere o pedido de licença remunerada equiparada à licença de maternidade e/ou à licença para adoção apresentado por uma mulher que sofre de uma deficiência que a impede de dar à luz, cuja filha biológica nasceu na sequência de um contrato de maternidade de substituição e que tem a bebé a seu cargo desde o nascimento?

Se a resposta à terceira questão for negativa, a Diretiva 2000/78/CE é compatível com as disposições supramencionadas do direito primário da União Europeia?

É possível invocar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para efeitos de interpretação e/ou de impugnação da validade da Diretiva 2000/78/CE?

Se a resposta à quinta questão for afirmativa, a Diretiva 2000/78/CE, e em especial os seus artigos 3.º e 5.º, é compatível com os artigos 5.º, 6.º, 27.º, n.º 1, alínea b), e 28.º, n.º 2, alínea b), da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴¹.

Apesar de o TJUE ainda não ter decidido, a 26 de setembro de 2013, o Advogado-geral NILS WAHL, apresentou as suas conclusões e adotou, na nossa opinião, uma visão da noção de deficiência, na senda do recente acórdão *Jette Ring*.

Assim, considerou que a Diretiva 2000/78 deve ser interpretada, tanto quanto possível, em conformidade com a Convenção da ONU e

que, nos termos do artigo 216.º, n.º 2 do TFUE, os acordos internacionais celebrados pela União Europeia vinculam as suas instituições, tendo de prevalecer sobre os atos da União. Contudo, apesar de defender que deficiência deve ser entendida como um “conceito em evolução”, não se pode deixar de atender que existe aparentemente uma diferença assinalável entre a definição da Convenção da ONU e a definição que o Tribunal de Justiça optou por utilizar no acórdão *Jette Ring* pois, enquanto a Convenção da ONU refere, em termos gerais, a participação na sociedade, a definição do Tribunal de Justiça abrange apenas a participação na “vida profissional”. E, por isso, defendeu que “não parece que a doença de que Z impeça, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, em «interação com várias barreiras [...] a participação plena e efetiva da pessoa em questão *na vida profissional* em condições de igualdade com os outros trabalhadores». Com efeito, conforme o Tribunal de Justiça observou, para efeitos da Diretiva 2000/78, o conceito de «deficiência» deve ser entendido como estando relacionado com as possibilidades que essa pessoa tem para trabalhar e para exercer uma atividade profissional. Esta abordagem parece corresponder aos objetivos prosseguidos pela diretiva que consistem, nomeadamente, em combater a discriminação no âmbito específico do emprego e, por conseguinte, permitir que uma pessoa portadora de uma deficiência aceda ao mercado de trabalho e nele participe”, concluindo que “por muito que seja extremamente injusto que uma pessoa que pretenda ter o seu próprio filho pelos meios convencionais não o possa ter, não posso interpretar o atual quadro jurídico da União no sentido de que abrange situações que não estão relacionadas com a capacidade de a pessoa em causa trabalhar”.

Um outro aspeto interessante destas Conclusões apresentadas neste processo C-363/12 está relacionado com a noção do conceito de “adaptação razoável”.

Neste caso colocava-se a questão, tal como referimos anteriormente, de saber se deve a Diretiva 2000/78/CE, e em especial os seus artigos 3.º, n.º 1, e 5.º, ser interpretada no sentido de dever ser qualificada como discriminação em razão da deficiência a situação em que a entidade empregadora indefere o pedido de licença remunerada equiparada à licença de maternidade e/ou à licença para adoção apresentado por uma

mulher que sofre de uma deficiência que a impede de dar à luz e cuja filha biológica nasceu na sequência de um contrato de maternidade de substituição e que tem a bebé a seu cargo desde o nascimento.

O Advogado-geral entendeu que, apesar de ser perfeitamente aceitável que, em determinadas circunstâncias, a atribuição de uma licença (não remunerada) possa ser considerada adequada para assegurar que o trabalhador portador de uma deficiência em causa continue a trabalhar e a participar numa atividade profissional, em conformidade com os objetivos da Diretiva 2000/78 e, por isso, possa ser considerada uma forma de adaptação razoável, aceitar que do artigo 5.º da Diretiva 2000/78 decorra a obrigação de o empregador conceder uma licença *remunerada*, não parece ser a melhor solução. Com efeito, o requisito referente às adaptações razoáveis tem a sua razão de ser no estabelecimento de um equilíbrio justo entre as necessidades das pessoas portadoras de deficiências e as necessidades do empregador.

Ora, enquanto no acórdão *Jette Ring*, apesar de a redução do tempo de trabalho poder constituir um encargo financeiro considerável sobre o empregador, estabelece, não obstante, um equilíbrio entre os interesses do trabalhador e os do empregador: de facto, enquanto *quid pro quo* das adaptações realizadas, o trabalhador continua a contribuir para o desempenho da organização. E, embora a questão não tenha sido explicitamente suscitada no acórdão Ring, concorda-se com as conclusões do Advogado-Geral que, para estabelecer um equilíbrio adequado entre os interesses envolvidos, a redução das horas de trabalho como medida de adaptação implica necessariamente a correspondente redução da remuneração da pessoa em causa.

Porém, por oposição à redução do tempo de trabalho, a atribuição de uma licença remunerada serve apenas os interesses do trabalhador. A atribuição de uma licença remunerada não impõe apenas um encargo financeiro considerável sobre o empregador; *também* não garante que, em troca do ajustamento efetuado, o trabalhador portador de deficiência continue a participar na atividade profissional. Com efeito, se a concessão de uma licença remunerada fosse equiparada à redução das horas de trabalho, teria de se assumir que, invariavelmente, o trabalhador que seja portador de uma deficiência regressaria ao trabalho no termo do

período da licença. Do mesmo modo, também não poderia ser excluída a necessidade de mais períodos de ausência se o trabalhador decidisse ter mais filhos por meio de um contrato de maternidade de substituição⁴².

As adaptações razoáveis exigem que o empregador adote medidas que *facilitem* o acesso e a participação numa atividade profissional, sendo que adaptação prevista deve ser ajustada a cada caso concreto. Contudo, quando as medidas em causa não possuam nenhuma ligação aparente para assegurar que a pessoa portadora de deficiência em causa tenha acesso ou tenha condições para ter uma vida ativa, o artigo 5.º não parece poder ser interpretado no sentido de que impõe ao empregador a obrigação de adotar tais medidas⁴³.

Uma outra questão já colocada ao TJUE, e com bastante interesse, é a de saber se estão protegidos pela legislação anti discriminatória apenas as pessoas que são portadoras de alguma deficiência ou também aquelas que, não o sendo, estão relacionadas com elas por associação.

O caso relacionado com esta matéria, ainda sobre o âmbito de aplicação da Diretiva, foi decidido pelo TJUE através do processo C-303/06, de 17 de julho de 2008, o caso *Coleman*. Tratava-se da Sr.^a *Coleman*, que trabalhava numa sociedade de advogados e que tinha um filho portador de uma deficiência - broncomalácia e de laringomalácia congénita- sendo que era ela que tinha o filho a seu cargo. Alegava ela que após ter voltado ao trabalho depois de ter tido o seu filho, começou a ser tratada de forma menos favorável do que os seus colegas em posições comparáveis, dado que ela é que era a principal responsável pelo seu filho, tendo inclusive a sua guarda. Fez várias alegações, nomeadamente que tinham adotado comportamentos que criaram um ambiente hostil para si. Entre os exemplos de tratamento discriminatório que alegava ter sofrido, contavam-se os seguintes: os empregadores recusaram autorizar-lhe a voltar a desempenhar as mesmas funções depois de regressar da sua licença de maternidade; chamaram-lhe «preguiçosa» quando pediu dispensa do trabalho para dar assistência ao seu filho, e recusaram conceder-lhe a mesma flexibilidade de horário de trabalho que era concedida aos seus colegas que tinham filhos não deficientes; comentaram que estava a usar o *raio do miúdo - fucking child* - para manipular as suas condições de trabalho; instauraram-lhe um processo disciplinar; e não deram seguimento

adequado à queixa formal que apresentou por ter sido maltratada. Face a tudo isto, a Sr.^a *Coleman* aceitou cessar voluntariamente a relação de trabalho, intentando depois uma ação contra os seus anteriores empregadores com fundamento em que a demissão fora causada pela atuação do empregador - *constructive dismissal* - e em discriminação baseada na deficiência - *disability discrimination*.

A Sr.^a *Coleman* invocou em seu favor a legislação nacional pertinente, a Lei de 1995 relativa à proibição de discriminação em razão da deficiência e a diretiva. Alegou que a diretiva se destina a proibir discriminações não apenas contra pessoas que sejam, elas próprias, deficientes mas também contra pessoas que sejam vítimas de discriminação por terem uma relação com uma pessoa deficiente.

Contudo, o Tribunal nacional tinha dúvidas relativamente a esta interpretação e reenviou a título prejudicial para o TJUE colocando várias questões.

“(1) No contexto da proibição de discriminação em razão de uma deficiência, a diretiva protege da discriminação direta e do assédio unicamente as pessoas que são, elas próprias, deficientes?

(2) Se a resposta à primeira questão for negativa, a diretiva protege os trabalhadores que, não sendo eles próprios deficientes, são tratados menos favoravelmente ou assediados em razão da sua relação com uma pessoa que é deficiente?

(3) No caso de um empregador tratar um trabalhador menos favoravelmente do que trata ou trataria outros trabalhadores, e de se demonstrar que o fundamento para esse tratamento do trabalhador é o facto de este ter um filho deficiente a seu cargo, esse tratamento constitui uma discriminação direta em violação do princípio da igualdade de tratamento consagrado na diretiva?

(4) No caso de um empregador assediar um trabalhador e de se demonstrar que o fundamento para o tratamento do trabalhador é o facto de este ter um filho deficiente a seu cargo, esse assédio constitui uma violação do princípio da igualdade de tratamento consagrado na diretiva?”

Na decisão, o Tribunal de Justiça começou por realçar, seguindo a opinião do Advogado-Geral POAIRES MADURO, de 31 de janeiro de 2008, que o objetivo da Diretiva é o de “lutar contra todas as formas

de discriminação em razão de deficiência. Com efeito, o princípio da igualdade de tratamento consagrado por esta diretiva neste domínio aplica-se não a uma determinada categoria de pessoas, mas em função das razões referidas no seu artigo 1.º Esta interpretação é corroborada pelo teor do artigo 13.º CE, disposição que constitui a base jurídica da Diretiva 2000/78, que confere competência à Comunidade para tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão, designadamente, de deficiência”⁴⁴.

O Tribunal decidiu, ainda, que, apesar do defendido no acórdão *Chacón Navas*, “não resulta desta interpretação que o princípio da igualdade de tratamento definido no artigo 2.º, n.º 1, da mesma diretiva e a proibição de discriminação direta prevista no n.º 2, alínea a), do mesmo artigo não possam aplicar-se a uma situação como a que está em causa no processo principal quando o tratamento menos favorável que um trabalhador alega ter sofrido se baseia na deficiência de que o seu filho é portador, ao qual dispensa os cuidados essenciais que a sua situação exige”, e que “não decidiu, contudo, que o princípio de igualdade de tratamento e o âmbito de aplicação *ratione personae* da diretiva devam, quando estão em causa esses motivos, ser interpretados de forma estrita”.

O TJUE decidiu, assim, que é a característica abrangida, mais do que a pessoa que alega a discriminação, que deve ser atendida, tal como se depreende dos parágrafos 50 e 51 onde se pode ler que “Ora, embora numa situação como a que está em causa no processo principal, a pessoa que foi alvo de discriminação direta baseada em deficiência não seja ela própria deficiente, isso não significa que não seja a deficiência que, segundo S. Coleman, constitui o motivo do tratamento menos favorável de que alegadamente foi vítima. Como resulta do n.º 38 do presente acórdão, a Diretiva 2000/78, que visa, no domínio do emprego e da atividade profissional, lutar contra todas as formas de discriminação baseadas numa deficiência, não se aplica a uma determinada categoria de pessoas, mas em função dos motivos indicados no seu artigo 1.º.

A partir do momento em que se demonstre que um trabalhador que se encontra numa situação como a que está em causa no processo principal é vítima de discriminação direta baseada numa deficiência, uma interpretação da Diretiva 2000/78 que limite a sua aplicação exclusiva-

mente às pessoas que sejam elas próprias deficientes seria suscetível de privar esta diretiva de uma parte importante do seu efeito útil e de reduzir a proteção que ela visa garantir”.

Tendo em atenção esta decisão os Estados-membros estão obrigados a assegurar que a legislação nacional providencia proteção para todos aqueles que são vítimas de discriminação direta ou assédio como resultado de terem sido associados a uma pessoa portadora de deficiência⁴⁵. Porém, o Tribunal não decidiu, até porque não lhe foi questionado, se a discriminação por associação também seria proibida no caso da discriminação indireta, ainda que nos pareça ser um pouco difícil de assegurar esta proteção atendendo ao Direito da União Europeia.

3 Conclusão

A discriminação em razão da deficiência e a proteção das pessoas portadoras de deficiência *caminharam* muito num curto espaço de tempo. A introdução de vários princípios, proibitivos deste tipo de discriminação, e a introdução de um verdadeiro dever de adaptação razoável para providenciar direitos substantivos às pessoas com deficiência aumentou, e muito, a proteção face à discriminação.

Nos últimos anos tem-se assistido a uma mudança de paradigma não só em comportamentos e atitudes mas também na abordagem da questão da tutela contra a discriminação em razão da deficiência.

A imposição de um dever de adaptação razoável das pessoas com deficiência no mercado de trabalho constitui um passo significativo na consagração dos direitos das pessoas portadoras de uma deficiência ou doença crónica e a sua inserção no mercado de trabalho, parecendo que a interpretação recente do TJUE no acórdão *Jette Ring* indica o caminho a seguir, esperando que a incorporação do modelo biopsicossocial no conceito de deficiência da Diretiva pelo Tribunal conduza a que se passe a dar mais relevo às barreiras que a sociedade cria e menos importância às *incapacidades* das pessoas.

Portugal, outubro de 2013.

4 Notas

- * O presente texto corresponde a uma parte, ainda que um pouco distinta, do nosso artigo “A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, in *Igualdade e não Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013.
- ² Como defende MARZIA BARBERA, “Le discriminazioni basate sulla disabilità”, in *Il Nuovo Diritto AntiDiscriminatori – Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè Editore, Milan, 2007, p. 79, citando MARTHA NUSSBAUM, são três os problemas de justiça social que ainda não se encontram totalmente resolvidos sendo que um deles é exatamente a tutela das pessoas portadoras de deficiência.
- ² Na Secção 12101 do *American Disabilities Act* de 1990 pode encontrar-se a defesa destas ideias ao estabelecer-se que “The Congress finds that (1) physical or mental disabilities in no way diminish a person’s right to fully participate in all aspects of society, yet many people with physical or mental disabilities have been precluded from doing so because of discrimination; others who have a record of a disability or are regarded as having a disability also have been subjected to discrimination; (2) historically, society has tended to isolate and segregate individuals with disabilities, and, despite some improvements, such forms of discrimination against individuals with disabilities continue to be a serious and pervasive social problem; (3) discrimination against individuals with disabilities persists in such critical areas as employment, housing, public accommodations, education, transportation, communication, recreation, institutionalization, health services, voting, and access to public services”.
- ³ A noção de adaptação razoável, atualmente prevista em vários instrumentos normativos internacionais e, também, em legislação nacional, tem uma grande importância.
- ⁴ Como escreve IAN HACKING, *The Social Construction of What?*, Harvard University Press, 1999, pp. 6-7, “the existence of character X is not determined by the nature of things. X is not inevitable. X is brought into existence or shaped by social events, forces, history, all of which could have been different”.
- ⁵ Segundo a OMS, *Classificação Internacional sobre o Funcionamento, a Deficiência e a Saúde*, Lisboa, 2004, a deficiência e o funcionamento são vistos como resultado das interações entre condições de saúde e fatores do contexto que podem ser externos relacionados com condições ambientais, ou internos.
- ⁶ DAVID HOSKING, “A High Bar for EU Disability Rights”, in *Industrial Law Journal*, Vol. 36, n.º. 2, 2007, p. 229.
- ⁷ *World Report on Disability*, 2011, realizado pela OMS e pelo Banco Mundial, p. 5. De acordo com a *World Health Survey*, aproximadamente 785 milhões de pessoas (15,6%) com 15 anos ou mais vivem com alguma forma de deficiência, enquanto a *Global Burden of Disease* estima que esse número é de 975 milhões de pessoas (19,4%). Dessas, a *World Health Survey* considera que 110 milhões de pessoas (2,2%) possuem dificuldades funcionais muito significativas, enquanto a *Global Burden of Disease* estima que 190 milhões (3,8) possuem uma “deficiência grave” – o equivalente às deficiências inferidas por condições tais como a tetraplegia, a depressão grave ou a cegueira.
- ⁸ Dados obtidos no site www.ibdd.org.br.
- ⁹ Contudo, é um erro pensar que a deficiência afeta apenas 15% da população pois é algo que atinge todos desde a família aos amigos, aos empregadores, aos colegas de trabalho, entre muitos outros. Veja-se EDIT KAJTÁR, “Life outsider the bubble: International and Europea legal Framework of disability discrimination in employment”, in *PMJK – Journal of Labour Law and Social Security Law Department*, Volume VI, Special Edition, June 2013, pp. 5-6.
- ¹⁰ Veja-se European Disability Forum e MARY STACEY, *Disability: EU jurisprudence and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in www.era.int, junho 2012, p. 1. Veja-se, ainda, MIGUEL ÁNGEL MALO e RICARDO PAGÁN, “Diferencias salariales y discapacidad en Europa: discriminación o menor produtividade?”, in *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 131, n.ºs 1-2, pp. 47 e ss..
- ¹¹ Após o processo de ratificação entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 18 de maio de 1991.

- ¹² “O objeto da presente Convenção é promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade.
- ¹³ Com uma reserva relativa ao art. 27.º, n.º 1, decorrente da faculdade que é conferida aos Estados-membros pelo art. 3.º, n.º 4, da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27/11 (que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional), de excluírem as forças armadas no que se refere às discriminações baseadas numa deficiência.
- ¹⁴ Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7/05, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30/07. Também o Protocolo Adicional à Convenção foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, de 7/05, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30/07. O Protocolo Adicional à Convenção prevê separadamente dois procedimentos de aplicação e de acompanhamento. Para mais desenvolvimentos *vide* SARAH FRASER BUTLIN, “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to UK International Commitments?”, *in Industrial Law Journal*, vol. 40, n.º. 4, 2011, p. 429.
- ¹⁵ MARZIA BARBERA, “Le discriminazioni basate sulla disabilità”, *in Il Nuovo Diritto AntiDiscriminatori - Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè Editore, Milan, 2007, p. 79.
- ¹⁶ Atual art. 19.º do TFUE.
- ¹⁷ Uma das novidades desta Diretiva foi a de ter feito referência a esta forma de discriminação.
- ¹⁸ Veja-se S. LAURENT, “Discrimination, le plan d’action européen en faveur des personnes handicapées”, *in DS*, n.º 5, 2008, pp. 586 e ss..
- ¹⁹ *Impairment*.
- ²⁰ Sublinhado nosso.
- ²¹ Não vamos analisar aqui o estatuto dos tratados internacionais na UE mas não podemos deixar de mencionar que, segundo a hierarquia das normas, estes tratados têm um valor infra direito primário ou originário mas superior ao direito secundário ou derivado, podendo isto ser aferido no acórdão do TJUE, processos C-402/05 e C-415/05, *Kadi e Al Bakaraat International Foundation*, de 3 de setembro de 2008, onde o Tribunal decidiu nos parágrafos 306 a 308 que “com efeito, o artigo 300.º, n.º 7” (atual art. 216.º, n.º 2 do TFUE), “CE prevê que os acordos celebrados nas condições definidas nesse artigo são vinculativos para as instituições da Comunidade e para os Estados-Membros.
Assim, por força desta disposição, se a mesma fosse aplicável à Carta das Nações Unidas, esta última prevaleceria sobre os atos de direito comunitário derivado (v., neste sentido, acórdão de 3 de Junho de 2008, Intertanko e o., C-308/06, ainda não publicado na Coletânea, n.º 42 e jurisprudência aí citada).
Todavia, essa prevalência no plano do direito comunitário não seria extensiva ao direito primário e, em particular, aos princípios gerais de que fazem parte os direitos fundamentais”.
- ²² Veja-se DAVID HOSKING, “A High Bar for EU Disability Rights”, *in Industrial Law Journal*, Vol. 36, n.º. 2, 2007, pp. 228 e ss..
- ²³ “1) 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 protector uma trabalhadora que tenha sido despedida da sua empresa exclusivamente pelo facto de estar doente?
2) 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: pode-se considerar a doença uma situação característica adicional face àquelas em que a Diretiva 2000/78 proíbe a discriminação?”.
- ²⁴ Parágrafo 42.
- ²⁵ “No que respeita ao artigo 13.º CE, bem como ao artigo 137.º CE, conjugado com o artigo 136.º CE, estes preceitos contêm apenas a regulamentação das competências da Comunidade. Além disso, para lá de uma discriminação com base em deficiência, o artigo 13.º CE não tem em vista a discriminação baseada em doença enquanto tal e, portanto, não pode constituir sequer o fundamento jurídico de medidas do Conselho que visem combater essa discriminação.
É certo que entre os direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário figura, designadamente, o princípio geral da não discriminação. Este prin-

cípio vincula os Estados-Membros quando a situação nacional em causa no processo principal está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito comunitário (v., neste sentido, acórdãos de 12 de Dezembro de 2002, *Rodríguez Caballero*, C-442/00, *Colect*, p. I-11915, n.os 30 e 32, bem como de 12 de Junho de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *Colect.*, p. I-5659, n.º 75, e jurisprudência referida). Todavia, daí não resulta que o âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78 deva ser alargado por analogia para lá das discriminações baseadas nos motivos enumerados de maneira exhaustiva no artigo 1.º desta.

Por conseguinte, há que responder à segunda questão que a doença enquanto tal não pode ser considerada um motivo que acresce àqueles com base nos quais a Diretiva 2000/78 proíbe quaisquer discriminações”.

- 26 Ver, em sentido contrário, o art. 1.º, n.º 2, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.
- 27 Sublinhado nosso.
- 28 Ver, mais uma vez, a noção do art. 1.º, n.º 2 da Convenção das Nações Unidas que faz referência a esta possibilidade.
- 29 Neste sentido, entre outros, LISA WADDINGTON e ANNA LAWSON, *Disability and non-discrimination law in the European Union – An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, European Union, 2009, pp. 16-17.
- 30 Sublinhado nosso.
- 31 União Europeia ratificou a Convenção das Nações Unidas a 23 de dezembro de 2010.
- 32 “28 A título preliminar, deve recordar-se que, por força do artigo 216.º, n.º 2, TFUE, quando são celebrados acordos internacionais pela União Europeia, as instituições da União estão vinculadas por tais acordos e, por conseguinte, estes primam sobre os atos da União (acórdão 21 de dezembro de 2011, *Air Transport Association of America e o.*, C-366/10, ainda não publicado na Coletânea, n.º 50 e jurisprudência referida).
- 29 Há também que recordar que o primado dos acordos internacionais celebrados pela União sobre os textos de direito derivado determina que estes últimos sejam interpretados, na medida do possível, em conformidade com esses acordos (acórdão de 22 de novembro de 2012, *Digitalnet e o.*, C-320/11, C-330/11, C-382/11 e C-383/11, ainda não publicado na Coletânea, n.º 39 e jurisprudência referida).
- 30 Resulta da Decisão 2010/48 que a União aprovou a Convenção da ONU. Consequentemente, as disposições desta convenção constituem, a partir da sua entrada em vigor, parte integrante da ordem jurídica da União (v., neste sentido, acórdão de 30 de abril de 1974, *Haegeman*, 181/73, *Colet.*, p. 251, n.º 5).
- 31 Por outro lado, resulta do apêndice do Anexo II da referida decisão que, em matéria de autonomia e inclusão social, trabalho e emprego, a diretiva 2000/78 figura entre os atos da União que se relacionam com as questões regidas pela Convenção da ONU.
- 32 Daí decorre que a Diretiva 2000/78 deve ser objeto, na medida do possível, de uma interpretação conforme à referida convenção.
- 33 É à luz destas considerações que cabe responder às questões submetidas ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio”.
- 33 Parágrafo 38, onde o Tribunal chama a atenção para o facto de a atual noção ter atendido ao previsto na Convenção, alargando a definição que tinha dado no acórdão *Chacón Navas*.
- 34 Parágrafo 39.
- 35 No acórdão *Comissão contra Itália*, processo C-312/11, de 4 de julho de 2013, o TJUE condenou a Itália por não ter transposto correta e plenamente o art. 5.º da Diretiva relativamente ao dever de adaptação razoável.
- 36 Como preconiza FREDMAN, “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?”, in *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, coord. ANNA LAWSON e CAROLINE GOODING, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 203, “em vez de se requerer às pessoas portadoras de deficiência que se conformem às normas existentes, o objetivo é desenvolver um conceito de igualdade que abranja adaptações e mudanças”.
- 37 *Vd.* AART HENDRIKS, *Disability and Reasonable Accommodation*, in www.era.int, 2011, p.19.
- 38 BERNARD TEYSSIE, *Droit européen du travail*, 4.ª edição, LITEC, Paris, 2010, p. 276.

³⁹ Considerando n.º 54.

⁴⁰ Veja-se os parágrafos 62-63 em que decidi que “Pode ser um elemento pertinente para efeitos desta apreciação o facto, assinalado pelo órgão jurisdicional de reenvio, de que, imediatamente após o despedimento de J. Ring, a DAB 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 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.

⁶³ Por outro lado, como salientou o Governo dinamarquês no decurso da audiência, o direito dinamarquês permite a possibilidade de atribuir às empresas auxílios públicos para as adaptações que têm como objetivo facilitar o acesso de pessoas deficientes ao mercado de trabalho, designadamente iniciativas que têm por finalidade incitar as entidades patronais a contratar e manter em funções as pessoas que sofrem de uma deficiência”.

⁴¹ Sublinhado nosso.

⁴² Cf. parágrafos 81 e ss..

⁴³ Ver, para maiores desenvolvimentos relativamente à noção de adaptação razoável com uma análise de Direito comparado, TERESA COELHO MOREIRA, “A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, in *Igualdade e não Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 210 e ss..

⁴⁴ Parágrafo 38.

⁴⁵ Vide ROGER BLANPAIN, *European Labour Law*, 12.ª edição, Wolters Kluwer, Holanda, 2010, pp. 512-513.

5 Referências

BARBERA, Marzia. **Le discriminazioni basate sulla disabilità: Il Nuovo Diritto AntiDiscriminatori**. Il quadro comunitario e nazionale. Giuffrè Editore: Milan, 2007.

BLANPAIN, Roger. **European labour law**. 12. ed. Holanda: Wolters Kluwer, 2010.

BUTLIN, Sarah Fraser. The UN convention on the rights of persons with disabilities: does the equality act 2010 measure up to UK international commitments?. **Industrial law journal**, v. 40, n. 4, 2011.

FREDMAN. Disability equality: a challenge to the existing anti-discrimination paradigm? In: LAWSON, Anna; GOODING, Caroline (Coord.). **Disability rights in europe: from theory to practice** Hart Publishing, Oxford, 2005.

HACKING, Ian. **The social construction of what?** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

HENDRIKS, Aart. **Disability and reasonable accommodation**. 2011. Disponível em: www.era.int. Acesso em: 22 out. 2015.

HOSKING, David. A high bar for EU disability rights. **Industrial law Journal**. v. 36, n. 2, 2007.

KAJTÁR, Edit. Life outsider the bubble: international and european legal framework of disability discrimination in employment. **PMJK – Journal of labour law and social security law department**, v. VI, special edition, jun., 2013.

LAURENT, S. Discrimination, le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées. **DS**, n. 5, 2008.

MALO, Miguel Ángel; PAGÁN, Ricardo. Diferencias salariales y discapacidad en Europa: discriminación o menor produtividade? **Revista internacional del trabajo**, Ginebra, Oficina internacional del trabajo, v. 131, n. 1-2, 2012.

MOREIRA, Teresa Coelho. A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência In: MOREIRA, Teresa Coelho. **Igualdade e não discriminação**: estudos de direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2013.

STACEY, Mary. **Disability**: EU jurisprudence and the UN Convention on the rights of persons with disabilities. 2012. Disponível em: www.era.int. Acesso em: 22 out. 2015.

TEYSSIÉ, Bernard. **Droit européen du travail**. 4. ed. Paris: LITEC, 2010

WADDINGTON, Lisa; LAWSON, Anna. **Disability and non-discrimination law in the European Union**: an analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field. European Union, 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World report on disability**. The world bank, 2011. Disponível em: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf. Acesso em: 22 out. 2015.

Recebido em 11-2-2014

Autor convidado

Teresa Coelho Moreira

Doutora em Direito; professora auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho; membro Integrado do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho.

E-mail: tmoreira@direito.uminho.pt

Universidade do Minho

Escola de Direito

Campus de Gualtar | 4710-057 Braga | Portugal