



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**LEITURA CRÍTICA DO REGIME JURÍDICO DO
DESPEDIMENTO POR INAPTIDÃO, EM
ESPECIAL DA SUA COMPATIBILIDADE COM O
PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO EM
RAZÃO DA DEFICIÊNCIA**

Sara Maria Nunes Martins

Dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho
sob a orientação da Prof.^a Doutora Milena Rouxinol

Porto
2017

Agradecimentos

Aos meus Pais, pelo seu apoio incondicional, incentivo e por terem tornado possível todo este percurso académico.

Ao meu Irmão, por estar sempre a torcer por mim.

Ao Tomé, pelos conselhos, compreensão e dedicação em todos os momentos.

Aos meus amigos e colegas, pela amizade e companheirismo e constante troca de opiniões e ideias.

À Universidade Católica Portuguesa, em especial à Prof.^a Doutora Milena Rouxinol, pela sua orientação, disponibilidade e pelo saber que transmitiu.

Modo de citar

Neste estudo, as obras são citadas em nota de rodapé, indicando-se o nome do autor, o título, o n.º da edição que foi consultada, a editora, o local de publicação, o ano de publicação e a(s) página(s).

Os acórdãos de tribunais portugueses que não tenham identificada a sua fonte podem encontrar-se em www.dgsi.pt.

As citações escritas em inglês são da autoria do autor, respeitando a autenticidade do texto.

Na bibliografia final, as referências bibliográficas são ordenadas utilizando o critério alfabético reportado ao nome do autor. Existindo várias obras ou artigos do mesmo autor, são indicados por ordem cronológica, do mais antigo para o mais recente.

Índice

Modo de citar

Lista de abreviaturas

1. Introdução	9
----------------------------	----------

Capítulo I

2. Do despedimento por inadaptação ao despedimento por inaptidão	10
-------------------------------------------------------------------------------	-----------

2.1. Despedimento por inadaptação – uma figura bicéfala. Nota terminológica. Alusão à Lei n.º 23/2012	10
2.2. Origem e caracterização do despedimento por inadaptação	11
2.3 Origem e caracterização do despedimento por inaptidão.....	12

Capítulo II

3. O despedimento por inaptidão – análise crítica das respetivas condições de validade.....	14
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

3.1. Os requisitos substanciais	14
----------------------------------------------	-----------

3.1.1. A impossibilidade de subsistência da relação de trabalho	14
-----------------------------------------------------------------------	----

3.1.2. A modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador	15
--------------------------------------------------------------------------------	----

3.1.3. O caráter definitivo e a superveniência	17
------------------------------------------------------	----

3.2. Os requisitos procedimentais – breve referência	17
-------------------------------------------------------------------	-----------

4. (In)compatibilidade com o princípio da igualdade e não discriminação (em função da deficiência).....	18
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

4.1. Abordagem ao ordenamento Europeu/Internacional	20
------------------------------------------------------------------	-----------

4.1.1. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	21
----------------------------------------------------------------------------------------	----

4.1.2. Convenção Europeia dos Direitos do Homem	22
-------------------------------------------------------	----

4.1.3. Carta Social Europeia.....	22
-----------------------------------	----

4.1.4. Diretiva 2000/78/CE	23
----------------------------------	----

4.2. Abordagem ao ordenamento Jurídico Português	23
---------------------------------------------------------------	-----------

4.2.1. Decreto-Lei n.º 290/2009	25
---------------------------------------	----

4.2.2. Decreto-Lei n.º 29/2001	26
--------------------------------------	----

4.3. Noção de Deficiência	26
----------------------------------------	-----------

4.3.1. Acórdão Chácon Navas	27
4.3.2. Acórdão Coleman.....	29
4.3.3. Acórdão Jette Ring (ou HK Dinamarca)	30
4.4. Situações patológicas – condição de deficiência	32
4.4.1. A obesidade	32
4.4.2. A seropositividade.....	33
4.4.3. O cancro	36
4.5. As medidas de adaptação razoável.....	38
5. Notas conclusivas	40
6. Conclusão	41
Bibliografia	

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

ADA – Americans With Disabilities

CDFUE – Carta sobre os Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – Conferir

CNUDPD – Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

IEFP – Instituto de Emprego e Formação Profissional

N.º – Número

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONG – Organização Não Governamental

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

VIH – Vírus da Imunodeficiência Humana

Resumo: A presente dissertação tem como aspiração, por um lado, concorrer para uma reflexão sobre as questões jurídicas susistadas em torno da cessação do contrato de trabalho através de despedimento por inadaptação/inaptidão. Pareceu-nos por isso relevante proceder a um enquadramento e distinção de ambas as figuras, bem como, efetuar uma análise dos seus requisitos. Por outro lado, e porque a problemática em causa está fortemente interligada com a discriminação, abordamos também a sua compatibilidade com o princípio da igualdade em razão da deficiência e o dever de adapatação razoável, à luz, – do o Direito da União Europeia.

Abstract: The present thesis purpose is to provide a reflection on the legal questions associated with employment contract ceasation through dismissal of the worker disability or maladaptation. It Seems relevant to define and distinguish both figures, as well as doing an analysis on their requirements. On the other hand, and because this problem is strongly associated with discrimination, we approach the relationship between the principle of equality due to disability and the right to a reasonable adaptation, at the light, – of the European Union Law.

Palavras-chave: Inaptidão, discriminação, deficiência, dever de adaptação razoável.

Keywords: Inaptitude, discrimination, disability, right to a reasonable adaptation.

1. Introdução

Este trabalho tem como objetivo o estudo da figura do despedimento por inadaptação/inaptidão do trabalhador enquanto forma de cessação do contrato de trabalho, associado à discriminação em razão da deficiência.

A escolha do tema reflete o momento atual em que vivemos caracterizado por crises sucessivas, que condicionam intensamente as relações de trabalho. Parece pertinente assim discutir o despedimento por inadaptação/inaptidão do ponto de vista do empregador e do ponto de vista do trabalhador, trazendo, julga-se para este último, novas realidades, desequilibrando a relação de forças entre o empregador e o trabalhador.

Quer no âmbito do Conselho da Europa quer a nível da União Europeia, tem-se verificado uma evolução da legislação com vista à tutela dos trabalhadores portadores de deficiência, a este respeito a Diretiva 2000/78/CE, vem estabelecer um conceito amplo de deficiência, e que nos levará a ter em consideração, a questão da obesidade, do VIH e do cancro. Focar-nos-emos, em especial, no imperativo de conservação do emprego do trabalhador portador de deficiência, que na ordem jurídica portuguesa merece especial atenção, uma vez que, podem haver situações que podem colidir com a proibição de discriminação. Neste sentido, se elegeu este tema como central para justamente se procurar abordar e refletir algumas considerações que se julgam atuais e de importância relevante.

A par dos instrumentos europeus, parece pertinente confrontar com a ordem jurídica portuguesa, que por um lado, serve para perceber até que ponto existe conformidade entre os ordenamentos, e por outro lado, se existe uma intervenção legal no sentido de proteger o trabalhador.

Capítulo I

2. Do despedimento por inadaptação ao despedimento por inaptidão

2.1. Despedimento por inadaptação – uma figura bicéfala. Nota terminológica. Alusão à Lei n.º 23/2012

A cessação do contrato de trabalho encontra-se prevista no Livro I, Título II, Capítulo VII do CT, nos artigos 338.º a 403.º, estabelecendo várias modalidades. No espaço da matéria da cessação do vínculo laboral, ganha especial relevância a matéria respeitante aos despedimentos, tema “juridicamente complexo e socialmente sensível”¹.

No que toca ao regime atualmente em vigor, a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho de 2012, reviu o código de 2009 e trouxe várias e polémicas modificações em matéria de despedimentos, das quais, deixou de ser obrigatório tentar transferir o trabalhador para outro posto e “diferentemente do que antes sucedia, esta modalidade de despedimento passou a ser permitida mesmo que não tenha ocorrido qualquer alteração das condições técnicas do posto de trabalho”², esta obrigação também caiu no caso de cargos de complexidade técnica ou de direção. O despedimento assim configurado, sem que se verifiquem alterações no posto de trabalho, surge como um verdadeiro despedimento por inaptidão superveniente do trabalhador, como refere LEAL AMADO³. Neste sentido, como refere JÚLIO GOMES, a Lei n.º23/2012 introduziu “de modo mais ou menos camuflado por detrás da “cortina de palavras”, uma nova causa de cessação, a qual de inadaptação só tem o nome e que é o despedimento, sem necessidade de culpa do trabalhador, por redução da produtividade⁴.”

¹ FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho – Edição Especial Comemorativa dos 40 anos*, 18.ª edição, Almedina, 2017, pág.521.

² LEITE, Jorge, “A Reforma Laboral em Portugal”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v.3, n.º3, oct. 2013, pág. 30.

³ LEAL AMADO, João, “O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a Lei n.º23/2012, de 25 de junho”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3974, maio-junho 2012, pág. 306.. /Como refere JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 394: “neste novo e alterado contexto produtivo, o trabalhador não logra adaptar-se (reduz a produtividade, baixava a qualidade da sua prestação, provocava avarias, criava riscos para si e para os outros); ele não conseguia responder, com êxito, ao desafio colocado pelas inovações tecnológicas; ele repete-se, não perdeu faculdades, mas as exigências produtivas tinham mudado e tinham aumentado – e ele, aí, sucumbira”.

⁴ GOMES, Júlio, “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º23/2012 de 25 de junho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, Lisboa, abril-setembro 2012, pág.591.

É evidente a desproporcionalidade nesta relação entre entidade patronal e trabalhador⁵ que, com base somente nesta nova forma de despedimento, pode fazer cessar *tout court* uma relação laboral, com base em critérios não sindicáveis pelos trabalhadores, pelas suas organizações representativas, pela Autoridade para as Condições no Trabalho ou por um Tribunal, dado que se baseiam, exclusivamente, em critérios discricionários, subjetivos e unilaterais.

É com base, neste desequilíbrio que faz com que se torne ainda mais importante analisar este tipo de despedimento. Para isso, há procedimentos e requisitos a serem analisados de forma detalhada, uma vez que, caso assim não aconteça, estaremos perante um despedimento ilícito, e se o trabalhador for portador de deficiência, um despedimento discriminatório.

Quanto à cessação do contrato de trabalho dos trabalhadores portadores de deficiência, é clara a sua posição de fragilidade face aos restantes trabalhadores. Com isto, iremos analisar mais à frente, em que medida é que, o empregador é obrigado a cumprir o dever de adaptação razoável.

2.2. Origem e caracterização do despedimento por inadaptação

Foi com o Decreto-Lei n.º 400/91, de 16 de outubro, que entrou em vigor em 16 de dezembro de 1991, que surgiu uma nova forma de cessação do contrato de trabalho, por inadaptação do trabalhador, passando, a ser designado por “lei do despedimento por inadaptação”.

Segundo o artigo 373º do CT “considera-se despedimento por inadaptação a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho”, ou seja, a inadaptação é superveniente e motivada pela falta de capacidade do trabalhador em se moldar a uma nova realidade.

⁵ Neste sentido, Júlio Gomes entende que “o empregador goza da faculdade de controlar a correta execução da prestação de trabalho”, *Direito do Trabalho – Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 320.

De acordo com o artigo 374º, n.º 1, do CT consubstanciam situações de inadaptação: redução continuada de produtividade ou de qualidade; avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho; riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros.

Em sede dos requisitos de despedimento por inadaptação, o n.º 1 do artigo 375º do CT surge numa redação mais exigente, na medida em que só pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos: “a) tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores ao início do procedimento; b) tenha sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho, por autoridade competente ou entidade formadora certificada; c) tenha sido facultado ao trabalhador, após a formação, um período de adaptação de, pelo menos, 30 dias, no posto de trabalho ou fora dele, sempre que o exercício de funções naquele posto seja suscetível de causar prejuízos ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros; d) não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a categoria profissional do trabalhador.”

2.3 Origem e caracterização do despedimento por inaptidão

A 17 de maio de 2011, o Governo Português subscreveu o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica. Desse Memorando constavam exigências de alterações em matéria laboral, nomeadamente, no que se refere ao regime dos despedimentos por inadaptação.

Assim, previa-se: uma nova forma de despedimento por não serem atingidos os objetivos previamente acordados; que o despedimento por inadaptação fosse possível mesmo sem a introdução de novas tecnologias ou outras alterações no local de trabalho; a eliminação da obrigatoriedade de transferir o trabalhador para outro posto de trabalho disponível.

Cumprindo a calendarização prevista no Memorando, deu entrada na Assembleia da República a Proposta de Lei 46/XII, no dia 9 de fevereiro. Nela está refletida a

convicção de que o facto de o despedimento por inadaptação passar a ser permitido mesmo nas situações que não tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho traz a vantagem de permitir ao empregador uma reação em caso de uma modificação substancial da prestação do trabalhador, da qual resulte, nomeadamente, uma redução continuada da produtividade ou da qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros.

Esta proposta, apesar de muito contestada, quer pela opinião pública, quer no Parlamento, foi, entretanto aprovada e com a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, foram publicadas as alterações ao CT. Assim, surgiu o artigo 375º do CT como uma nova modalidade de despedimento.

A inaptidão⁶ não pode ser confundida com a inadaptação, uma vez que, constitui um fundamento inovador de cessação da relação de trabalho, tratando-se de uma incapacidade para desempenhar as funções para que foi contratado, quer seja originária ou superveniente.

Entendendo a inadaptação como a incapacidade do trabalhador para se modificar de acordo com uma situação ou ambiente novo, não podemos confundir esta situação com o conceito da inaptidão, que implica falta de capacidade, de predisposição para determinada forma de atividade. Ao contrário daquela, a inaptidão tem um radical subjetivo (no sentido de estar exclusivamente ligada ao trabalhador).

Contrariamente ao conceito de despedimento por inadaptação previsto anteriormente no Código do Trabalho – que se traduzia numa inadaptação superveniente do trabalhador a modificações introduzidas no posto de trabalho (não suprimível mediante a facultação ao trabalhador de formação profissional adequada e de um período suficiente de adaptação) –, a atual legislação não determina a necessidade prévia de quaisquer modificações. Esta é uma questão central, que iremos analisar, de forma detalhada, mais à frente no nosso trabalho.

O legislador integrou esta nova modalidade nas causas objetivas do despedimento. Como se sabe, as causas objetivas relacionam-se com motivos de gestão, económicos ou empresariais, e as causas subjetivas com motivos disciplinares. Contudo, do

⁶ Será assim designada como inaptidão a variante de despedimento por inadaptação que não pressupõe a introdução de modificações no posto de trabalho.

despedimento por inaptidão, resulta que não se enquadra nem nas causas objetivas, nem nas causas subjetivas. Neste sentido, MARIA PALMA RAMALHO ⁷ defende que “esta modalidade de despedimento decorre das necessidades de flexibilização do Direito do Trabalho e, designadamente, das projecções tecnológicas dessas necessidades.” A intenção do legislador parece ter sido, a de criar uma variante do despedimento por inadaptação, permitindo mais flexibilidade no procedimento. Contudo, esta figura pode ser “perigosa”, como refere RAQUEL FERREIRA⁸. Também neste sentido, JOANA NETO⁹ entende que, corremos o sério risco de estarmos a abrir caminho para despedimentos inominados e injustificados.

Capítulo II

3. O despedimento por inaptidão – análise crítica das respetivas condições de validade

3.1. Os requisitos substanciais

3.1.1. A impossibilidade de subsistência da relação de trabalho

Conforme resulta do artigo 374º/1 do CT, por força do n.º2 do artigo 375º, para que se possa invocar o despedimento por inaptidão, tem que se verificar uma situação que torne impossível a subsistência da relação de trabalho. Dito de outra forma, o trabalhador pode ser despedido se não atingir os objetivos, sem haver modificação do posto de trabalho.

Deste modo, podemos colocar a questão de saber, em que consubstancia a impossibilidade de subsistência da relação de trabalho? Esta premissa está ligada ao pressuposto previsto na lei na alínea d) do n.º2 do artigo 375º do CT de que “não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a categoria profissional do trabalhador”. No entanto, esta norma aparece como pressuposto do despedimento por

⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4ª edição, Almedina, 2012, pág. 914.

⁸ FERREIRA, Raquel Cabral, “Despedimento por inadaptação e por inaptidão: algumas considerações à luz da reforma legislativa operada pela Lei nº23/2012 de 25 de junho”, *Questões Laborais*, 2014, pág.83.

⁹ NETO, Joana, *Despedimento por inaptidão: reforma ou consagração legal do despedimento sem justa causa?*, 2ª edição, Almedina, Porto, fevereiro, 2016, pág. 109.

inadaptação, e não, para o despedimento por inaptidão. Na verdade, o legislador parece ter tido “medo” do Tribunal Constitucional ¹⁰ que considerou que a revogação desta alínea d) do n.º 1 do artigo 375º do CT é inconstitucional, uma vez que viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53º da CRP, ao não permitir que o trabalhador inadaptação a um determinado posto de trabalho que sofreu modificações, seja despedido quando haja outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação e aptidão profissional.

Como refere MILENA ROUXINOL ¹¹, “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 literalmente líquido que tal exigência também se aplique ao despedimento por inadaptação em sentido impróprio, isto é inaptidão.”

Como sabemos, uma importante conquista das pessoas com deficiência é a necessidade de realização de medidas de adaptação razoável, para evitar a discriminação na admissão do trabalhador que apresenta alguma espécie de deficiência, assim como, para permitir que este exerça qualquer profissão em igualdade de condições com outros trabalhadores. Contudo, torna-se difícil garantir a proteção dos trabalhadores portadores de deficiência, se do confronto com o despedimento por inaptidão não resulta qualquer obrigação de recolocação. A solução poderá passar pelos artigos 84º do CT e seguintes, no sentido de se adaptar às suas condições.

3.1.2. A modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador

Na hipótese de não existirem modificações no posto de trabalho o despedimento por inadaptação poderá ter lugar desde que cumulativamente se verifiquem vários requisitos. Para além do mencionado *supra*, da alínea a) do n.º 2 do artigo 375º do CT resulta que tem de se verificar uma modificação da prestação realizada pelo trabalhador, sendo que, essa modificação deve resultar nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de

¹⁰ No Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, de 20 de setembro.

¹¹ ROUXINOL, Milena Silva, “Notas em torno do imperativo de inclusão do trabalhador portador de deficiência”, *Lex Social Revista de Derechos Sociales*, Vol.7 (2017) , pág. 299.

terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que tenham carácter definitivo.

Depois da leitura deste artigo, podemos colocar a questão, de saber que alcance quis o legislador dar à expressão “nomeadamente”. Ou seja, trata-se de um alcance meramente exemplificativo ou taxativo? JÚLIO GOMES ¹² vem dizer a este respeito, que o legislador não pretendeu atribuir ao elenco previsto daquele artigo um carácter exemplificativo, mas sim, taxativo, pois acaba por mencionar todas as circunstâncias em que pode consistir a inadaptação de acordo com o art. 374.º n.º 1, a saber, “a redução continuada de produtividade ou de qualidade”, “avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho”, “riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros”. Acrescenta aquele autor, que o legislador também não quis introduzir um conceito indeterminado ou indefinido de inaptidão. Em sentido oposto, PEDRO FURTADO MARTINS ¹³ entende que aquela expressão tem um sentido exemplificativo.

É de salientar, que esta figura suscita algumas dificuldades, nomeadamente, no que diz respeito à produtividade. Em primeiro lugar, a alínea a) n.º 2 do artigo 375º do CT pode tornar-se inimiga da produtividade, na medida em que, o trabalhador pode vir a ser menos produtivo do que já foi, e por outro lado, como no despedimento por inaptidão não pressupõe a introdução de modificações no posto de trabalho, acaba por ser difícil analisar a produtividade. Assim, JÚLIO GOMES ¹⁴ propõe que se atente a um elemento temporal e à comparação com a produtividade anterior.

O legislador não deixou de lado a proteção conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, estabelecendo um n.º 3 do artigo 374º do CT. E quanto a estes trabalhadores, tudo se torna ainda mais complexo, uma vez que, devido às limitações que sofrem, poderão ver a questão da produtividade afetada.

¹² GOMES, Júlio, “Algumas reflexões...”, pág. 593.

¹³ MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação do contrato de trabalho*, 3ª edição, Principia, Cascais, 2012, pág.380.

¹⁴ GOMES, Júlio, “Algumas reflexões...”, pág. 594.

3.1.3. O caráter definitivo e a superveniência

É inequívoca a confusão gerada pela proximidade da figura da inadaptação e da caducidade, ambos são casos de extinção do contrato de trabalho por motivo independente da vontade do trabalhador, na medida em que, existe uma declaração de vontade unilateral do empregador, destinada a fazer cessar o contrato de trabalho. Neste sentido, MENEZES CORDEIRO ¹⁵ parece defender que, em certas situações da vida laboral, existe uma aproximação entre a cessação do contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador e a caducidade por impossibilidade. Verificámos, portanto, que o autor atribui à caducidade um sentido demasiado amplo. PEDRO FURTADO MARTINS ¹⁶, rejeita a posição segundo a qual a natureza jurídica da causa de cessação do contrato, nas situações de inadaptação relativas aos trabalhadores que ocupam cargos de complexidade técnica ou de direção se enquadra no âmbito da caducidade. Segundo este autor “Estamos, pois, segundo cremos, longe da simples constatação da ocorrência de um facto independente da vontade das partes (...) Este é apenas o indício que, por revelar a existência da situação de inadaptação, justifica a cessação da relação laboral”.

Importa, ainda, ter em conta a última parte da alínea a) do n.º 2 do artigo 375º do CT, onde o legislador diz “(...) seja razoável prever que tenham caráter definitivo”, ou seja, a situação que deu origem à inaptidão tem de ter um caráter razoável e definitivo. Contudo, esse juízo por vezes não atende às situações temporárias que o trabalhador enfrenta. Mais uma vez, não existe uma forma de avaliar o caráter definitivo da inaptidão do trabalhador.

3.2. Os requisitos procedimentais – breve referência

Resulta do artigo 375º n.º2 do CT que o empregador tem de informar o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da atividade antes prestada, com descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa de modificação

¹⁵ CORDEIRO, António Menezes, “Da cessação do contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador perante a Constituição da República”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXIII, Nº 3 e 4*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 398, ao declarar que: “a inadaptação do trabalhador, designadamente do trabalhador comum, ilustra uma situação que se apresenta bem próxima da impossibilidade superveniente: há certas modificações tecnológicas na empresa; são dadas ao trabalhador todas as possibilidades de formação profissional; não obstante, ele não se adapta; além disso, não há na empresa outras funções para lhe atribuir: a impossibilidade parece patente. E a assim ser, o novo fundamento mais não seria do que uma forma de caducidade do contrato”.

¹⁶ MARTINS, Pedro Furtado, ob. cit. pág. 372.

substancial da prestação, bem como de que se pode pronunciar por escrito sobre os referidos elementos em prazo não inferior a cinco dias úteis. Após a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para o efeito, o empregador tem de lhe comunicar, por escrito, ordens e instruções adequadas respeitantes à execução do trabalho, com o intuito de a corrigir, tendo presentes os factos invocados por aquele.

Segundo o artigo 376º do CT, deve existir uma comunicação por escrito ao trabalhador e à estrutura representativa dos trabalhadores. Esta comunicação deve ser devidamente fundamentada. O legislador no n.º 2 do artigo 379º do CT faz referência ao despedimento por inaptidão, permitindo, mais uma vez, o facilitismo na hora de despedir. Esta norma dá ao trabalhador a faculdade de denunciar o contrato de trabalho quando recebe a comunicação do despedimento. Como refere JOANA NETO¹⁷ “esta denúncia poderá ser uma saída tentadora, que evita futuras pressões e antecipa, de forma mais rápida e indolor, o temível desfecho...”.

Assim, se não estiver verificado este procedimento, estaremos perante um despedimento ilícito, e quando se tratar de um trabalhador portador de deficiência, estaremos perante um despedimento discriminatório.

4. (In)compatibilidade com o princípio da igualdade e não discriminação (em função da deficiência)

Os estudiosos têm vindo a debruçar-se sobre o alcance do princípio da igualdade desde há largos anos. Todavia, tendo este trabalho o intuito de aprofundar o alcance deste princípio na sua vertente negativa de não discriminação¹⁸, passaremos somente a atentar em que medida é que o princípio se concretiza em razão da deficiência. Sendo que as pessoas com deficiência não podem ser tratadas de igual forma perante outra que não tem qualquer deficiência.

Entre nós, como consequência do liberalismo, este princípio foi consagrado nas diversas Constituições elaboradas após este movimento¹⁹. O princípio da igualdade²⁰ é

¹⁷ NETO, Joana, ob.cit., pág. 55.

¹⁸ “Aceita-se, hoje, pacificamente, que o âmbito do princípio da igualdade comporta várias dimensões (...) abrange a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e uma obrigação de discriminação”, CATARINA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 940.

¹⁹ Respetivamente as Constituições de 1822, de 1826, de 1838 e de 1911.

estruturante do Estado de Direito Democrático e social em que vivemos, sendo o respetivo suporte constitucional e é proclamado como igualdade jurídica, assente na ideia de que a lei é igual para todos, de que os privilégios devem ser abolidos.

O princípio da igualdade encontra-se reconhecido em diversas fontes internacionais e nacionais, das quais destacamos o artigo 7º da DUDH, o artigo 14º da CEDH, os artigos 20º e 21º da CDFUE ²¹. O direito a igual tratamento entre os trabalhadores encontra, igualmente, consagração em inúmeros instrumentos internacionais que vinculam o Estado português como o artigo 23º, n.º2 da DUDH, e a convenção da OIT, n.º111, de 1958.

Todavia, se transferíssemos este pensamento para o estudo em análise, ou seja, a discriminação pelo motivo de deficiência constataríamos, desde logo, que esta perceção de igualdade não poderia nunca ter um papel defensivo destes sujeitos em face de pessoas sem qualquer tipo de deficiência. Os sujeitos mais desfavorecidos teriam os mesmos deveres e direitos que qualquer outro cidadão, ficando assim, numa posição mais desvantajosa, permanecendo a desigualdade.

É sobre esta questão da desigualdade dos sujeitos pelas mais diversas situações, que se procura alcançar uma verdadeira igualdade entre os cidadãos, onde estejam protegidos nas suas incapacidades, onde se trate por igual o que é igual, e onde se trate por diferente o que é diferente. Nas palavras de GUILHERME MACHADO DRAY, “a igualdade (...) assume uma natureza puramente formal” ²² começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados.

Para contornar esta situação, nasce um modelo de igualdade material, característica do Estado de Direito Social, sendo posteriormente acompanhado do princípio da não discriminação.

Para existir uma igualdade de oportunidades entre os cidadãos, deverão existir as chamadas, discriminações positivas consagradas pelo legislador com o intuito de se

²⁰ Cfr. Artigo 13º da CRP “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

²¹ CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 4ª edição, 2000, p.398 e ss.

²² DRAY, Guilherme, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 29.

atingir uma plena igualdade. Assim, se consegue uma sociedade justa, uma paridade de tratamento, de defesa da dignidade humana.

Quando procuramos a igualdade entre todos os cidadãos, quaisquer discriminações injustas são proibidas, sendo assim, podemos dizer que aos cidadãos é lícito a pretensão de não serem discriminados, ou seja, possuem o direito à igualdade na vertente de não discriminação²³. Neste sentido, podemos qualificar a discriminação como sendo a conduta de transgredir os direitos de uma pessoa, baseando-se em raciocínio sem conhecimento adequado sobre a matéria, tornando-a injusta e infundada. Contudo terá de existir um juízo de igualdade/comparação na ponderação das situações, para podermos considerar discriminatórias ou não discriminatórias²⁴.

Podemos concluir que será difícil separar os conceitos de igualdade e de não discriminação, um é extensão do outro, funcionam em complementaridade, atuando um quando o outro é colocado em causa, defendendo ambos o mesmo fim, a proteção da dignidade do ser humano.

4.1. Abordagem ao ordenamento Europeu/Internacional

Tendo em conta o objeto deste estudo, torna-se fundamental chegar a um conceito de deficiência e determinar que trabalhadores são considerados como portadores de deficiência ou doença crónica, visto que estes trabalhadores estarão sob tutela da legislação anti discriminação.

Alcançando um entendimento geral quanto ao princípio da discriminação enquanto vertente do princípio da igualdade, e para uma análise mais aprofundada, será abordado ao longo deste trabalho vários acórdãos do Tribunal de Justiça.

Na sequência do que foi dito até agora, torna-se fundamental abordar vários acórdãos do TJ e invocar a questão da prova, atendendo ao ónus da prova que, como

²³ A este respeito, TERESA MOREIRA COELHO refere que “o direito da discriminação pode ser comparado a uma árvore: tem raízes nos valores que tal direito defende (a dignidade da pessoa); um tronco comum com regras comuns a todas as discriminações (o regime probatório); e ramos que dizem respeito a cada motivo discriminatório específico (discriminação em função do sexo, racial, em função da idade, etc.)”, *Igualdade e Não Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2013, pág. 82.

²⁴ Cfr. Artigo 21º, n.º 1 da CDFUE.

veremos, assume uma leveza no momento de provar. Estes assuntos serão tratados numa fase mais avançada deste trabalho.

4.1.1. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A CNUDPD²⁵ constitui um marco histórico na garantia e promoção dos direitos humanos de todos os cidadãos e em particular das pessoas com deficiência.

A adoção de uma Convenção sobre direitos humanos no início deste século resultou do consenso generalizado da comunidade internacional (Governos, ONG e cidadãos) sobre a necessidade de garantir efetivamente o respeito pela integridade, dignidade e liberdade individual das pessoas com deficiência e de reforçar a proibição da discriminação destes cidadãos através de leis, políticas e programas que atendam especificamente às suas características e promovam a sua participação na sociedade.

A Convenção reafirma os princípios universais (dignidade, integralidade, igualdade e não discriminação) em que se baseia e define as obrigações gerais dos Governos relativas à integração das várias dimensões da deficiência nas suas políticas, bem como as obrigações específicas relativas à sensibilização da sociedade para a deficiência, ao combate aos estereótipos e à valorização das pessoas com deficiência.

O artigo n.º 1 reflete esta ideia dizendo que “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 dignidade inerente. As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm 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”²⁶.

Mais importante é o que vem enunciado no artigo n.º 2, veja-se “Discriminação com base na deficiência designa qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento,

²⁵ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/09, de 7-05-2009.

²⁶ Até então nunca surgiu um conceito uniforme de deficiência, atenta a dificuldade que lhe é inerente.

gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os Direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Com esta redação, parece que o legislador optou por determinar a proibição de discriminação não só aos portadores de deficiência, mas sim, a todos os cidadãos sujeitos a uma conduta discriminativa.

É de salientar que Portugal subscreve integralmente a abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência defendida pela Convenção e participou ativamente na negociação multilateral da Convenção, quer ao nível das Nações Unidas quer ao nível da União Europeia. As associações das pessoas com deficiência e suas famílias participaram também nesta negociação através das suas representantes europeias e internacionais.

4.1.2. Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Foi adotada pela pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, e entrou em vigor em 1953 e vem declarar no seu artigo 14º a proibição de discriminação e a igualdade de tratamento “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

É certo que do texto *supra* referido não refere “em razão da deficiência”, contudo, podemos entender que a compreende quando refere a proteção em “qualquer outra situação”. O nome oficial da Convenção é “Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais” e tem por objetivo proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, assim, sendo este o propósito, entendo que se poderá aplicar a proibição de discriminação em razão de deficiência.

4.1.3. Carta Social Europeia

Adotada em 18 de Outubro de 1991, reconhece a dignidade no posto de trabalho e a igualdade de oportunidades para quem possua responsabilidades familiares. Segundo

o artigo 26º que visa “assegurar o exercício efectivo do direito de todos os trabalhadores à protecção da sua dignidade no trabalho”.

Também é visível a preocupação com a igualdade de oportunidades, uma vez no artigo 27º refere “Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito à igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores de ambos os sexos com responsabilidades familiares, e entre estes trabalhadores e os outros trabalhadores, as Partes comprometem-se: 1) A tomar medidas apropriadas (...)”. Essas medidas promovem e pretende assegurar que as responsabilidades familiares não possam, como tais, constituir motivo válido de despedimento.

4.1.4. Diretiva 2000/78/CE

Podemos dizer que esta diretiva vem estabelecer um quadro geral de igualdade de tratamento na atividade profissional, conforme o artigo n.º 1 refere “A presente directiva tem por objecto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados Membros o princípio da igualdade de tratamento”.

A diretiva acompanhou o artigo 19º da TFUE o qual refere “Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho (...) pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão (...) da deficiência”.

4.2. Abordagem ao ordenamento Jurídico Português

As pessoas com deficiência têm garantidos os seus direitos através da CRP (1988) que assegura à pessoa com deficiência acesso ao trabalho para a melhoria de sua condição social e proíbe qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador.

A CRP vem assim consagrar, como já referi anteriormente, no seu artigo 13º o princípio da igualdade, proibindo condutas discriminatórias no n.º 2 do mesmo preceito. Como se pode observar, o emprego é um direito reconhecido na CRP e, uma das prioridades dos Estados Membros da Comunidade Europeia, até porque, segundo a Comissão Europeia, o número de pessoas que sofre de algum tipo de deficiência é de cerca de 80 milhões, ou seja, mais de 15% da população²⁷ e esta percentagem está a aumentar, sendo que um em cada quatro cidadãos europeus tem um membro da família que sofre de algum tipo de deficiência. Assim, considera-se que é um pouco errado 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.

A par da CRP, o CT vem consagrar o princípio da igualdade de tratamento e oportunidades no acesso ao emprego e no âmbito deste. A ideia subjacente é a de que ninguém pode ser prejudicado em razão de uma deficiência, é desta forma que o artigo 23º e 27º do CT vem demonstrar ao dizer “não se considera discriminação a medida legislativa de duração limitada que beneficia certo grupo, desfavorecido em função de factor de discriminação, com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos na lei ou corrigir situação de desigualdade que persista na vida social”.

Por outro lado, o CT refer-se, nos artigos 84º e seguintes, à proteção especial conferida aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida (artigo 84º) e com deficiência ou doença crónica (artigo 85º a 88º). O legislador adotou uma categorização tripartida – trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência e com doença crónica, na qual MILENA ROUXINOL entende que esta classificação “parece-nos, na realidade, um tanto infeliz”²⁸. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA

²⁷ *World Report on Disability*, 2011, realizado pela OMS e pelo Banco Mundial, pág. 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 975 milhões de pessoas (19,4%). Dessas, a *World Health Survey* estima 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 as deficiências inferidas por condições tais como a tetraplegia, a depressão grave ou a cegueira.

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.

²⁸ MILENA, Rouxinol, “Notas em torno do imperativo de inclusão do trabalhador portador de deficiência” *Lex Social Revista de Derechos Sociales*, Vol.7 (2017) , pág. 286.

RAMALHO entende que o critério não é unívoco²⁹, ou seja, uma vez que o conceito de deficiência regulado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pela União Europeia, e tendo em conta, que o ordenamento interno tem de ser lido conjuntamente com o Direito da União Europeia, devido ao princípio da interpretação conforme, torna-se quase impossível distinguir entre deficiência e doença crónica. Ora, podemos concluir que toda a doença (crónica) do trabalhador, no âmbito do trabalho, que se encontre numa situação de desvantagem, pode ser considerada como deficiência.

Assim, o artigo 84º e seguintes do CT, parece-nos que se enquadra no âmbito do conceito amplo de deficiência.

4.2.1. Decreto-Lei n.º 290/2009

É de salientar no ordenamento jurídico interno outros diplomas que versam sobre a noção de deficiência. Neste sentido, no seu artigo 4º define pessoa com deficiência e incapacidade como sendo “aquela que apresenta limitações significativas ao nível da actividade e da participação, num ou vários domínios da vida, decorrentes de alterações funcionais e estruturais, de carácter permanente, e de cuja interacção com o meio envolvente resultem dificuldades continuadas, designadamente ao nível da obtenção, da manutenção e da progressão no emprego”, 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 actividade delas decorrentes”.

No dia 12 de setembro, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 131/2013, de 11 de setembro. O documento introduz alterações e republica o Decreto-Lei nº 290/2009, sendo que a principal prende-se com a possibilidade do IEFP, I.P., alargar a concessão dos apoios financeiros anteriormente previstos, aos empregadores de direito público que, não façam parte da administração direta do Estado, quando procedam à admissão de pessoas com deficiência.

²⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 4.ª edição, 2012, pág. 351.

O atual diploma introduz, ainda, alterações ao procedimento de avaliação a capacidade de trabalho das pessoas com deficiência, a integrar em postos de trabalho no âmbito do regime de emprego protegido ou de contrato de emprego apoiado em entidades empregadoras.

4.2.2. Decreto-Lei n.º 29/2001

Estabelece o 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 local³⁰.

Para efeitos do presente diploma consideram-se pessoas com deficiência aquelas possam exercer, sem limitações funcionais, a atividade a que se candidatam ou, apresentando limitações funcionais, estas sejam superáveis através da adequação ou adaptação do posto de trabalho e ou de ajuda técnica.

4.3. Noção de Deficiência

Depois de uma abordagem aos vários diplomas *supra* referidos e, apesar de já existir em alguns deles um conceito de deficiência, torna-se importante desenvolver a sua evolução, uma vez que, nem a Diretiva 2000/78/CE nem a Carta Social Europeia estabelecem uma definição. E é neste sentido que iremos analisar a evolução do conceito de deficiência na jurisprudência do TJUE. Esta omissão colocou 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 prejudicial³¹.

Embora, a Carta Social Europeia e a Diretiva 2000/78/CE, não estabelecerem um conceito de deficiência, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, reconhece 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

³⁰ É estabelecido uma quota de 5% de lugares a preencher por pessoas com deficiência.

³¹ MOREIRA, Teresa Coelho, “A jurisprudência do TJUE sobre a discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, *Questões Laborais*, número especial, 2013, pág.656-657.

que apresentam “incapacidades duradouras³² 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”.

Assim, iremos caminhar no sentido da jurisprudência do TJUE, que ao longo dos tempos tem vindo a aprofundar e a descortinar o que entende por deficiência. Iremos refletir sobre alguns acórdãos para perceber quem é considerado trabalhador portador de deficiência e quais os seus direitos enquanto cidadãos para efeitos da diretiva 2000/78/CE.

4.3.1. Acórdão Chácon Navas

Este foi o primeiro caso tratado pelo TJUE, que ficou conhecido como Chácon Navas³³. Retrata a situação de um litígio que opõe a Sra. Chácon Navas à sociedade Eurest Colectividades SA (a seguir “Eurest”) a propósito de um despedimento ocorrido durante um período de baixa por motivo de doença.

Não estando satisfeita com o sucedido, a Sra. Chácon Navas intentou uma ação contra a entidade empregadora, para ver concretizado a igualdade de tratamento no âmbito laboral, invocando a Diretiva 2000/78/CE.

Foi colocada a questão ao TJUE se a diretiva 2000/78/CE ao proibir a discriminação em razão da deficiência também garantia a proteção aos trabalhadores que foram despedidos por estarem doentes, e se a doença poderia ser acrescentada ao grupo de fatores protegidos pela Diretiva. E é esta a questão crucial deste acórdão.

³² Quanto a esta questão, veja-se o Ac. C-395/15, de 1 de dezembro de 2016. Questionado em sede de reenvio a título prejudicial sobre a inclusão no conceito de discriminação direta em razão de uma deficiência prevista nos artigos 1.º, 2.º e 3.º da Diretiva 2000/78, do despedimento de um trabalhador, até àquele momento bem conceituado profissionalmente, pelo simples facto de se encontrar em situação de incapacidade temporária - de duração incerta - devido a um acidente de trabalho, o TJUE afirmou que o facto de a pessoa em causa se encontrar em situação de incapacidade temporária para o trabalho, na aceção do direito nacional, por um período indeterminado, devido a um acidente de trabalho não significa, por si só, que a limitação da capacidade dessa pessoa possa ser qualificada de duradoura, na aceção da definição de deficiência contida na Diretiva n.º 2000/78, remetendo tal verificação para o órgão jurisdicional de reenvio. Ou seja, o TJUE admitiu, em princípio, que a incapacidade temporária para o trabalho, na aceção do direito nacional, por um período indeterminado, devido a um acidente de trabalho pode constituir deficiência, nos termos e para os efeitos da Diretiva 2000/78.

³³ Processo C-13/15, de 11 de julho de 2006.

O TJUE concluiu que os trabalhadores não estão, desde logo, protegidos pela Diretiva 2000/78/CE a partir do momento em que uma doença, seja ela qual for, se manifeste. E distingue, por conseguinte, entre doença e deficiência, na medida em que a diretiva não apresenta uma “doença” como uma característica de discriminação específica e proibida. No entanto, apenas excluiu uma doença enquanto tal do âmbito de aplicação da diretiva. Não é possível deduzir do acórdão Chácon Navas que uma doença como causa de uma deficiência elimina a qualificação como deficiência.

A este propósito, podemos concluir que, em especial, não é evidente que a Diretiva 2000/78/CE apenas pretenda abranger deficiências congénitas ou resultantes de acidentes. Diferenciar, no que respeita ao âmbito de aplicação da diretiva, entre as causas da deficiência seria arbitrário e contrariaria, neste sentido, o próprio objetivo da diretiva de concretizar a igualdade de tratamento. Deve, por conseguinte, diferenciar-se entre a doença como possível causa da incapacidade e a incapacidade daí resultante. Também abrangida pelo âmbito de proteção da diretiva está a limitação permanente resultante de uma doença que impede a participação da pessoa em causa na vida profissional.

É particularmente significativo o facto de a deficiência depender do contexto e da situação, como refere TERESA COELHO MOREIRA³⁴ “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»”. Reconhece-se, desta forma, que a discriminação apresenta um obstáculo significativo à concretização do trabalho digno para todos.

Contrariamente, 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.

Torna-se claro, em primeiro lugar, 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

³⁴ MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e não Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2013, pág. 194.

por parte da pessoa que dela é portadora. O Tribunal deveria ter dado uma resposta mais clara, não deixando margem para especulações.

Relativamente à noção de deficiência o acórdão em análise avança com o parágrafo 43 dizendo 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. O legislador escolheu deliberadamente um termo que difere do de doença.

O Tribunal diz claramente no parágrafo 47 que “Resulta das considerações expostas que uma pessoa que tenha sido despedida pela sua entidade patronal exclusivamente por motivo de doença não está abrangida pelo quadro geral estabelecido com vista a lutar contra a discriminação com base em deficiência pela Diretiva 2000/78”.

O conceito de doença, nomeadamente de doença crónica, que o tribunal adota, apresenta-se muito impreciso e dúbio, pois explica que “A Directiva 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 for, se manifeste”. O Tribunal não diferencia neste conceito as doenças duradouras, assim como aquelas que se poderão tornar duradouras, pelo que se poderão incluir no conceito amplo de deficiência.

Neste sentido, podemos concluir que a decisão do TJUE no caso *Chácon Navas* não foi das melhores, até um pouco infeliz.

4.3.2. Acórdão Coleman

Posteriormente ao caso *supra* mencionado, o TJUE foi chamado a pronunciar-se sobre o caso Coleman³⁵. Este acórdão desencadeou uma verdadeira interrogação por parte de diversos autores.

O incidente em apreço sucede no Reino Unido, entre Sharon Coleman, trabalhadora numa sociedade de advogados, denominada por *Attridge Law*, e o seu empregador. Sharon Coleman exercia as suas funções de secretária desde 2001. No ano

³⁵ Processo C-303/06, de 17 de julho de 2008.

seguinte, em 2002, deu-se o nascimento do seu filho que sofria de doenças denominadas por broncomalácia, laringomalácia congénita e apneia sendo, por isso, considerado como portador de deficiência. Em 4 de março de 2005, aceita cessar voluntariamente o seu contrato de trabalho. Posto isto, entrou uma ação contra a entidade empregadora.

A Sra. Coleman era tratada de forma desigual, ou seja, menos favorável por ser mãe de uma criança portadora de deficiência, tendo alegado, que a razão pela qual denunciou o contrato teria sido causada por comportamentos discriminatórios em relação á sua condição de mãe de um filho portador de deficiência.

Foram apresentados por parte desta mãe vários argumentos factuais, nomeadamente, que aqueles (outros trabalhadores) usuram o adjetivo “preguiçosa” quando esta requereu dispensa laboral com o propósito de ajudar a cuidar do seu filho. Depois do regresso da licença de maternidade foi-lhe negada a retoma das suas funções anteriores, não lhe forneceram a mesma flexibilidade de horário em relação aos outros trabalhadores, entre outras situações.

Perante o caso em apreço e as dúvidas que, inevitavelmente, lhe surgiram o tribunal nacional entendeu ser necessário o envio imediato das questões prejudiciais para o TJ. Este mesmo Tribunal decidiu que a Diretiva 2000/78/CE tem como objetivo, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, lutar contra todas as formas de discriminação em razão da deficiência³⁶. É nesta linha de pensamento que o tribunal referiu que “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”³⁷.

Temos de ter em conta os valores inerentes à Diretiva e não os sujeitos diretamente discriminados, é a característica abrangida, mais do que a pessoa que alega a discriminação, que deve ser atendida. Só assim é que a Diretiva é corretamente aplicada.

4.3.3. Acórdão Jette Ring (ou HK Dinamarca)³⁸

³⁶ Parágrafo 38.

³⁷ Parágrafo 50.

³⁸ Processo C-335/11 e C- 337-11, de 11 de abril de 2013.

Trata-se de um acórdão com alguma importância, pois “foi a primeira decisão após a ratificação por parte da UE da Convenção nas Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência”³⁹ e também porque teve oportunidade de se debruçar mais uma vez sobre o conceito de deficiência e fê-lo em termos bem mais amplos.

Este caso, analisa a questão de duas trabalhadoras que foram despedidas após regreçar ao trabalho depois de um período de baixa médica. A Sra. Jette Ring foi despedida por sofrer de dores na zona lombar, sem possibilidade de tratamento, tendo com isso faltado várias vezes ao trabalho. Por outro lado, a Sra. Skouboe Werge esteve de baixa após uma acidente de viação tendo sofrido uma lesão designada “golpe de coelho”. O sindicato representante das trabalhadoras entendeu que estas eram portadoras de uma deficiência e que a entidade empregadora de cada uma devia reduzir o tempo de trabalho.

Mais uma vez, se coloca 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.

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 33.

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”⁴⁰, considerando que estas incapacidades, de acordo com a definição do art. 1.º, n.º 2, da Convenção, devem ser “duradouras”.

Definido o conceito de deficiência, diz o tribunal no parágrafo 42 que “em contrapartida, uma doença que não implique tal limitação não se enquadra no conceito

³⁹ MOREIRA, Teresa Coelho, “A jurisprudência do TJUE sobre a discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, *Questões Laborais*, número especial, 2013, pág. 662.

⁴⁰ 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*.

de “deficiência” na aceção da Diretiva 2000/78. Com efeito, a doença enquanto tal não pode ser considerada um motivo que acresce àqueles com base nos quais a Diretiva 2000/78 proíbe quaisquer discriminações”.

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.

É de salientar, tal como TERESA MOREIRA COELHO⁴¹ o faz, que o facto de uma pessoa poder continuar a trabalhar não exclui a caracterização como deficiência.

4.4. Situações patológicas – condição de deficiência

Como complemento e, tendo em conta o conceito de deficiência, torna-se importante evidenciar alguns traços de algumas patologias, nomeadamente, a obesidade, o VIH e o cancro. A entidade patronal tende a despromover estas pessoas, a retirar-lhes tarefas, mesmo quando bem intencionados. O essencial é passar a ideia de que a lei não ignora estas patologias, apesar de não usar essas expressões.

4.4.1. A obesidade

Atualmente, para além de se considerar a obesidade como a doença do século, há uma tendência a encarar a obesidade como uma deficiência física. Neste sentido, a instituição judicial europeia considerou que esta pode ser entendida, legalmente, como tal, caso impeça a participação plena e efetiva no trabalho, em condições de igualdade.

No final de 2014, o TJUE pronunciou-se sobre a questão da obesidade no caso Kaltof⁴². Neste caso, o Tribunal *a quo* coloca inúmeras questões, sendo que para aqui releva, sobretudo a última: a obesidade pode ser considerada uma deficiência, abrangida pela proteção conferida pela Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de

⁴¹ MOREIRA, Teresa Coelho, “A jurisprudência do TJUE sobre a discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, *Questões Laborais*, número especial, 2013, pág. 664.

⁴² Processo C-354/13, de 18 de dezembro de 2014.

2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, e, sendo o caso, quais os critérios que devem ser determinantes para apreciar se a obesidade de uma pessoa em concreto implica que essa pessoa está protegida pela proibição de discriminação em razão de deficiência prevista na diretiva?

O Sr. Kaltof foi contratado para exercer as funções de auxiliar de educação. Depois de ter recolhido vários relatórios, a administração resolveu despedi-lo, na base do despedimento estaria a redução do número de crianças. Contudo, o Sr. Kaltof considerava que o verdadeiro motivo se prendia com a sua condição, ou seja, pelo facto de ser obeso. O processo teve início num órgão jurisdicional dinamarquês que pedia a declaração dessa discriminação e uma indemnização.

O Tribunal declarou, de forma perentória, que não deixa de existir deficiência para efeitos da Diretiva ainda que a condição do trabalhador advenha de circunstâncias imputáveis ao mesmo. Deliberou também que, embora nenhum princípio geral do direito da União proíba, por si só, as discriminações baseadas na obesidade, esta condição pode inserir-se no conceito de deficiência. Tal sucederá quando, em determinadas circunstâncias, impeça a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores.

A relevância desta decisão para Portugal resume-se ao facto de se ter iniciado o debate da temática. O direito português não estabelece um princípio geral de não discriminação devido à obesidade no âmbito do emprego, mas caso a obesidade passasse a ser enquadrada legalmente no conceito de deficiência, o trabalhador obeso beneficiaria da proteção conferida no CT.

Concluiu-se que, numa situação em que existem barreiras ao nível do ambiente de trabalho, e esse mesmo ambiente, condicionar a atividade profissional em condições de igualdade com os demais trabalhadores, então podemos incluir no conceito de deficiência.

4.4.2. A seropositividade

Globalmente, estudar o fenómeno do VIH/SIDA associado ao mundo do trabalho, permite-nos obter uma visão ampla da dimensão do problema que afeta todos os intervenientes sociais ligados ao mundo do trabalho.

É certo, que o VIH é uma doença crónica, transmissível, diferente de outras doenças, contudo, é possível ter uma atitude responsável, impedindo o risco da sua transmissão, ao contrário do que acontece com outras doenças. A doença é, deste modo, na contemporaneidade geradora de sentimentos contraditórios que vão desde o rótulo de doença/ culpa/ castigo, mediante a imputação ao indivíduo das culpas do seu infortúnio, até ao sentimento comum de que todos podem ser afetados por ela. Esta situação reflete-se na ocultação do estatuto de seropositividade no local de trabalho, numa atitude de autoproteção. Neste sentido, poderão estas pessoas ser alvo de discriminação no local de trabalho?

O direito à saúde vem consagrado na CRP no artigo 64º, e na CDFUE no seu artigo 35º, dizendo que, “Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.”. A Lei n.º67/98, de 26 de outubro, Lei de Protecção de Dados Pessoais, contém uma proibição de tratamento de dados referentes à vida privada e à saúde. Para além destas normas, o CT estabelece no seu artigo 16º que o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, preservando a intimidade da vida privada, nomeadamente, aspetos que se relacionem com o estado de saúde do trabalhador ⁴³.

A par destes regulamentos, o Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho, deixa claro, no seu artigo 109º que a ficha clínica do trabalhador está sujeita ao segredo profissional, impedindo qualquer fuga de informação relativa ao estado de saúde.

Depois de uma breve análise de alguns diplomas que versam sobre esta matéria, torna-se importante falar de situações concretas. Tornou-se célebre o caso do cozinheiro da cadeia de Hotéis Sana, que adoeceu com tuberculose, esteve um ano de baixa e quando regressou ao trabalho foi mandado ao médico do trabalho do hotel que pediu ao médico assistente mais dados sobre a situação clínica. O médico assistente informou o colega da medicina do trabalho que o cozinheiro era VIH positivo, mas que não representava qualquer perigo para os colegas e poderia retomar a sua atividade em

⁴³ Para além deste artigo, no CT podemos encontrar diversas normas, nomeadamente, o artigo 17º respeitante à Protecção de Dados Pessoais; os artigos 85º a 88º onde se prevê que os trabalhadores com deficiência ou doença crónica são titulares dos mesmos direitos e deveres dos restantes trabalhadores no acesso ao emprego.

pleno. No entanto, o médico do trabalho considerou-o inapto definitivamente para a profissão de cozinheiro. O hotel Sana veio depois negar ter tido conhecimento de que o cozinheiro era portador de VIH antes da realização do julgamento e alegou que não foi informado pelo médico do trabalho da sua condição. O hotel sustentou ainda que o cozinheiro devia ter informado imediatamente que é portador de VIH, o que não aconteceu, violando o dever de lealdade.

Uma das questões pertinentes é a da repercussão da seropositividade na esfera laboral, e a este respeito, surgiu a recomendação n.º 200 sobre VIH/SIDA de 2010. Trata-se de uma norma pioneira nesta matéria, apelando à adoção de medidas destinadas a proteger todas as formas de discriminação no emprego relacionadas com o VIH.

Tendo em conta esta abordagem, recentemente tem-se discutido se estes comportamentos discriminatórios se podem enquadrar no conceito de deficiência. Neste sentido, seremos tentados a formular a seguinte proposição: a infeção por VIH/SIDA de um trabalhador pode constituir uma deficiência na aceção da Diretiva quando implicar uma limitação resultante, designadamente, de incapacidades físicas, mentais, ou psíquicas duradouras ⁴⁴. Apesar, de o nosso ordenamento jurídico apresentar uma posição mais contida, diferente do ordenamento americano, “parece-nos, que essas diferenças não inviabilizam, em moldes absolutos, a possibilidade de equacionar o estado de seropositividade assintomática como deficiência à luz da Diretiva” ⁴⁵.

Ora, quanto ao trabalhador portador de VIH, as dificuldades sentidas com a doença, podem originar uma perda de produtividade e podem representar um risco para a saúde de terceiros. Contudo será que esse risco de contágio poderá ser olhado como discriminatório? À partida, esta possibilidade de originar um risco para a segurança e saúde alheias, deve estar integrado no âmbito da alínea a) do n.º1 do artigo 374º do CT. No entanto, essa é uma possibilidade escassa, na medida em que é raro o trabalho que resulte no contágio de doenças de que sejam portadores, verificando-se assim, uma situação de discriminação.

⁴⁴ Neste sentido, caso *Bragdon v. Albott*, 524 U.S. 624, 1998.

⁴⁵ ROUXINOL, Milena; NUNES, Joana Vicente, “Sobre a readaptação do (conceito de) trabalhador seropositivo (inadaptado?)”, in, *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira* (coordenação de LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla, Volume V, Almedina, 2016, pág. 154.

4.4.3. O cancro

Uma das questões que cada vez tem mais importância prende-se, com a proteção dos doentes oncológicos. É notório, que vivemos numa sociedade em mutações constantes, em que a taxa de incidência de doenças oncológicas tem crescido progressivamente ⁴⁶.

Em torno desta problemática, surgem duas questões: em que medida pode o empregador cessar o contrato de trabalho do trabalhador vítima de cancro? Em que medida pode continuar a desempenhar a prestação a que se vinculou, conservando o emprego? A ideia será colocar em prática as medidas de adaptação das condições de trabalho (tema que será abordado no ponto seguinte deste trabalho), para que sejam ajustadas à particularidade de cada um desses trabalhadores que sofrem diariamente com este tipo de doença.

É inegável, que ainda existem muitos preconceitos na sociedade em torno das pessoas que sofrem de cancro. São ideias que são inculcadas na sociedade, como por exemplo, permanece a ideia de que os doentes oncológicos são pessoas muito afetadas psicologicamente, suscetíveis de colocar em causa vida quotidiana, nas relações de trabalho e, por outro lado, pensam que essas pessoas mais tarde ou mais cedo vão morrer, por isso não investem nelas, nem lhes dão uma oportunidade e ainda subsiste a ideia de que o cancro é contagioso.

Assim, os empregadores tendem a despedir essas pessoas, com o argumento de que a produtividade não é a mesma. Tudo isto, constitui discriminação, havendo casos que o comprovam e que já foram estudados nos pontos anteriores, como por exemplo, o caso Coleman, em que o TJUE afirmou ter existido discriminação.

Esta questão já foi abordada no Direito Americano. Podemos demonstrar no caso da Sra. Phyllis Ellison que descobriu que tinha um cancro de peito e durante esse período trabalhou num plano de horário de trabalho modificado, entrando ao serviço apenas de tarde, fazendo horas de almoço e intervalos para compensar, conseguindo não faltar nenhum dia de trabalho. Contudo, não foi suficiente. A Sra. Ellison foi acusada de baixar a produtividade, ou seja, foi alvo de discriminação.

⁴⁶ A título de exemplo, Direção-Geral de Saúde (edição), *Portugal – doenças oncológicas em números* (2015), 7-10. Consultado a 26/09/2017, em http://www.apah.pt/media/publicacoes_tecnicas_sector_saude_2/Doencas_Oncologicas.pdf.

O Tribunal optou por considerar que a Sra. Ellison não era inapta para o trabalho, reconhecendo mesmo “that a diagnosis of breast cancer is not synonymous with either death or disability”.⁴⁷ Enquanto a discriminação contra pessoas com deficiência é mais comum, em contrapartida, ninguém sabe quantos são os sobreviventes de cancro que são alvos de discriminação⁴⁸. Neste sentido, somos do entendimento que o nosso ordenamento jurídico tem de começar a adotar um conceito de deficiência mais alargado. Segundo MILENA ROUXINOL ⁴⁹ “Parece-nos claro que o conceito de deficiência vigente no espaço europeu tem uma largueza que permite, sem esforço, a inclusão do cancro nas suas fronteiras, de uma forma, porventura, mais natural do que no contexto americano.”

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos entendeu que a discriminação é o resultado da conduta arbitral e irracional, sem conexão à capacidade de executar a atividade laboral. Para suportar esta decisão, o Tribunal recorreu ao “*Americans with Disabilities Act (ADA)*”⁵⁰, trata-se de um estatuto anti-discriminação que procura conceder aos americanos que revelam incapacidades, a garantia de serem tratados de uma forma justa no emprego, educação, transportes, comunicações, lazer, instituições, serviços de saúde, sistemas de votação, bem como no acesso a outros serviços públicos. A promessa do ADA foi que todos os americanos deveriam ter igualdade de acesso e oportunidades, inclusive os americanos portadores de deficiência. Assim, existiria discriminação laboral quando o empregador não adotasse as medidas razoáveis de adaptação das condições de trabalho às características do portador de deficiência, exceto se fossem demasiado onerosas.

O desafio é antes de mais, o de fazer prova, na medida em que, a deficiência não será fácil de identificar. A este propósito, torna-se pertinente falar do caso *Nave v. Woodridge Construction, Inc* ⁵¹. O trabalhador contraiu a doença de Hodgkin, quando

⁴⁷ Jane Byeff Korn, “Cancer and the ADA: rethinking disability”, *Southern California Law Review*, 74 (2001): 403 e 404, dá o exemplo do cancro da mama.

⁴⁸ As estimativas são aproximadamente 25% de todos os sobreviventes de cancro já vivenciaram algum tipo de discriminação local de trabalho. Traduzindo-se na diminuição da carreira profissional ou despedimento.

⁴⁹ ROUXINOL, Milena Silva, “A tutela antidiscriminatória do trabalhador sobrevivente de cancro – subsídio para um enquadramento dogmático-normativo”, (em curso de publicação; cedido pela autora).

⁵⁰ A versão final da lei foi assinada no dia 26 de julho de 1990, pelo presidente George H. W. Bush.

⁵¹ Citado por, or Jane Byeff Korn, “Cancer and the ADA”, *cit.*, 422. A lei veio clarificar, dizendo que basta fazer prova que o empregador tratou de forma diferenciada o trabalhador. Podemos assim, concluir que o objetivo no direito antidiscriminação em razão da deficiência é o da adaptação, ou seja, a

regressou ao trabalho sentia alguma fadiga e depressão. O médico prescreveu que Nave deveria beneficiar de um horário de trabalho reduzido, bem como, realizar tarefas mais leves, mas a entidade empregadora recusou. Não satisfeito com a situação, o trabalhador invocou discriminação, contudo, o Tribunal entendeu que ele não conseguia provar que padecia de uma limitação significativa quanto à capacidade de prestar trabalho, por não ter demonstrado que teve outro emprego, ou seja, por estar apto para outros trabalhos não podia se considerar significativamente afetado ⁵².

4.5. As medidas de adaptação razoável

Uma importante conquista das pessoas com deficiência é a necessidade de realização de adaptação razoável, para evitar a discriminação na admissão do trabalhador que apresenta alguma espécie de deficiência, assim como, para permitir que este exerça qualquer profissão em igualdade de condições com outros trabalhadores.

Neste sentido, o artigo 5º da Diretiva 2000/78 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”.

No entanto, existe uma ressalva, se estas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal, não são exigidas. Dito de outra forma, qualquer ato de desfavor sobre um trabalhador é ilícito, por outro lado, se forem adoptadas as medidas razoáveis à condição do trabalhador, já, então, não se considerará existir discriminação negativa⁵³.

A norma do artigo 5º da Diretiva, tem de ser lida em consonância com o artigo 2º, n.º2, b) ponto ii) da mesma diretiva, uma vez que resulta que a discriminação indireta se descaracteriza, deixando de se tratar de ilicitude, relativamente às pessoas com uma

lei americana entende que a omissão pelo empregador das medidas de adaptação constitui um comportamento discriminatório. Trata-se de um particularismo da legislação americana.

⁵² A questão da prova foi também posta em causa, no caso Ellison e no caso Sutton v. United Air Lines, Inc.

⁵³ ROUXINOL, Milena Silva, “Revisitando a caducidade do contrato devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (maxime, por doença)”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2016 – II, pág. 139.

detreminada deficiência, “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 5º”.

Desta forma, pode dizer-se que adaptação razoável significa toda aquela que possibilita a integração da pessoa ao meio ambiente de trabalho, com acessibilidade, que possa ser realizado, considerando-se as possibilidades do empregador, com uso do bom senso, sendo a adaptação aceitável, suficiente, de boa qualidade, possibilitando que o trabalho possa ser realizado com segurança, desde que os gastos não sejam excessivos, comprometendo-se o desenvolvimento do empreendimento, justificando-se em razões sólidas.

A proibição da discriminação em razão da deficiência é diferente de outras formas de discriminação. Quando falamos na discriminação em razão da deficiência a questão centra-se na possibilidade de a pessoa portadora deste tipo de “doença” consiga ter uma vida ativa na sociedade, tendo os seus deveres, mas também os seus direitos, consiga ter acesso a um emprego e progredir nele. Enquanto na proibição de discriminação em razão da religião⁵⁴, em razão do sexo⁵⁵, o que se pretende é a igualdade entre todos os cidadãos.

Assim, nos termos do considerando 20, é necessário “rever 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”.

A realidade, diz-nos que, embora a Diretiva indique claramente que a adaptação razoável deve começar logo no processo do recrutamento, poucos países parecem estar cientes disto. Na maioria dos Estados de Membros não há nenhuma obrigação para que o empregador tome medidas prévias para fornecer a adaptação razoável. Há uma falta generalizada de elaboração a respeito de como este direito deve ser exercido na prática.

Sempre que existem, as definições nacionais do ónus desproporcionado, (como Portugal), referem-se geralmente aos custos envolvidos, aos recursos financeiros do negócio do empregador ou à possibilidade de obter financiamento público. Contudo, as

⁵⁴ Cfr. Lei 16/2001.

⁵⁵ Cfr. Lei 54/2006.

autoridades públicas geralmente dão a possibilidade legal de pagar aos empregadores os ajustamentos razoáveis realizados. Assim sendo, a Diretiva implica que uma falha injustificada em providenciar a adaptação razoável leva à discriminação.

5. Notas conclusivas

Após a entrada em vigor da lei n.º 23/2012, de 25 de junho, verificou-se uma mudança significativa da regulação jurídico-laboral. Passando a figura do despedimento por inaptidão a abarcar não apenas a hipótese de, introduções alterações, *maxime* tecnológicas, no posto de trabalho, como ainda a de, independentemente de qualquer modificação objetiva, o trabalhador revelar alguma quebra de produtividade.

Assim, e em relação aos trabalhadores portadores de deficiência restam-nos poucas dúvidas sobre a não conformidade destes trabalhadores em relação ao art.53.º da CRP, uma vez que, o despedimento por inaptidão é passível de afetar o grupo de trabalhadores portadores de deficiência, relativamente aos quais se mostra, então, indiretamente discriminatório. Contudo, não podemos ignorar o facto de o legislador ter tido, quanto a esta figura, o imperativo de especial proteção daquela categoria de trabalhadores (artigo 374º, n.º 3, do CT).

No que diz respeito ao dever de recolocação do trabalhador em posto de trabalho alternativo poderia enquadrar-se no âmbito do dever de adaptação razoável. Embora o artigo 375º, n.º1, alínea d), preveja aquele dever de recolocação como condição de validade do despedimento por inadaptação em sentido próprio, não quer dizer que tal regra se aplique ao despedimento por inadaptação em sentido impróprio, ou seja, por inaptidão. No entanto, parece-nos que esta regra seja extensível à figura de que temos vindo a falar. Para que não restem dúvidas há que consagrar expressamente na lei o dever de colocar o trabalhador em posto disponível e compatível. Assim, o trabalhador terá ainda direito a uma compensação por cessação, ao contrário do que sucede com a caducidade.

No plano internacional e europeu é evidente a preocupação de promoção do acesso ao emprego e permanência no mesmo da pessoa com deficiência. No plano internacional e europeu são vários os casos em que se pode evidenciar um conceito amplo de deficiência (conforme analisado anteriormente). Cremos, que existe uma certa falat de diálogo com o ordenamento americano, o qual facilitaria, por certo, uma mais

adequada leitura de certas disposições nacionais. Só assim, estaríamos verdadeiramente abrangidos por um princípio de igualdade e não discriminação.

6. Conclusão

Finda esta investigação, torna-se evidente que a preocupação com os níveis de desemprego não é um tema de hoje, muito pelo contrário. Representa uma preocupação social e económica dos Estados e seus governantes desde sempre, e não é difícil perceber porquê. Caberá fazer o melhor possível para equilibrar o desejo insaciável pelo desenvolvimento económico, sem pôr em causa o bem-estar social da sociedade. Na tentativa de prossecução deste objetivo, imperial é que, nos quadros legais que se fixarem, não se afaste a estabilidade e a segurança no emprego.

Com o aparecimento da figura do despedimento por inaptidão e, tendo em consideração a proteção dos trabalhadores torna-se importante a consagração na lei do dever de colocar o trabalhador em posto disponível e compatível.

Quanto ao direito anti-discriminatório em razão da deficiência e da proteção das pessoas portadoras de deficiência, apesar de ter caminhado muito num curto espaço de tempo, ainda há muito a percorrer. 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 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.

Neste sentido, deveriam ser criados mecanismos de proteção mais eficazes, permitindo um maior equilíbrio entre empregador e trabalhador. Para além disto, deveríamos adotar o modelo americano, – reconduzindo o cancro à deficiência, bem como o VIH e a obesidade.

Citando João Leal Amado⁵⁶, “quem não acompanha as mudanças, fica, inoperavelmente, para trás. E, as mudanças, nos dias que correm, sucedem-se a um ritmo vertiginoso. Em suma: quem não se adapta, morre!”.

⁵⁶ LEAL AMADO, João, “*Contrato de Trabalho*” 3ª edição, Coimbra Editora, 2011, pág. 393.

Bibliografia

CANOTILHO, Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Almedina, 2000.

CARVALHO, Catarina – *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

CORDEIRO, António Menezes – “Da Cessação do Contrato de Trabalho por Inadaptação do Trabalhador Perante a Constituição da República”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXIII, Nº 3 e 4, Almedina, Coimbra, 1991.

DRAY, Guilherme – *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999.

FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho – Edição Especial Comemorativa dos 40 nos*, 18ª edição, Almedina, 2017.

FERREIRA, Raquel Cabral, “*Despedimento por inadaptação e por inaptidão: algumas considerações à luz da reforma legislativa operada pela Lei nº23/2012 de 25 de junho*”, *Questões Laborais*, ano XXI, nº44, 2014.

GOMES, Júlio – “Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei nº23/2012 de 25 de junho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, Lisboa, abril-setembro 2012.

GOMES, Júlio - *Direito do Trabalho – volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

Kom, Jane Byeff – “Cancer And The ADA: Rethinking Disability”, *California Law Review*, 74, 2011.

LEAL AMADO, João - *O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a Lei nº23/2012, de 25 de junho*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3974, maio-junho 2012.

LEAL AMADO, João – *Contrato de Trabalho*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2011.

LEITE, Jorge – “A Reforma Laboral em Portugal”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona*, V3, nº3, Oct. 2013.

MARTINS, Pedro Furtado - *Cessação do contrato de trabalho*, 3ª edição, Principia, Cascais, 2012.

MOREIRA, Teresa Coelho - *A jurisprudência do TJUE sobre a discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência*, *Questões Laborais*, número especial, 2013.

MOREIRA, Teresa Coelho – *Igualdade e Não Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2013.

NETO, Joana - *Despedimento por inaptidão: reforma ou consagração legal do despedimento sem justa causa?*, 2ª edição, Almedina, Porto, fevereiro, 2016.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

ROUXINOL, Milena Silva – “Revisitando a caducidade do contrato devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (*maxime*, por doença)”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2016 – II.

ROUXINOL, Milena; NUNES, Joana Vicente, “Sobre a readaptação do (conceito de) trabalhador seropositivo (inadaptado?)”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, (coordenação de LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla), Volume V, Almedina, 2016, pp. 137-168.

ROUXINOL, Milena Silva – “Notas em torno do imperativo de inclusão do trabalhador portador de deficiência”, *Lex Social Revista de Derechos Sociales*, Vol.7 (2017), pp. 266-301.

ROUXINOL, Milena Silva – “A tutela antidiscriminatória do trabalhador sobrevivente de cancro – subsídio para um enquadramento dogmático-normativo”, (em curso de publicação; cedido pela autora).