



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
PORTUGUESA

# **O acesso e exercício do trabalho pelas pessoas portadoras de deficiência – em especial, as quotas de emprego**

Maria de Araújo Correia de Moraes Saraiva

Faculdade de Direito, Escola do Porto

Mestrado em Direito

2020







UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA

# **O acesso e exercício do trabalho pelas pessoas portadoras de deficiência – em especial, as quotas de emprego**

Dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho sob Orientação da Professora  
Doutora Milena Rouxinol

Maria de Araújo Correia de Moraes Saraiva

Faculdade de Direito, Escola do Porto

Mestrado em Direito

2020

*À minha avó Lai, que nos deixou este ano*

*Ao meu avô, João de Araújo Correia*

*“Disability need not be an obstacle to success. (...) In fact we have a moral duty to remove the barriers to participation, and to invest sufficient funding and expertise to unlock the vast potential of people with disabilities”*

*Stephen W. Hawking, 2011*

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carlos e Maria João, por tornarem isto (e tudo na minha vida) possível, e por serem tudo para mim.

À minha avó Adelaide, que este ano nos deixou, mas que será sempre um exemplo de vida para mim, pela sua bondade e simplicidade.

À minha avó Carmen, por ser a minha melhor amiga, por todos os ensinamentos, apoio incondicional e paciência, sobretudo.

Aos meus avôs, João e Simão, que cedo partiram, mas que em tudo serviram de inspiração para este meu caminho.

Aos meus tios, Ana e Paulo e aos meus primos Inês e Pedro, por serem uns pilares na minha vida.

Aos meus primos, Tozé e Xinha, por serem sempre os meus segundos pais.

Ao resto da família, agradeço a quem sempre acreditou em mim.

À Ana, Beatriz, Bernardo, Carolina, Francisca e Magda, por serem, à maneira de cada um, os melhores amigos que eu poderia ter.

À Carolina e à Marisa, por em tão pouco tempo serem tão mais do que colegas de trabalho.

À Clara, por ser a minha terceira avó e companheira do dia-a-dia.

À Ângela Vieira e à Dr<sup>a</sup>. Filomena Neto, por toda a amizade, ensinamentos e por sempre me incentivarem a concluir esta etapa com sucesso.

À Professora Doutora Milena Rouxinol, por ter criado em mim esta paixão pelo Direito do Trabalho e por me ter dado sempre a mão academicamente (não só, mas também).

Por fim, à Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, por ter sido a minha segunda casa nestes últimos seis anos.

## RESUMO/ABSTRACT

**Resumo:** A presente dissertação versa sobre o acesso e exercício do trabalho pelas pessoas portadoras da deficiência, revisitando a legislação internacional, europeia e nacional, e também a respetiva jurisprudência, com especial enfoque no conceito de discriminação positiva e quotas de emprego para tais cidadãos.

**Abstract:** The present dissertation concerns the access and exercise of a job by people suffering from disabilities, by reviewing the international, European and national legislation and revisiting the related case law, with special focus on the positive discrimination concept and employment quota for these citizens.

**Palavras-chave:** Deficiência, princípio da não discriminação e igualdade, medidas de ação positiva, quotas de emprego, adaptação razoável e período experimental.

**Keywords:** Disability, principle of non-discrimination and equality, affirmative action measures, employment quotas, reasonable accommodation and trial period.

# ÍNDICE

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>7</b>
<b>RESUMO/ABSTRACT</b> .....	<b>9</b>
<b>ÍNDICE</b> .....	<b>10</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	<b>12</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>14</b>
<b>1. DISCRIMINAÇÃO DOS TRABALHADORES EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA</b> .....	<b>14</b>
1.1. A NOÇÃO DE DEFICIÊNCIA PARA EFEITOS LABORAIS .....	16
1.2. MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO (NEGATIVA) - NOTA BREVE. ....	21
1.3. O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO NO ACESSO AO EMPREGO, EM PARTICULAR .....	24
<b>2. DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS</b> .....	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>34</b>
<b>3. AS QUOTAS NO ÂMBITO DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA</b> .....	<b>34</b>
3.1. NOÇÃO, FUNDAMENTO E UTILIDADE.....	34
3.2. AS QUOTAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS (DIPLOMAS) ..	37
3.3. ÂMBITO SUBJETIVO .....	43
3.4. EFEITOS DO NÃO CUMPRIMENTO .....	45
3.5. QUOTAS DE EMPREGO, PERÍODO EXPERIMENTAL E DEVER DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL.....	47
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>54</b>



## LISTA DE ABREVIATURAS

ACT- Autoridade para as Condições no Trabalho  
ART- Artigo  
CC- Código Civil  
CFR- Conferir  
CITE- Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego  
CPA- Código de Procedimento Administrativo  
CPTA- Código de Processo nos Tribunais Administrativos  
CRP- Constituição da República Portuguesa  
CT- Código do Trabalho  
IEFP- Instituto do Emprego e da Formação Profissional  
INR- Instituto Nacional para a Reabilitação  
LTFP- Lei do Trabalho em Funções Públicas  
NU- Nações Unidas  
OIT- Organização Internacional do Trabalho  
OMS- Organização Mundial da Saúde  
PP.- Página  
SS.- Seguintes  
TJ(UE)- Tribunal de Justiça (da União Europeia)  
UE- União Europeia

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação reflete sobre o acesso e exercício do trabalho pelas pessoas portadoras de deficiência, assunto este da maior importância, uma vez que se estima que 785 milhões de cidadãos a nível internacional possuam algum tipo de deficiência<sup>1</sup>.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 4/2019, de 10 de janeiro, que estabelece um sistema de quotas para os cidadãos portadores de deficiência no setor privado em Portugal, importa observar quais as suas vantagens e, também, quais as suas fragilidades obscuras, nomeadamente no que toca ao período experimental e às medidas de adaptação razoável.

Para tal, será necessário abordar o conceito de deficiência para efeitos laborais e as modalidades de discriminação, em especial, quanto ao acesso ao emprego destes cidadãos.

Neste âmbito, o conceito de discriminação positiva é de maior relevância, conjuntamente com os seus fundamentos jurídicos. Relacionado com tais medidas, serão estudadas as quotas de emprego, referindo-se a quem se aplicam e quais os efeitos do seu incumprimento.

Por fim, uma reflexão acerca do que se sucede no período experimental e o reflexo do dever de adaptação razoável.

---

<sup>1</sup> *World Report On Disability*, 2011, realizado pela OMS, disponível *in* [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report.pdf](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf)

## CAPÍTULO I

### *1. Discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência*

O artigo (art.) 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o princípio da igualdade, onde se lê que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e igualdade perante a lei, sem que ninguém seja “privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”. Ainda, o n.º do art. 26.º do mesmo diploma consagra a proibição geral de discriminação. Por seu turno, o art. 58.º consagra a promoção de medidas estatais que combatam a discriminação e estabeleçam a igualdade de oportunidades.

A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência é um problema a que só recentemente a doutrina se tem dedicado, pelo menos, entre nós. De facto, o paradigma mudou. Os cidadãos portadores de deficiência eram vistos como inaptos e, portanto, restava protegê-los sob a égide da segurança social. Hoje visa-se a integração de tais cidadãos na sociedade, aproximando-os o mais possível dos cidadãos considerados sem deficiência. Satisfatoriamente, cada vez mais se observa o reconhecimento dos seus direitos e deveres (e quanto a nós, bem), tal como aos restantes cidadãos<sup>2</sup>.

Inicialmente seguia-se um modelo médico de deficiência, nos termos do qual se centrava tal patologia numa questão biológica, e os cidadãos eram perspectivados como alvo de medidas de assistência e de proteção<sup>3</sup>. Considerava-se que estes cidadãos eram incapazes, dependentes, sendo que a deficiência era até vista como uma anomalia<sup>4</sup>. Este modelo centrava-se nas disfunções e nas incapacidades do indivíduo<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, *Igualdade e Não Discriminação, Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, p.165.

<sup>3</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, cit, p. 166.

<sup>4</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, *ibidem*.

<sup>5</sup> FIGUEIREDO, MARGARIDA SIMÕES (2017), “O exercício do Direito ao Trabalho da Pessoa com Deficiência Motora”, *Questões Laborais*, n.º 50, setembro, 2018, p. 40.

Tal paradigma mudou com a ascensão do movimento dos direitos civis das pessoas com deficiência, que teve início em 1990 nos EUA<sup>6</sup>, passando a existir um modelo social de deficiência. Iniciou-se a proibição de discriminação em razão da deficiência, criando-se até legislação anti discriminatória nesse âmbito. Foi nesse momento que se denotou o alcance da discriminação destes cidadãos quanto ao acesso ao mercado de trabalho, recrutamento, execução do contrato de trabalho e cessação deste<sup>7</sup>.

O *American Disabilities Act*, de 1990, destacou-se, também, por ter regulado a noção de adaptação razoável, influenciando diversos instrumentos jurídicos de vários países, o que em muito favoreceu o respeito pelos direitos humanos destes cidadãos e a adaptação do ambiente em que vivem, para poderem viver condignamente em sociedade<sup>8</sup>.

Desde 1970 que se destacou o modelo biopsicossocial ou relacional<sup>9</sup> de deficiência, defendido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), modelo esse que se pauta pela criação de legislação antidiscriminatória, e pela criação de condições para a participação destes cidadãos, relacionando as condições de saúde com o ambiente social. Este modelo realça as consequências da “interação entre funções do corpo, estruturas do corpo, atividades e participação e fatores ambientais”<sup>10</sup>. A OMS reconheceu que nem o modelo médico, nem o modelo social eram suficientes para dar resposta aos cidadãos portadores de deficiência<sup>11</sup>.

Na União Europeia, sofrem de algum tipo de deficiência 80 milhões de pessoas, representando tal número cerca de 15% da população. Em Portugal<sup>12</sup>, de acordo com as

---

<sup>6</sup> Secção 1201 do *American Disabilities Act* de 1990.

<sup>7</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, cit, p.167.

<sup>8</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, *ibidem*.

<sup>9</sup> FIGUEIREDO, MARGARIDA SIMÕES, cit, p. 40.

<sup>10</sup> FONTES, FERNANDO, “Pessoas com Deficiência e Políticas Sociais em Portugal: Da caridade à cidadania social, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, volume 86, 2009, pp. 73-93, disponível in <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/33764/1/Pessoas%20com%20defici%C3%Aancia%20e%20pol%C3%ADticas%20sociais%20em%20Portugal%20Da%20caridade%20%C3%A0%20cidadania%20social.pdf>.

<sup>11</sup> OMS, *Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health*, Genebra, 2002.

<sup>12</sup> Note-se que se tem vindo a verificar mais queixas em Portugal por motivos de discriminação em razão da deficiência. Cfr MESTRE, BRUNO, “Sobre o Conceito de Discriminação numa Perspetiva Contextualizada Comparada”, in *Estudos dedicados ao Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Direito e Justiça*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2015, p. 382.

estatísticas do Instituto Nacional de Estatística em 2012, estima-se que cerca de 16% das pessoas, entre os 15 e os 64 anos, tinham graves problemas de saúde, ainda que com maior taxa de incidência na população feminina (cerca de 44,5%).

### 1.1. A noção de deficiência para efeitos laborais

Importa referir-nos à noção de deficiência, noção que inexiste na sua plenitude, por se tratar de um conceito abstrato e em evolução<sup>13</sup>. Apesar da abundante legislação nesta temática, a realidade demonstra-nos que tal legislação não é suficiente para atenuar os comportamentos discriminatórios face a estas pessoas<sup>14</sup>.

Para MARGARIDA SIMÕES, a deficiência pode definir-se como “uma perturbação, congénita ou adquirida, nas funções ou estruturas do corpo, que desafia a relação da pessoa que a possui com a sociedade e consigo mesma”.<sup>15</sup>

A deficiência é definida como um problema “nas funções ou estruturas do corpo, como um desvio importante ou uma perda, que limita ou condiciona a atividade e participação em condições de igualdade<sup>16</sup> com a sociedade”. Compreende-se que, “à primeira vista, esta condição do trabalhador, pode parecer inimiga de tão apregoada competitividade empresarial, conceito que frequentemente confronta a sociedade atual, todavia cumpre ao legislador minimizar essa desvantagem (...)”<sup>17</sup>.

A nível internacional, a Convenção n.º 159<sup>18</sup> da Organização Internacional do Trabalho (OIT), adotada a 20 de junho de 1983, e a Recomendação n.º 168 da OIT, de 20 de junho de 1983, no mesmo sentido, consideram que integra o conceito de deficiência “toda e qualquer pessoa, cujas perspetivas de encontrar e de conservar um emprego conveniente, assim como de progredir profissionalmente, estão sensivelmente

---

<sup>13</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, cit, p.174.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, MARGARIDA SIMÕES, cit, p. 39.

<sup>15</sup> FIGUEIREDO, MARGARIDA SIMÕES, cit, p. 38.

<sup>16</sup> OMS, CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, Direção-Geral da Saúde, Lisboa, 2004, p.13.

<sup>17</sup> FALCÃO, DAVID/ SÉRGIO TOMÁS, *Lições de Direito do Trabalho- A Relação Individual de Trabalho*, 1ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2014, p. 127.

<sup>18</sup> Ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 63/98, de 9 de outubro de 1998.

diminuídas em consequência de uma deficiência física ou mental devidamente reconhecida”<sup>19</sup>.

Na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>20</sup>, lê-se no art. 1.º que são “pessoas com deficiência aquelas que têm incapacidades duradoras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, quem em interação com várias barreiras pode impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros”. Na alínea e) do mesmo diploma, pode ler-se que “a deficiência resulta da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas”, denotando que este é um conceito em evolução.<sup>21</sup> Note-se que, este é um “conceito amplíssimo”<sup>22</sup>, deixando uma larga margem de manobra aos estados para o definirem. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que mais à frente referiremos, “evidencia uma mudança de perspectiva, ou mesmo de paradigma, quanto ao recorte da categoria em causa, evolução a que, evidentemente, não é alheio o facto de, a União Europeia ter ratificado a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência”.<sup>23</sup> Com a adoção da Convenção, as instituições da UE têm de implementá-la e aplicá-la, no que toca à dignidade, inserção e participação na sociedade das pessoas com deficiência (art. 3.º).

Também o art. 15.º da Carta Social Europeia revista é relevante, uma vez que os Estados comprometem-se a “favorecer o seu acesso ao emprego por meio de toda e qualquer medida suscetível de encorajar os empregadores a contratarem e a manterem em actividade pessoas com deficiência no meio usual de trabalho e a adaptarem as condições de trabalho às necessidades dessas pessoas ou, em caso de impossibilidade motivada pela deficiência, mediante a adaptação ou a criação de empregos protegidos em função do grau de incapacidade”.

Tendo em conta as disposições de carácter internacional, a Lei n.º 38/2004, de 18 de Agosto, que estabelece as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação,

---

<sup>19</sup> Art. 1.º da Convenção n.º 159 da OIT.

<sup>20</sup> Ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de maio.

<sup>21</sup> Art. 1.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

<sup>22</sup> ROUXINOL, MILENA, “Notas em Torno do Imperativo de Inclusão do Trabalhador Portador de Deficiência”, *Lex Social – Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n.º 7, 2017, p. 271.

<sup>23</sup> ROUXINOL, MILENA, *ibidem*.

reabilitação e participação da pessoa com deficiência, considera no artigo 2.º a pessoa com deficiência como aquela que “por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a atividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas”.

Cabe ainda referir o Decreto-Lei n.º 290/2009, de 12 de outubro, que criou o Programa de Emprego e Apoio à Qualificação das Pessoas com Deficiências e Incapacidades. Ainda que referente ao diploma em apreço, considera-se na alínea a) do artigo 4.º que são pessoas que têm “limitações significativas ao nível da atividade e da participação num ou vários domínios da vida, decorrentes de alterações funcionais e estruturais, de caráter permanente, e de cuja interação com o meio envolvente resultem dificuldades continuadas, designadamente ao nível da obtenção, da manutenção e progressão no emprego”. A alínea b) do mesmo artigo refere que o diploma se refere aos cidadãos que possuam “capacidade produtiva inferior a 90 % (...)”.

O Código do Trabalho (CT) dedica a Subsecção VII ao trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, estabelecendo nos artigos 85.º e seguintes uma subsecção específica quanto aos trabalhadores com deficiência ou doença crónica, mas não definindo o conceito de deficiência, doença crónica nem de doença oncológica. Note-se que, seguindo a mesma orientação do direito da união europeia, também entre nós se considera que as doenças prolongadas se reconduzem à categoria de deficiência, dando expressão ao princípio da interpretação conforme. Tais trabalhadores portadores de deficiência, têm diferentes formas de duração e organização do tempo de trabalho, estando dispensados do regime da adaptabilidade, banco de horas ou horário concentrado (art. 87.º n.º 1 al. a), da prestação de trabalho noturno (art. 87.º n.º 1 al. b) e não são obrigados a prestar trabalho suplementar (art. 88.º).

Dada a incompletude da legislação nacional e internacional na definição do conceito de deficiência, importa fazer uma breve referência a acórdãos do TJUE.

O primeiro aresto referente a esta matéria é o Acórdão *Chacón Navas*<sup>24</sup>. *Chacón Navas*, trabalhadora na empresa Eurest, sofria de uma doença nos ossos que lhe causava dores e por isso faltava ao trabalho frequentemente com justificação médica. A

---

<sup>24</sup> Acórdão de 11 de julho de 2006, Processo C-13/05.

trabalhadora foi colocada em situação de baixa por doença. Mais tarde, a trabalhadora foi notificada de uma decisão de despedimento, ainda quando estava em período de baixa, sem motivo justificativo. S. Intentou uma ação no Tribunal Espanhol, com vista a que o seu despedimento fosse considerado nulo, em vez de irregular, invocando que a nulidade provinha de o despedimento padecer de igualdade de tratamento e de discriminação em razão da deficiência, por esta estar de baixa há 8 meses. S., pretendia ainda ser reintegrada. Quanto ao conceito de deficiência<sup>25</sup>, o Tribunal diz que deve ser objeto de interpretação autónoma e uniforme, referindo no parágrafo 43 que “o conceito de deficiência deve ser entendido no sentido 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 Tribunal, apesar de nos dar esta definição, diz que o art. 1.º da Diretiva apenas se refere a deficiência e não a doença, sendo que as “incapacidades físicas, mentais ou psíquicas”, podem constituir uma doença. Ainda, e não menos importante, refere no parágrafo 45 que tais limitações devem ser de longa duração. Deste modo, o Tribunal refere que uma pessoa que foi despedida por motivos de doença não está abrangida pelo quadro da Diretiva<sup>26</sup>. O Tribunal refere ainda que a doença não pode ser considerada como uma característica adicional em relação aos fatores de discriminação elencados na Diretiva.

MILENA ROUXINOL refere que “Tal decisão foi amplamente criticada pela doutrina, não somente em virtude da estreiteza com que se desenhou o conceito de deficiência, mas também pela indefinição a que se votou a distinção entre tal condição e a situação de doença”<sup>27</sup>. PEDRO CABRAL diz-nos também que “as soluções por ele (tribunal) consagradas no que respeita à interpretação da diretiva ficam bastante aquém das elevadas expectativas que a adoção da mesma originara, traduzindo-se, em última instância, numa conceção insuficientemente protetora das pessoas portadoras de deficiências pelo direito comunitário”<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Parágrafo 42.

<sup>26</sup> Parágrafo 52.

<sup>27</sup> ROUXINOL, MILENA, cit, p.272.

<sup>28</sup> CABRAL, PEDRO, “O Conceito de Deficiência na Diretiva 2000/78/CE”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Dezembro, Volume três, 2007, p. 1.

No acórdão *HK Dinamarca*<sup>29</sup>, voltou a perguntar-se se os casos de duas trabalhadoras eram um caso de doença ou deficiência. Uma das trabalhadoras, *Jette Ring*, tinha dores não tratáveis na zona lombar e faltava frequentemente ao trabalho. O direito dinamarquês tinha uma norma que dizia que os trabalhadores ao faltarem mais que 120 dias por doença, sem perda de retribuição, podiam ser despedidos pela entidade empregadora, com um pré-aviso de um mês, que era um período menor face ao período de pré-aviso previsto para os restantes trabalhadores. A trabalhadora foi despedida, mas depois foi contratada a tempo parcial por outra entidade patronal. A outra trabalhadora foi despedida em circunstâncias semelhantes, em virtude de ter dores graves devido a uma doença, sendo que só poderia trabalhar 8 horas por semana, a um ritmo adaptado. Perguntou-se ao TJUE, se eram portadoras de deficiência, sendo que de acordo com o Acórdão *Chacón Navas* não o eram e o que distinguia a doença da deficiência.

Entre um processo e outro, a UE ratificou a Convenção das NU sobre os direitos das pessoas com deficiência e neste último Acórdão o TJUE apresenta um conceito de deficiência semelhante ao da Convenção: “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”<sup>30</sup>, e que essas incapacidades de acordo com o n.º 2 do art. 1.º da Convenção, devem ser duradouras<sup>31</sup>. O Tribunal diz que uma doença curável ou incurável, duradoura, enquadra-se no conceito de deficiência. Passou-se, assim, de um modelo médico para um modelo biopsicossocial<sup>32</sup> de deficiência.

Nos Acórdãos *Coleman e Kaltoft*<sup>33</sup>, houve referências ao conceito de deficiência. No primeiro, o Tribunal considerou existir discriminação em razão da deficiência, por associação numa situação de assédio moral a uma trabalhadora mãe de uma criança deficiente. No segundo, o Tribunal considerou não existir discriminação em razão da deficiência, por motivos de obesidade, quando a obesidade for imputável ao próprio.

---

<sup>29</sup> Processos C-335/11 e C-337/11 Acórdão de 11 de abril de 2013.

<sup>30</sup> Acórdão *HK Dinamarca*, de 11 de Abril de 2013, parágrafo 38.

<sup>31</sup> Parágrafo 39.

<sup>32</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, cit, p. 193.

<sup>33</sup> 17 de julho de 2008, Processo C-303/06 e 18 de dezembro de 2014, Processo C-354/13.

Recentemente, no Acórdão *DW*<sup>34</sup>, o TJUE considerou que se deve interpretar o art. 2.º, n.º2, al. b), ii), da Diretiva 2000/78, no sentido em que o despedimento por “razões objetivas” de um trabalhador com deficiência, pelo facto de preencher os critérios de seleção tomados em consideração para determinar as pessoas a despedir, a saber, apresentar uma produtividade inferior a uma determinada taxa, uma menor polivalência nos postos de trabalho da empresa e uma taxa de absentismo elevada, constitui uma discriminação indireta em razão de deficiência, na aceção desta disposição, exceto se a entidade empregadora tiver previamente realizado as adaptações razoáveis, na aceção do artigo 5.º da referida diretiva.

## 1.2. Modalidades de discriminação (negativa) - nota breve.

O princípio da igualdade e não discriminação entre os trabalhadores está consagrado genericamente no art. 13.º da CRP, no art. 59.º da CRP, no n.º 2 do art. 23.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção n.º 111 da OIT, de 1958<sup>35</sup>, nos n.ºs 2 e 3 do art. 2.º do Pacto Económico dos Direitos Sociais e Culturais, no art. 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nos arts. 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no art. 7.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O princípio da não discriminação é um reflexo do princípio da igualdade<sup>36</sup>, existindo entre ambos uma “ligação natural”<sup>37</sup>. Tal princípio “não se baseia unicamente no princípio da igualdade de tratamento entre os trabalhadores (...) vem diretamente de um princípio muito mais amplo, o da igualdade dos seres humanos entre eles”<sup>38</sup>. Para CATHERINE BARNARD, o princípio da não discriminação preenche a lacuna da vertente formal do princípio da igualdade<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Acórdão do TJUE, de 11 de setembro de 2019, Processo C-397/18.

<sup>35</sup> MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 8ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2017, p. 383.

<sup>36</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho, Sua Aplicabilidade no Domínio Específico de Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, 1ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 1999, p. 103.

<sup>37</sup> MESTRE, BRUNO, cit, p. 379.

<sup>38</sup> Cfr. AUZERO, GILLES, *Droit du Travail*, 32 Édition, Dalloz, Paris, 2019, p. 885.

<sup>39</sup> BARNARD, CATHERINE, “Gender Equality in the EU”, *EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999.

O art. 13.º da CRP consagra o princípio da igualdade, princípio estruturante do Estado de direito democrático, um direito liberdade e garantia, que se apresenta como um direito subjetivo<sup>40</sup>, num sentido de igualdade formal perante a lei, numa perspetiva em que, aquando da aplicação da lei, não serem tidos em conta os destinatários<sup>41</sup>, parecendo que independentemente das desigualdades, todos os cidadãos deveriam ser tratados de igual forma pelo legislador<sup>42 43</sup>. De facto, numa outra vertente, encontramos a igualdade material<sup>44</sup>, que melhor espelha as necessidades dos cidadãos, da qual resulta “a obrigatoriedade de tratamento desigual de situações desiguais como forma de compensar a desigualdade de oportunidades e de tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes”<sup>45</sup>, que não é mais do que “tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é diferente”<sup>46</sup>.

Como refere MENEZES LEITÃO, o princípio da igualdade é um dos princípios fundamentais do direito do trabalho<sup>47</sup>, sendo proibido ao empregador a prática de atos discriminatórios, tal consubstanciando num dever para este de tratar os trabalhadores de forma igual<sup>48</sup>.

O n.º 1 do art. 25.º do CT consagra o princípio da proibição da discriminação, onde se lê que “o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta”, em função da “ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica” (n.º 1 do art. 24.º do CT).

---

<sup>40</sup> GOMES CANOTILHO, J.J./VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 337.

<sup>41</sup> MESTRE, BRUNO, cit, p.380.

<sup>42</sup> O princípio da igualdade tem como dimensão a dimensão formal, que assenta na ideia de igualdade de todos, independentemente do seu nascimento e status- Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J./VITAL MOREIRA, cit, p. 337.

<sup>43</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Igualdade*, cit, p. 103.

<sup>44</sup> Neste sentido, a dimensão social do princípio da igualdade, que impõe a eliminação das desigualdades, de modo a atingir uma igualdade real entre os cidadãos. Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J./VITAL MOREIRA, cit, p. 337.

<sup>45</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Igualdade*, cit, p. 107.

<sup>46</sup> MESTRE, BRUNO, cit, p. 380.

<sup>47</sup> MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL, *Direito do Trabalho*, 2.ª Edição Almedina Editora, Coimbra, p. 185.

<sup>48</sup> FERNANDES, MONTEIRO, “O Princípio da Igualdade de Tratamento no Direito do Trabalho”, in *Estudos Ferrer Correia*, III Volume, Almedina Editora, Coimbra, 1984, p. 1014-1015.

Como modalidades da discriminação negativa, temos a discriminação direta que configura a modalidade mais comum e mais notável<sup>49</sup> de discriminação, sendo que a al. a) do n.º 1 do art. 23.º estabelece que “sempre que, em razão de um fator de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável”<sup>50</sup> e, no mesmo sentido, o art. 2.º n.º 2 al. a) da Diretiva 2000/78. Tal modalidade, obriga à existência de um comparador entre dois ou mais trabalhadores que se encontrem em situações semelhantes<sup>51</sup>, sem terem de ser situações iguais, quando um deles seja alvo de um tratamento discriminatório<sup>52</sup>. Outrossim, a discriminação indireta está consagrada na al. b) do n.º 1 do art. 23.º e no art. 2.º n.º 2 al. b) da Diretiva 2000/78 que consagra que tal acontece “sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”, sendo necessário que tais disposições ou critério sejam desproporcionados<sup>53</sup>, de forma a que não se ultrapasse os limites do que é adequado para se atingir o objetivo visado<sup>54</sup>. É necessário fazer um juízo de comparação entre dois ou mais trabalhadores em situações semelhantes, a fim de se aferir se um deles é prejudicado por força de uma prática ou norma que aparentemente produza um efeito neutro, mas que tem efeitos negativos em relação a um dos trabalhadores<sup>55</sup>. As duas modalidades diferem entre si, na medida em que na

---

<sup>49</sup> MESTRE, BRUNO, cit, p. 383.

<sup>50</sup> AUZERO, GILLES, cit, p. 885, no sentido em que uma comparação com outros funcionários, pode não ser necessária para provar uma discriminação direta.

<sup>51</sup> Cfr. N.º 1, al. c) do art. 23.º do CT e FALCÃO, DAVID, SÉRGIO TOMÁS, *Lições de Direito do trabalho*, 1ª Edição Almedina Editora, Coimbra, 2014, pp. 100, considerando que o trabalho igual se refere a funções realizadas para o mesmo empregador e que, a natureza das funções tenha a mesma quantidade e qualidade.

<sup>52</sup> FALCÃO DAVID, SÉRGIO TOMÁS, cit, p.100.

<sup>53</sup> MESTRE, BRUNO, cit, p. 397.

<sup>54</sup> QUINTAS, PAULA, HÉLDER QUINTAS, *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, Almedina Editora, Coimbra, 2010, p.219.

<sup>55</sup> FALCÃO DAVID, SÉRGIO TOMÁS, cit, p.100.

discriminação indireta o relevo não é o tratamento diferenciado, mas sim nos efeitos diferenciados<sup>56</sup>.

Assim, o conceito de discriminação tem como base uma comparação que tanto pode ser em relação a um indivíduo concreto, leia-se, um comparador real, quer em relação a um indivíduo hipotético (comparador hipotético), de modo a que o julgador avalie se quem atuou de modo discriminatório atuaria do mesmo modo, se não existisse um fundamento proibido<sup>57</sup>.

### 1.3. O problema da discriminação no acesso ao emprego, em particular

A al. b) do n.º 1 do art. 59.º da CRP consagra o princípio da igualdade de oportunidades que encontra a sua maior expressão no acesso ao emprego, mormente no que toca aos trabalhadores portadores de deficiência. O princípio da igualdade de oportunidades manifesta-se em virtude da tradição ideológica do princípio da igualdade, na vertente liberal, na medida em que o princípio da igualdade de oportunidades se baseia no direito a condições justas, num sentido de igualdade formal, e, na sua vertente social, na medida em que se visa a obtenção de uma igualdade real, através da intervenção estatal<sup>58</sup>. Tal princípio mais não é, como refere GUILHERME DRAY, do que “colocar todos os cidadãos no mesmo ponto de partida, a parti do qual cada um deles, de acordo com os seus próprios meios e méritos, poderia livremente partir para a realização do seu sucesso”<sup>59</sup>. O problema reside em tratar os cidadãos de forma idêntica, numa lógica de igualdade de oportunidades, aquando da existência de desigualdades, o que só acentua as desigualdades sociais já existentes<sup>60</sup>, daí a necessidade da intervenção da vertente material do princípio da igualdade.

---

<sup>56</sup> Agência dos Direitos Fundamentais da UE, Conselho da Europa, Manual sobre a legislação europeia-Antidiscriminação, 2010, p. 33.

<sup>57</sup> MESTE, BRUNO, cit, p. 383.

<sup>58</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Igualdade*, cit, p. 89.

<sup>59</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Igualdade*, cit, p. 90.

<sup>60</sup> DRAY, GUILHERME, *ibidem*.

Tendo em conta o teor dos arts. 23.º e ss. do CT, desenvolve-se o princípio constitucional da igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso ao emprego<sup>61</sup>. Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 24.º do CT, “o trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego (...) não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de (...) capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica”. Cumpre referir também o n.º 2 do mesmo preceito, que dispõe que tal direito de igualdade no acesso ao emprego, respeita a “critérios de seleção e a condições de contratação”. Tais disposições expressam o princípio da igualdade consagrado no art. 13.º da CRP, mas também do art. 59.º da CRP, quanto aos direitos dos trabalhadores, ainda, a liberdade de acesso à função pública e a cargos públicos (arts. 47.º e 50.º da CRP) e, em primeira linha, consagra a mais forte expressão do direito ao trabalho (art. 58.º da CRP). Como refere ROSÁRIO PALMA RAMALHO, quanto ao “princípio constitucional da igualdade e às respectivas projecções no texto constitucional em matéria de escolha da profissão, acesso ao emprego e progressão na carreira e igualdade salarial, beneficiamos do facto de a nossa Constituição ser um diploma jovem com uma preocupação notável em matéria de direitos fundamentais”<sup>62</sup>. Tal proibição de discriminação é mitigada pelo teor do n.º 2 do art. 25.º do CT, onde se admitem disposições, critérios ou práticas diferenciadas, tendo em conta a capacidade de trabalho reduzida, deficiência e doença crónica, verificados determinados requisitos<sup>63</sup>.

O acesso ao emprego consubstancia uma expressão do princípio da igualdade vertente no art. 13.º da CRP que, em determinados casos, pressupõe uma obrigação de diferenciação, para atenuar o desequilíbrio de oportunidades, o que poderá

---

<sup>61</sup> RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II- Situações Laborais Individuais*, 6ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 175.

<sup>62</sup> PALMA RAMALHO, ROSÁRIO, “Igualdade e Não Discriminação em Razão do Género no Domínio Laboral-Situação Portuguesa e Relação com o Direito Comunitário. Algumas notas”, in *Estudos do Direito do Trabalho, vol. I*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 229.

<sup>63</sup> Cfr. CARVALHO, CATARINA “1) decorrer da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto em que a mesma é exercida; 2) a característica diferenciadora for justificável e determinante para o exercício dessa atividade; 3) o objetivo for legítimo; 4) e respeitar o princípio da proporcionalidade”, in Congresso na Universidade de Compostela, *A Promoção e Protecção do Emprego dos Trabalhadores Portadores de Deficiência no Direito Português*, p.7.

consubstanciar-se a eliminação, a cargos dos poderes públicos, de desigualdades, mormente de cariz económico e cultural.<sup>64</sup>

Para GUILHERME DRAY, “trata-se de uma matéria absolutamente decisiva na afirmação da dignidade no trabalho e da cidadania do trabalhador, enquanto concretização do princípio da proteção do trabalhador”<sup>65</sup>, no sentido em que “as oportunidades devem estar abertas a todos, sem que alguém seja excluído”<sup>66</sup>.

Também no n.º1 do art. 27.º da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, se pode ler que “Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a trabalhar, em condições de igualdade com os demais; isto inclui o direito a oportunidade de ganhar a vida através de um posto de trabalho de escolha livre ou aceite num mercado e ambiente de trabalho aberto, inclusivo e acessível a portadores de deficiência”.

De acordo com a Diretiva 2000/78 e com a Diretiva 2006/54/CE, de 5 de junho de 2006, a título de exemplo, e com a Jurisprudência do TJUE, tais instrumentos normativos comprimem a liberdade negocial do empregador na celebração de contratos de trabalho<sup>67</sup>, exprimindo-se, por exemplo, nos anúncios de ofertas de emprego.

Também no art. 15.º da Carta Social Europeia, se faz referência ao acesso ao emprego, devendo os Estados comprometerem-se a favorecer o emprego aos cidadãos com deficiência, ou criando e adaptando empregos protegidos, consoante o grau de incapacidade.

A Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto de 2006, faz referência a este tema no art. 5.º, dispondo que serão considerados atos discriminatórios os critérios ou medidas que subordinem a “fatores de natureza física, sensorial ou mental, a oferta de emprego (...) a recusa de contratação”, em anúncios de oferta de empregos ou outros modos de recrutamento.

Não há total discricionariedade das partes aquando da celebração de um contrato de trabalho. Assim, o direito do trabalho exige que sejam impostas limitações à autonomia privada do empregador, aquando da formação do contrato de trabalho, de

---

<sup>64</sup> GOMES CANOTILHO, JJ., VITAL MOREIRA, cit, p. 339.

<sup>65</sup> DRAY, GUILHERME, Anotação ao artigo 24.º do Código do Trabalho, in AAVV, *Código do Trabalho Anotado*, 12ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2020, p. 124.

<sup>66</sup> DRAY, GUILHERME, Anotação ao artigo 24.º do Código do Trabalho, in AAVV, *Código do...*, cit, p. 125.

<sup>67</sup> RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, cit, p. 174.

forma a precaver o trabalhador de circunstâncias que possam pôr em causa a sua dignidade, mormente, quanto à violação do princípio da igualdade<sup>68</sup>. Para GUILHERME DRAY, aquando do processo de formação do contrato de trabalho, existirá discriminação caso se verifiquem os seguintes três elementos cumulativamente: um elemento objetivo, que se refere à existência de uma prática discriminatória que atribua ou privilégios, ou benefícios e prejuízos, baseados num dos fatores discriminatórios, dos quais faz parte a deficiência; um elemento subjetivo, que não é mais do que um elemento intencional diferenciador de uma categoria de trabalhadores e, por fim, um elemento causal, que consiste na violação do princípio da igualdade<sup>69</sup>. Como refere MENEZES CORDEIRO, “antes da celebração de qualquer contrato, e independentemente mesmo de ele vir a surgir, há deveres de conduta a cargo das partes: elas devem respeitar o princípio da boa fé, sob pena de *culpa in contrahendo*”<sup>70</sup>. No mesmo sentido, LEAL AMADO, sujeita a celebração do contrato de trabalho ao princípio da liberdade contratual, positivado no art. 405.º do CC, num corolário com o princípio da igualdade no acesso ao emprego (arts. 13.º e 58.º n.º 1, al. b) CRP)<sup>71</sup>. Também para PEDRO ROMANO MARTINEZ, o princípio da igualdade de tratamento, com expressão no acesso ao emprego, existe não só no exercício do contrato de trabalho, mas também no momento anterior de seleção de candidatos, com vista à futura celebração de um contrato de trabalho<sup>72</sup>. Desta forma, tais restrições consubstanciam limitações ao poder de direção do empregador, tanto a nível de limites gerais resultantes das garantias dos trabalhadores, como a nível de limites excepcionais, decorrentes do princípio da igualdade e não discriminação<sup>73</sup>.

A nosso ver, tal proibição de discriminação consubstancia uma restrição à liberdade contratual da entidade empregadora<sup>74</sup>, ainda que tal seja justificado por

---

<sup>68</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina Editora, Coimbra, 2015, p. 541.

<sup>69</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Proteção*, cit, p. 568.

<sup>70</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito do Trabalho*, 1ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 1953, p. 557.

<sup>71</sup> AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 168.

<sup>72</sup> MARTINEZ, PEDRO ROMANO, cit, p. 384.

<sup>73</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Proteção*, cit, p. 541.

<sup>74</sup> Cfr CASTILLO, MARIA DEL MAR RUIZ, *Igualdade y No Discriminación. La Protección sobre el Tratamiento Laboral de la Discapacidad*, 1ª Edição, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 45, no sentido em que tal consubstancia uma restrição à liberdade de empresa.

razões de atenuação da discriminação aquando do acesso ao emprego. Tal não significa que, apesar da limitação negocial do empregador, de forma a prevenir e atenuar possíveis violações ao princípio da igualdade, exista uma total eliminação da liberdade negocial do empregador ou uma obrigação de contratar determinados trabalhadores, pelo contrário, o que existe é uma atenuação de tal liberdade, de forma a concretizar-se o princípio de proteção do trabalhador.<sup>76</sup>

De salientar que, é no processo de formação do contrato de trabalho que, atenta a fragilidade dos candidatos e o desequilíbrio destes em relação com a entidade empregadora, que as práticas discriminatórias são mais visíveis<sup>77</sup>. O que torna a posição dos candidatos mais fragilizada é o facto de que “durante o processo de formação negocial, não existe ainda situação jurídico-laboral e as normas de proteção típicas do direito do trabalho, de um modo geral, ainda não se fazem sentir”.<sup>78</sup> O acesso ao emprego deve ser livre e ter a maior amplitude possível, sem atentar contra a dignidade da pessoa humana, mas tendo em conta a aptidão dos candidatos<sup>79</sup>, tanto na celebração do contrato de trabalho, no concurso quando exista, e na desenvoltura da relação laboral<sup>80</sup>.

O candidato a emprego que seja discriminado, nos termos do art. 28.º do CT, terá direito a ser indemnizado por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos, sendo que tal indemnização abrange os comportamentos discriminatórios da fase de execução contratual, e também nos seus preliminares, gerando responsabilidade civil nos termos gerais (artigos 483.º, 496.º e 799.º do CC). Atente-se que, no domínio do acesso ao emprego, não se julga viável a obrigação de admitir o candidato excluído, uma vez que tal configuraria uma limitação à liberdade empresarial, restando apenas ao candidato a eventualidade de receber uma indemnização<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup>AUZERO, GILLES, cit, p. 363-365.

<sup>76</sup> DRAY, GUILHERME, *Princípio da Proteção*, cit, p. 541.

<sup>77</sup> DRAY, GUILHERME, *Princípio da Proteção*, cit, p. 556.

<sup>78</sup> DRAY, GUILHERME, *Princípio da Proteção*, cit, p. 556.

<sup>79</sup> ARNESON, RICHARD, *Equality of Opportunity*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta, 2015, pp. 1, disponível in: <https://plato.stanford.edu/entries/equal-opportunity/>

<sup>80</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, cit, p. 582.

<sup>81</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho, Sua Aplicabilidade no Domínio Específico de Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, 1ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 1999, p. 84.

## ***2. Discriminação positiva: considerações gerais e fundamentos jurídicos***

As medidas de ação positiva surgiram nos EUA, aquando do combate da discriminação racial<sup>82</sup>. De acordo com o disposto no art. 27.º do CT, as medidas de ação positiva, traduzidas numa medida legislativa de duração limitada que beneficia determinado grupo, não são consideradas como discriminatórias, mediante esse grupo seja considerado como desfavorecido com base num fator de discriminação, com o objetivo de garantir o exercício em condições de igualdade dos direitos previstos na lei, ou de forma a corrigir desigualdades no âmbito social<sup>83</sup>. As medidas de ação positiva não mais são que discriminações positivas a favor de determinadas categorias ou grupos de cidadãos, mormente pessoas que se encontram em desvantagem perante os restantes grupos de cidadãos, em razão das debilidades inerentes a tais grupos, sendo que as medidas têm como objetivo a fomentação de uma igualdade de oportunidades material e efetiva e, assim, tais medidas são conformes ao princípio da igualdade<sup>84</sup>.

Tais medidas configuram um importante mecanismo de inclusão social, que fomenta o bem estar coletivo, ainda que tal implique o prejuízo de certas categorias de trabalhadores, mas que sempre serão necessárias para atingir a igualdade social<sup>85</sup>. As medidas de ação positiva são um reflexo da dimensão corretiva do estado, que visam em primeira linha aligeirar as desigualdades no exercício de determinados direitos<sup>86</sup>. Consubstanciando diferentes formas de tratamento face a outros cidadãos, existem três requisitos que as legitimam: têm de se basear em diferenciações objetivas de situações; não se podem basear em fatores discriminatórios que não sejam legítimos e, por fim, têm de ser necessárias, adequadas e proporcionadas face ao objetivo que pretendem afinal atingir<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr, AUZERO, GILLES, cit, p. 892.

<sup>83</sup> DRAY, GUILHERME, Anotação ao artigo 28.º do Código do Trabalho, in AAVV, *Código do...*, cit, p.136.

<sup>84</sup> DRAY, GUILHERME, *O princípio da Igualdade*, cit, p. 94.

<sup>85</sup> MOREIRA, HERLA COURA, *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas em Benefício da População Negra no Brasil*, Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 70, disponível in: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84043/1/HERLA%20KALINA%20COURA%20MOREIRA%20FIM%21.pdf>

<sup>86</sup> GOMES CANOTILHO, J.J/VITAL MOREIRA, cit, p. 337.

<sup>87</sup> GOMES CANOTILHO, J.J/VITAL MOREIRA, cit, p. 340.

As *affirmative actions* têm, assim, um grande impacto nos trabalhadores portadores de deficiência, com capacidade de trabalho reduzida e com doença crónica. As medidas concretizam o conceito de discriminação positiva necessárias no contexto de justiça social, “que vê na igualdade não um ponto de partida, mas sim um ponto de chegada”<sup>88</sup>. Deste modo, tais medidas concretizam-se na prática pela formação profissional e pela criação de incentivos para que tais trabalhadores sejam contratados<sup>89</sup>. Importa referir que, as medidas não dizem apenas respeito aos trabalhadores deficientes, mas também a outros grupos tendencialmente desfavorecidos. Como refere ÁNGEL LOPEZ, “o conceito de ações positivas pressupõe que a igualdade de tratamento reforce as desigualdades existentes. Consequentemente, as medidas de ação positiva visam criar um “campo de jogo nivelado”, para o qual são estabelecidas condições que permitam, na medida do possível, coincidir com o ponto de partida, sem que nenhuma noção de mérito seja deslocada como elemento determinante do resultado”<sup>90</sup>.

Também o n.º 1 do art. 86.º do CT dispõe, especificamente para estas categorias de trabalhadores, que “o empregador deve adotar medidas adequadas para que a pessoa com deficiência ou doença crónica, nomeadamente doença oncológica ativa em fase de tratamento, tenha acesso a um emprego, o possa exercer e nele progredir, ou para que tenha formação profissional, exceto se tais medidas implicarem encargos desproporcionados”. Note-se que nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, tais encargos não serão desproporcionados se forem compensados por apoios do Estado.

Tais disposições encontram uma necessária conexão na alínea d) do art. 9.º da CRP, onde se lê que “incumbe ao Estado promover (...) a igualdade real entre os portugueses”, fruto do princípio da igualdade de oportunidades, em sentido material<sup>91</sup>, mas também com o princípio da igualdade formal vertente no art. 13.º desse diploma, fruto do Estado Social.

Tais medidas evidenciam a aplicabilidade prática do princípio da igualdade de oportunidades<sup>92</sup>. O problema reside no facto de tais medidas se destinarem mais à

---

<sup>88</sup> DRAY, GUILHERME, *O princípio da Igualdade*, cit, p. 184.

<sup>89</sup> DRAY, GUILHERME, *ibidem*.

<sup>90</sup> LÓPEZ, ÁNGEL, *Cabe La Discriminación Positiva En Relación Com El Factor Religioso?*, 2010, p. 16, disponível in: <https://eprints.ucm.es/10967/1/D%2Bfactoreligioso.pdf>

<sup>91</sup> DRAY, GUILHERME, *O princípio da Igualdade*, cit, p. 184.

<sup>92</sup> Para ÁNGEL LOPEZ, tal princípio não implica a obtenção de uma igualdade de resultados.

efetivação de direitos do que propriamente na produção de resultados, também por haver uma maior preocupação com os “sintomas do que com as causas”<sup>93</sup> da discriminação. No fundo, trata-se de uma aplicação do princípio da igualdade não apenas em sentido formal, mas sim em sentido material, passando tal pela eliminação de desigualdades existentes<sup>94</sup>.

Tendo em conta o teor do n.º 2 do art. 7.º da Diretiva 2000/78, o princípio da igualdade de tratamento não afeta o direito dos Estados-Membros a promover medidas destinadas a criar ou a manter disposições para salvaguardar ou propiciar a inserção das pessoas deficientes no mercado de trabalho. Tal preceito evidencia a admissão das medidas de discriminação positiva em favor destes cidadãos, facilitando o seu acesso ao trabalho, tendo-se em conta a situação de desvantagem comparativamente com candidatos a emprego não portadores de tal patologia<sup>95</sup>. Também na alínea h) do n.º 1 do art. 27.º da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, se faz referência à promoção do emprego de tais cidadãos no setor privado, através de políticas e medidas adequadas, que poderão incluir medidas de ação positiva.

Num diferente sentido, as medidas de adaptação razoável previstas no art. 5.º da Diretiva 2000/78, são “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 deseje ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados<sup>96 97</sup> para a entidade patronal”. De acordo com o n.º 1 do art. 4.º da Diretiva, é admitido que os Estados-Membros prevejam diferenças de tratamento baseadas, no caso, da deficiência, que não sejam consideradas discriminatórias, tendo em conta a natureza da atividade profissional e sua execução, se em virtude da natureza da atividade, tal consubstancie um requisito determinante para o exercício da atividade, consubstanciando-se tal, no critério ocupacional<sup>98</sup>, o que mitiga a

---

<sup>93</sup> LÓPEZ, ÁNGEL, cit, p. 15.

<sup>94</sup> RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, cit, p. 181.

<sup>95</sup> CARVALHO, CATARINA, cit, p. 2.

<sup>96</sup> Veja-se, a este respeito, o Decreto-Lei n.º 290/2009, de 12 de outubro, arts. 30.º a 37.º.

<sup>97</sup> Cfr. ROUXINOL, MILENA, “A circunstância de inexistir apoio público à adoção de determinada medida de adaptação não conduz, direta e necessariamente, à conclusão de que a mesma é inexigível”, obra citada, pp. 278 e, no sentido em que os encargos que são impostos à entidade empregadora são diminutos GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho – Volume I- Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 399-400

<sup>98</sup> ROUXINOL, MILENA, cit, p. 275.

adoção de medidas adequadas. Para se aferir se os encargos são ou não desproporcionados, têm-se em conta os custos financeiros, a existência de fundos públicos e outros tipos de ajudas<sup>99</sup>. Tais medidas poderão ser de diversas índoles, tais como a construção de elevadores, sistemas de intérpretes para surdos-mudos, não tendo obrigatoriamente que consistir em medidas materiais, a título de exemplo, poderão ser adaptados os horários de trabalhos destes trabalhadores, tendo em conta as suas reais necessidades<sup>100</sup>. Com tais medidas, suprime-se ou eliminam-se limitações destes trabalhadores e, por seu turno, nas medidas de ação positiva trata-se de aceitar as limitações destes trabalhadores, mas também se trata de lhes dar um privilégio, por isso e por causa disso.

Em Portugal, são vários os diplomas que revelam a existência de medidas de ação positiva. Quanto às medidas de apoio à qualificação das pessoas com deficiências e incapacidades e respetiva integração no mercado de trabalho<sup>101</sup>, os arts. 6.º a 14.º do Decreto-Lei n.º 290/2009, relativamente à promoção da formação para a pessoa com deficiência e incapacidade, consagram a concessão de apoios de diversa índole, mormente económico-financeiros, às entidades empregadoras ou outras. O art. 29.º deste diploma, prevê a possibilidade de atribuição de apoios financeiros a tais pessoas que frequentem estas ações de informação, avaliação, orientação e colocação referidas e aos centros de recurso que cooperem com o Instituto de Emprego e Formação Profissional. Os arts. 30.º a 37.º, preveem apoios financeiros à adaptação de postos de trabalho e à eliminação de barreiras arquitetónicas, a conceder às entidades empregadoras que contratem pessoas com tais patologias e, também a concessão de isenções e reduções das contribuições a estes últimos, para a segurança social (art. 15.º, n.º 1- e) e n.º 2). Também a medida do emprego apoiado (arts. 38.º a 71.º), que consiste no “exercício de uma atividade profissional ou socialmente útil com enquadramento adequado e com possibilidade de atribuição de apoios especiais por parte do Estado, que visa permitir às pessoas com deficiências e incapacidades o desenvolvimento de

---

<sup>99</sup> Considerando 21 da Diretiva 2000/78.

<sup>100</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, cit, p. 211-212.

<sup>101</sup> No relatório de síntese dos trabalhos da ANED (*Synthesis Report for the Academic Network of European Disability Experts*), de dezembro de 2014, refere-se que entre 2012 e 2014 o investimento público no apoio ao emprego de pessoas com deficiência diminuiu consideravelmente (p. 26).

competências pessoais e profissionais que facilitem a sua transição, quando possível, para o regime normal de trabalho”, ou no “desenvolvimento de atividades em contexto laboral, sob a forma de estágios de inserção, que visem aferir as condições para o exercício de uma atividade profissional, desenvolver competências pessoais e profissionais e promover a inserção profissional das pessoas com deficiências e incapacidades”. Também, a Estratégia Europeia em Matéria de Deficiência 2010-2020, cujo objetivo é atingir para estes trabalhadores uma taxa de emprego de 75% na Europa, mediante o melhoramento das condições do trabalho, do acesso, mediante políticas dos Estados-Membros. No que toca às principais medidas de ação positiva no nosso ordenamento jurídico, existe o regime das quotas de emprego para os trabalhadores portadores de deficiência, reguladas no setor privado pela Lei n.º 4/2019 e, na Administração Pública, pela Lei n.º 34/2004 e Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3/02, matéria que abordaremos de seguida.

## CAPÍTULO II

### 3. As quotas no âmbito da discriminação positiva

#### 3.1. Noção, fundamento e utilidade

A maior aplicabilidade prática das medidas de ação positiva consagradas no art. 27.º do CT reflete-se na existência de quotas de emprego para determinados grupos desfavorecidos, para o que nos interessa aqui, os trabalhadores portadores de deficiência. Para VERA RAPOSO, “fala-se em quotas quando se reserva certo número ou percentagem de lugares a pessoas pertencentes a determinado grupo, independentemente dos seus méritos pessoais, classificando-as acima daqueles que acederiam aos lugares mediante os mecanismos normais de acesso”<sup>102</sup>. Tais medidas não são consideradas discriminatórias, uma vez que beneficiam um grupo de trabalhadores desfavorecidos em virtude de um fator de discriminação, com o objetivo de fornecer a estes grupos condições de igualdade em relação aos restantes. Estas medidas são tratamentos assumidamente mais favoráveis, de forma a compensar a desvantagem inerente ao grupo desfavorecido.

Para que as medidas sejam bem sucedidas, é necessário ter em conta a dimensão da empresa, porque será diferente que se trate de uma microempresa, de uma média, ou de uma grande empresa<sup>103</sup>, uma vez que os encargos da entidade empregadora serão distintos quando se tratar de uma empresa com 20 trabalhadores, ou com 100<sup>104</sup>, de modo a se poder distribuir pelas diversas empresas a obrigação e os encargos da contratação de esses trabalhadores, de uma forma justa e equitativa<sup>105</sup>. Nas empresas de menor dimensão, há menos postos de trabalho disponíveis, menos disponibilidade de

---

<sup>102</sup> RAPOSO, VERA LÚCIA, “Os Limites da Igualdade: Um Enigma por Desvendar (a Questão da Promoção da Igualdade Laboral entre Sexos)”, in *Revista de Questões Laborais- Publicação Semestral*, Ano XI, N.º 23- 2004, p. 55.

<sup>103</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, *Saúde, Doença e Discriminação no Local de Trabalho*, Centro de Estudos Judiciários- CEJ, agosto de 2016, p. 44.

<sup>104</sup> CARVALHO, CATARINA, cit, p.9.

<sup>105</sup> FITA ORTEGA, *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant lo Blanch, Valência, 1997, p. 144.

recursos informáticos ou até maior dificuldade em proceder às adaptações das condições de trabalho<sup>106</sup>, mas como veremos mais à frente, da grande dimensão das empresas da administração pública, não resultou um cumprimento de tais quotas de emprego. Deste modo, no ordenamento jurídico português e também em outros ordenamentos, foi estabelecida uma “correlação fixa”<sup>107</sup> entre o número de trabalhadores pertencentes ao grupo desprotegido, tendo em conta a dimensão da empresa.

No Acórdão *Kalanke*<sup>108</sup> do TJUE, o tribunal decidiu que um sistema de quotas seria ilícito, no referente à existência de um sistema de quotas que visasse a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego, referindo que “existindo qualificações iguais entre candidatos de sexo diferente considerados para uma promoção, atribua automaticamente prioridade aos candidatos femininos nos sectores em que as mulheres estão em minoria”. Num sentido diferente e mais adaptado à realidade, os Acórdãos *Marschall*<sup>109</sup> e *George Badeck*<sup>110</sup> do TJUE, consideraram que seria perfeitamente lícito a instituição de sistemas de quotas de emprego, de modo a serem atribuídas vantagens a grupos desfavorecidos, como caso disso, a temática da deficiência, ainda que tais acórdãos se refiram à igualdade no acesso ao emprego entre homens e mulheres. Tais mecanismos só serão aceites e lícitos (e até, justificados) se forem flexíveis, se contiverem regras que coloquem os grupos de trabalhadores desfavorecidos num plano de igualdade com os restantes trabalhadores, sem que lhes seja atribuído “um direito de preferência de acionamento automático”.<sup>111</sup>

O fundamento da existência de tais quotas de emprego, de acordo com o disposto no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3 de fevereiro, é garantir o direito constitucionalmente consagrado de escolha da profissão e do acesso ao emprego, em condições de igualdade, uma vez que a deficiência tem diversas barreiras tanto materiais como imateriais, impedindo o pleno exercício da cidadania<sup>112</sup>. A existência de tais quotas dá aplicabilidade prática ao disposto no art. 71.º da CRP, sendo atribuição do

---

<sup>106</sup> CARVALHO, CATARINA, cit, p. 10.

<sup>107</sup> CARVALHO, CATARINA, *ibidem*.

<sup>108</sup> Processo C-450/93, de 15 de outubro de 1995.

<sup>109</sup> Processo C-409/95, de 11 de outubro de 1997.

<sup>110</sup> Processo C-158/97, de 18 de março de 2000.

<sup>111</sup> DRAY, GUILHERME, Anotação ao artigo 27.º do Código do Trabalho, in AAVV, *Código do*, cit, p. 137.

<sup>112</sup> Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3 de fevereiro.

Estado a realização de uma política de prevenção, tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos com deficiência, mas também ao princípio da igualdade formal e material vertente no art. 13.º deste diploma, sendo que as quotas de emprego são também expressão de um Estado de Direito Democrático (art. 1.º da CRP). Para VERA LÚCIA RAPOSO, o fundamento das medidas de ação positiva reside na al. b) do n.º2 do art. 58.º da CRP, como expressão da promoção através do Estado da execução de políticas de pleno emprego, mas não garante resultado nas quotas de emprego<sup>113</sup>. As medidas de discriminação positiva visam, em primeira linha, a efetivação do princípio da igualdade, “em que todos possam dar um contributo igual apesar das suas próprias diferenças, e porque há que aproximar os níveis de empregabilidade das pessoas com deficiência daqueles que se verificam entre os demais cidadãos”<sup>114</sup>, tendo em conta que de acordo com o disposto no art. 13.º da CRP, a discriminação será, em princípio, inadmissível, sendo que no caso das quotas de emprego será admissível, se corresponder a forma necessária e proporcional para o atingimento da igualdade material<sup>115</sup>. Não nos podemos esquecer, também, que um sistema de quotas poderá originar uma discriminação num sentido oposto, uma vez que a existência de tais quotas poderá impedir a entrada numa atividade profissional, a trabalhadores que não sejam abrangidos pelas quotas e, assim, só serão válidas as quotas que não impliquem uma aplicação imediata, ter-se-á sempre que atender às aptidões da pessoa em causa<sup>116</sup>.

Note-se que, nem a Carta Social Europeia, nem a Diretiva 2000/78/CE, impõe a existência de quotas de emprego<sup>117</sup>, mas pela leitura do disposto no art. 7.º da Diretiva, quanto às ações positivas e medidas específicas, são permitidas medidas que se destinem a prevenir e a compensar as desvantagens relacionadas com os fatores de discriminação plasmados no art. 1.º deste diploma, fazendo-se também uma referência específica aos trabalhadores portadores de deficiência, na medida em que os Estados-Membros podem adotar ou manter disposições quanto à saúde e segurança destes

---

<sup>113</sup> RAPOSO, VERA LÚCIA, cit, p.76.

<sup>114</sup> SANTOS, RODRIGO GODINHO, *O Sistema de Quotas Para Pessoas com Deficiência no Acesso ao Emprego Público, Ontem, Hoje... e Amanhã?*, Centro de Investigação de Direito Público, disponível in <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/648-966.pdf>, p. 2.

<sup>115</sup> SANTOS, RODRIGO GODINHO, cit, p. 6.

<sup>116</sup> HENRIQUES, JOSÉ, *O Princípio da Igualdade de Tratamento e a Discriminação Positiva*, in Revista de Estudos Politécnicos, 2006, Vol. III, n.ºs 5/6, Pp 279, disponível in: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n5-6/3n5-6a13.pdf>

<sup>117</sup> ROUXINOL, MILENA, cit, p. 281.

trabalhadores no local de trabalho, mas também adotarem disposições ou facilidades que fomentem o acesso dos trabalhadores ao mercado de trabalho.

### 3.2. As quotas para portadores de deficiência no ordenamento jurídico português (diplomas)

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, o legislador português optou por diferenciar tais quotas consoante se trate da administração pública ou de empresas de carácter privado.

Estudos nacionais e internacionais consideram o sistema de quotas quanto ao acesso ao emprego público pelos trabalhadores portadores de deficiência uma forma apta para colocar os trabalhadores com tais patologias em condições de igualdade no acesso ao emprego, sendo que ao Estado cabe a criação de mecanismos para que aos cidadãos portadores de deficiência seja garantido o direito fundamental de acesso à função pública, em condições de igualdade com os restantes cidadãos, de acordo com o disposto no n.º 2 do art. 47.º da CRP<sup>118</sup>. O acesso à função pública faz-se através de um concurso público, o que proporciona a todos a possibilidade de concorrer a um posto de trabalho de forma igualitária, de onde se poderá escolher os candidatos que possuam maiores aptidões, sem que se recorra a critérios de género, políticos e estatutos sociais<sup>119</sup>, sendo, a nosso ver, a forma mais apta para se concorrer a ofertas de emprego<sup>120</sup>. Tais concursos, ainda que no domínio público ou privado, deverão respeitar o princípio da igualdade de tratamento entre os candidatos, respeitando-se o princípio da não discriminação (art. 13.º da CRP e 23.º do CT)<sup>121</sup>. Indo mais longe, o concurso público consubstancia um fator determinante de promoção do princípio da igualdade de oportunidades<sup>122</sup>.

No dia 3 de fevereiro de 2001, foi publicado *in* Diário da República o Decreto-Lei n.º 29/2001, que colocou em vigor um sistema de quotas para pessoas com deficiência no acesso ao emprego público. O referido Decreto-Lei é, em primeira linha,

---

<sup>118</sup> SANTOS, RODRIGO GODINHO, *cit*, p.7.

<sup>119</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Proteção*, *cit*, p. 559.

<sup>120</sup> MENEZES, ANTÓNIO CORDEIRO, *O Princípio da Proteção*, *cit*, p. 562 e SS.

<sup>121</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Proteção*, *cit*, p.562.

<sup>122</sup> DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Proteção*, *cit*, p.558.

expressão do princípio constitucional consagrado no art. 58.º da CRP, referente ao direito ao trabalho. Também, no art. 47.º da CRP, que consagra a liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública, sendo que nos termos do n.º 2 do preceito, a todos os cidadãos é dado o direito de acesso à função pública, em condições igualitárias e de liberdade, por norma, por via de um concurso público, mas é também expressão do direito de acesso a cargos públicos, no termos do art. 50.º da CRP. O sistema de quotas prevê uma obrigação de reservar uma percentagem do acesso aos empregos públicos para pessoas que padeçam de uma incapacidade superior a 60%, de modo a que se garanta o acesso ao emprego em condições de igualdade com os restantes trabalhadores. Como se pode ler no preâmbulo deste diploma, “faz todo o sentido que o Estado, na qualidade de grande empregador, tome a seu cargo a responsabilidade de promover a qualificação laboral do cidadão com deficiência e torne possível o seu acesso a emprego qualificado”. Com este diploma pretendeu-se melhorar o acesso dos cidadãos portadores de deficiência ao mercado de trabalho, de modo a reforçar a Lei de Bases da Prevenção e da Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência.

O diploma que mais tarde reforçou o Decreto-lei n.º 29/2001, foi a Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, Lei que define as bases do regime jurídico da prevenção, habilitação e participação das pessoas com deficiência.

Relativamente ao âmbito pessoal do diploma, nos termos do art. 2.º, este aplica-se aos órgãos da Administração Pública, direta e indireta. Aquando da entrada em vigor do diploma, os vínculos jurídicos de emprego público eram constituídos maioritariamente pelo vínculo de nomeação ou contrato, aplicando-se o diploma a ambos os casos. Desta forma, relativamente às entidades públicas empresariais, não se aplica o disposto neste diploma. Tal lacuna foi colmatada com a entrada em vigor da Lei n.º 4/2019, de 10 de janeiro, onde se dispõe no art.º 1.º que tal diploma se aplica a organismos do setor público, não abrangidos pelo teor do Decreto-Lei n.º 29/2001. Também o art. 2.º define o que é deficiência para estes efeitos, não bastando ter em conta as situações do n.º 1 do art. 2.º da Lei 9/89 de 2 de maio (A Lei de Bases para a Prevenção e para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência), sendo ainda necessário que estes candidatos possam exercer, sem limitações funcionais a atividade em causa, ou que essas limitações possam ser ultrapassáveis mediante adaptação do respetivo posto de trabalho. Note-se que tal conceito é mais restrito do que o conceito

de deficiência da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No aviso de abertura do concurso público, tem de ser referido qual o número de vagas a preencher pelas pessoas portadoras de deficiência<sup>123</sup>, sendo que a capacidade do candidato é averiguada pelo júri<sup>124</sup> e, surgindo dúvidas (art. 5.º), a entidade competente é uma Entidade de Recuso Técnico Específico, isto é, por despacho conjunto dos Ministros do Trabalho e Solidariedade, Saúde, Reforma, Administração pública e membro do Governo.

O art. 6.º do diploma refere-se a questões de índole procedimental, sendo que é referido que os candidatos portadores de deficiência devem dizer de que patologia padecem e qual o seu grau<sup>125</sup>. Ainda também no âmbito procedimental, o n.º 1 do art. 7.º refere que o processo deve ser adequado às capacidades de comunicação e expressão, tendo em conta as informações prestadas pelo candidato a concurso e outras que eventualmente o júri tenha recolhido. Estas necessidades processuais são prestadas pelo Instituto Nacional para a Reabilitação (INR) mas, como refere RODRIGO GODINHO a este propósito, “A aplicação prática deste diploma dita muitas vezes soluções criadas pelo próprio candidato ou pelo júri do procedimento, sem que sequer o INR chegue a ter a oportunidade de prestar o apoio técnico que estaria, muitas das vezes, em melhor condições para prestar (...)”<sup>126</sup>. Se o processo não for adequado ao candidato, o diploma não prevê consequências para tal, ainda que a possibilidade de recurso hierárquico ou contencioso, não esteja vedada aos candidatos, tendo eles desse modo uma forma de tutela jurisdicional.

Terminado o procedimento de recrutamento, cabe preencher a quota de emprego prevista no art. 3.º do Diploma. De acordo com o n.º 1 do art. 3.º, nos concursos externos em que sejam postos a concurso um número de lugares igual ou superior a 10, é fixada uma quota de 5% para acesso a pessoas com deficiência, arredondado à unidade. Nos termos do n.º 2 do art. 3.º, se o número de lugares a preencher for igual ou superior a 3 e inferior a 10, reserva-se um lugar para os candidatos deficientes; e no caso de o concurso apenas contemplar um ou dois lugares, o candidato com deficiência

---

<sup>123</sup> Art. 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 29/2001.

<sup>124</sup> Art. 4.º n.º 2 do Decreto-Lei 29/2001.

<sup>125</sup> Art. 6.º n.º 1 do Decreto-Lei 29/2001.

<sup>126</sup> SANTOS, RODRIGO GODINHO, cit, p.10.

só obtêm preferência em caso de igualdade de classificação (n.º 3 do art. 3.º). De acordo ainda com o disposto no n.º 4 do art. 3.º, tais normas não se aplicam a carreiras policiais, a forças de segurança e à guarda prisional.

Relativamente ao número de lugares sobre os quais incide a percentagem dos trabalhadores portadores de deficiência, importa referir o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2/04/2009<sup>127</sup>, que nos diz que a quota de reserva incide sobre os lugares onde tais trabalhadores possam ser colocados para os quais se candidatam, e ainda que as vagas devem primariamente ser preenchidas nos lugares não reservados, uma vez que há lugares reservados em virtude de anteriores concursos.

A entrada em vigor da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência, foi depois regulada pelo Decreto-Lei n.º 34/2007, que nos diz que este Decreto-Lei não retira proteção às pessoas portadoras de deficiência previstas noutras normativas.

A entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, revogada pela atual Lei n.º 35/2014, Lei do Trabalho em Funções Públicas (LTFP) que estabeleceu os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, retirou a figura do quadro de pessoal, que estabelece o número de postos de trabalho, ficando este relacionado com o orçamento de cada organismo (art. 4.º n.º 1 e 2 da Lei n.º 12-A/2008, revogados pelo art. 28.º n.º 1 da LTFP) e os objetivos anuais seguidos por este. Tendo em conta esta lei, nos termos do n.º 2 do art. 6.º, se houver um número insuficiente de trabalhadores, o recrutamento necessário é feito para postos de trabalho concretos para certos tipos de atividade, o que dificulta a igualdade de acesso aos trabalhadores portadores de deficiência, uma vez que dificilmente tais trabalhadores terão as mesmas condições para aceder aos postos de trabalho. Releva aqui também o disposto nos n.ºs 4 e 5 do art. 6.º, revogados pelo n.º 3 do art. 30.º da LTFP, que conferem uma preferência na contratação a quem já tenha um vínculo de contratação pública anterior.

No art. 53º da Lei n.º 12-A/2008, revogado pelo art. 36.º da LTFP, estava previsto o método de avaliação psicológica para os candidatos, o que levanta sérias dúvidas quanto à sua efetividade no caso dos trabalhadores portadores de deficiência. Levanta ainda dúvidas o art. 54.º/2 da Lei n.º 12-A/2008 e da Portaria n.º 83-A/2009 de

---

<sup>127</sup> Processo 0901/08, Relator Cons. São Pedro, disponível in <http://dgsi.pt/jsta.nsf>.

22 de janeiro, relativamente ao procedimento concursal, uma vez que há reservas de concursos anteriores (art. 37.º/2 da LTFP) quando o número de candidatos aprovados for superior ao número de lugares disponíveis em concurso, o que denota mais uma dificuldade em aplicar o sistema de reserva de quotas. Ainda, no âmbito da Portaria 83-A/2009, a candidatura é formulada através de um formulário obrigatoriamente, o que pode causar dificuldades de acesso à candidatura pelos trabalhadores portadores de deficiência.

Passados dezassete anos da entrada em vigor do Decreto-Lei 29/2001, os resultados alcançados não são ainda os esperados. Tais resultados insatisfatórios são devidos a diversos motivos, tais como as barreiras procedimentais que são colocadas a este sistema por outros diplomas normativos.

Quanto ao setor privado, mais recentemente entrou em vigor a Lei n.º 4/2019, de 10 de janeiro, que estabelece o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade igual ou superior a 60% (art. 1.º). Note-se que, no domínio privado, a realização de um concurso com vista à futura celebração de contratos de trabalho é, ao contrário do domínio público, facultativa, o que poderá levantar questões em sede de igualdade de oportunidades<sup>128</sup>, mas o que se compreende, uma vez que o direito do trabalho se insere no direito privado, estando sujeito ao princípio da liberdade contratual, de acordo com o disposto no art. 405.º do CC<sup>129</sup>.

De acordo com o disposto no n.º 3 do referido preceito, a lei aplica-se aos contratos de trabalho regulados pelo CT, isto é, nos termos do art. 11.º do CT, aos contratos mediante os quais as pessoas singulares se obrigam, mediante retribuição, a prestar atividade a outra(s) pessoas, sob a sua orientação e organização, funcionando aqui as presunções de laboralidade do n.º 1 do art. 12.º do CT e, ainda, os casos do art. 101.º do CT quanto à existência de pluralidade de empregadores. Ainda, tais disposições são aplicáveis às médias empresas com um número igual ou superior a 75 trabalhadores, ora, nos termos do disposto no n.º 1, al. c) do art. 100.º do CT, não é utilizado o mesmo critério para aferir se uma empresa é considerada como média, sendo que para efeitos do disposto no CT, já é considerada como média uma empresa que emprega entre 50 a menos de 250 trabalhadores. Também se aplicam as disposições às

---

<sup>128</sup> GUILHERME DRAY, *O Princípio da Proteção*, cit, p. 559.

<sup>129</sup> RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, cit, p. 128.

grandes empresas que, nos termos do disposto no n.º 1, al. d), do art. 100.º do CT, correspondem às empresas que empregam 250 ou mais trabalhadores. Também se aplicam as disposições do diploma, de acordo com o n.º 3 do art. 4.º, a empresas com um ou mais estabelecimentos estáveis ou representações ou delegações, onde se contabilizam a totalidade de trabalhadores da entidade empregadora. Note-se que, de acordo com o n.º 4 do art. 4.º, a lei não se aplica a pessoas em formação, estagiários e prestadores de serviço, o que em muito diminui o intuito da aplicação do vertente diploma, deixando tais pessoas numa posição, ainda maior, de fragilidade. Atente-se que, de acordo com o n.º 1 e 2 do art. 8.º, podem excepcionar-se da aplicação da vertente lei, as entidades empregadoras que peçam à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), mediante parecer fundamentado do INR, IP., com a colaboração do IEFP, I.P., mediante impossibilidade da sua aplicação no referido posto de trabalho. Também se podem excepcionar da aplicação do diploma, as entidades empregadoras que provem junto da ACT, através de declaração do IEFP, IP., que confirme a não existência em número bastante, de candidatos com deficiência inscritos nos serviços de emprego, que reúnam os requisitos exigidos para preencher os postos de trabalho, das ofertas de emprego referentes ao ano anterior.

No que toca às quotas de emprego para pessoas portadoras de deficiência nas empresas de carácter privado, nos termos do n.º 1 do art. 5.º, as empresas de dimensão média de número igual ou superior a 75 trabalhadores deverão admitir trabalhadores portadores de deficiência em número não inferior a 1%, relativamente ao total do pessoal a seu serviço. Quanto às grandes empresas, a percentagem sobe para 2%, tendo em conta o disposto no art. 5.º, n.º 2. Note-se que, em ambos dos casos, se da aplicação da percentagem resultar um número não inteiro, então o cálculo faz-se arredondando para a unidade seguinte (n.º 3 do art. 5.º). O ano referente ao pessoal ao serviço da empresa, refere-se à média do ano civil antecedente, de acordo com o n.º 4 do art. 5.º. Vigora ainda uma atenuante para as entidades empregadoras, ora de acordo com o n.º 5 do art. 5.º, as empresas com 75 a 100 trabalhadores, têm um período de cinco anos e as com mais de 100 trabalhadores, um período de seis anos, para cumprir as disposições quanto a quotas de emprego. Existe ainda uma outra obrigação para as entidades empregadoras, nos termos do n.º 6 do art. 5.º, estas devem garantir que, em cada ano civil, pelo menos, 1% das contratações anuais se destine a trabalhadores portadores de deficiência, no ano civil subsequente à entrada em vigor do presente diploma. Por fim,

as empresas que atinjam a categoria de médias empresas ou de grandes empresas, durante o período de transição anteriormente referido, quanto ao n.º 5 do art. 5.º, ou após tal período, têm um acréscimo de dois anos no período de transição. As informações sobre o preenchimento de quotas, são fornecidas anualmente no Relatório Único (art. 6.º).

Quanto aos apoios técnicos e no que à adaptação do posto de trabalho respeita, nos termos do disposto no art. 7.º, o processo de recrutamento e de seleção dos candidatos deverá ser adequado, podendo estes pedir a realização de provas adaptadas, tal como, a título de exemplo, a realização de provas orais, ou até por escrito, consoante a incapacidade em causa (n.º 1). O apoio técnico será prestado pelo INR, I.P. (n.º 2). Se existir a contratação de um trabalhador que tenha limitações funcionais que impliquem a adequação ou adaptação do posto de trabalho e ou produtos de apoio, as entidades patronais deverão recorrer ao INR, I.P, indicando qual o apoio técnico de que carecem.

A avaliação do cumprimento do disposto na referida lei, ficará fixada, nos termos do n.º 1 do art. 12.º, a cargo do IEFP, I.P, pelo período de três em três anos.

### 3.3. Âmbito subjetivo

No domínio da Administração Pública, dispõe-se no art. 1º do Decreto-Lei n.º 29/2001 que o diploma se aplica às pessoas com um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, nos organismos da administração central e local e nos institutos públicos, considerando-se para tal como “pessoa com deficiência, aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de estrutura ou função psicológica, intelectual, fisiológica ou anatómica suscetível de provocar restrições de capacidade”<sup>130</sup>, seja a incapacidade cerebral, orgânica, motora, visual, auditiva ou mental<sup>131</sup>. Tal conceito é, como referido anteriormente, distinto do adotado pelo TJUE em matéria de discriminação negativa, mas como a Diretiva 2000/78 não impõe um sistema de quotas, a adoção deste conceito mais estreito não a viola.

Quanto ao âmbito de aplicação da Lei n.º 4/2019, no que toca às empresas privadas, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 2.º, são consideradas como pessoas

---

<sup>130</sup> N.º 1 do art. 2.º da Lei n.º 9/89, de 3 de fevereiro de 2001.

<sup>131</sup> N.º 1 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 29/2001.

portadoras de deficiência as previstas no art. 2.º da Lei n.º 38/2004, de 18 de Agosto, isto é “aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do copo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas”, que, nos termos do art. 2.º da Lei n.º 4/2019, possam exercer, sem existência de limitações funcionais a atividade que se estão a candidatar, ou, apresentando tais limitações funcionais, que estas sejam ultrapassáveis através da adaptação ou da adequação do posto de trabalho e ou com produtos de apoio. Tais limitações, nos termos do n.º 2 do art. 2.º, abrangem a paralisia cerebral, motora, visual, orgânica, auditiva e intelectual. Tais deficiências são aferidas junto das juntas médicas, mediante a existência de um atestado médico de incapacidade multiusos (art. 3.º) Tal diploma estende a sua aplicação a organismos do setor público que não se encontravam abrangidos pelo âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 29/2001.

Podemos verificar que, tanto no setor público como no setor privado, as disposições legais que se referem às pessoas portadoras de deficiência apresentam um carácter mais restrito do que em outros diplomas, podendo, desde logo, verificar-se pela aplicação dos diplomas acerca das quotas somente a trabalhadores que apresentem um grau de incapacidade igual ou superior a 60%. Ficam assim excluídas da aplicação da Lei n.º 4/2019, os trabalhadores que mesmo tendo uma perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do copo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas, não atinjam um grau de incapacidade igual ou superior a 60%. Para a Administração Pública o mesmo acontece, isto é, os trabalhadores que por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de estrutura ou função psicológica, intelectual, fisiológica ou anatómica suscetível de provocar restrições de capacidade, seja a incapacidade cerebral, orgânica, motora, visual, auditiva ou mental que, não atinjam os 60% de incapacidade, não são considerados para efeitos de aplicação do diploma.

A Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Convenção n.º 159 da OIT, o art. 15.º da Carta Social Europeia, a Lei n.º 38/2004, nem mesmo o CT, pelo contrário, não restringem os trabalhadores portadores

de deficiência aos que tenham uma incapacidade igual ou superior a 60%, isto posto, as disposições sobre quotas de emprego para trabalhadores portadores de deficiência consagram um conceito de deficiência mais restrito.

#### 3.4. Efeitos do não cumprimento

Quanto ao não cumprimento das disposições de quotas de emprego nas entidades privadas, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 4/2019, de 10 de Janeiro de 2019, o não cumprimento das quotas de emprego, quanto a médias e grandes empresas, referidas no art. 5.º do diploma, constitui uma contraordenação grave. Incorrem, nos termos do n.º 2 do referido preceito, numa contraordenação leve, as médias e pequenas empresas que atinjam tais tipologias, que excedam o limite do acréscimo de dois anos que lhes seja atribuído, atentando-se no facto de que se tal contraordenação for reincidente, poderá ser aplicada uma sanção acessória de privação do direito de participação em arrematações ou em concursos públicos, por um período até dois anos, nos termos do n.º 3 do referido preceito, e do art. 562.º do CT. O produto de tais coimas reverte em 65% para a ACT e 35% para o INR, I.P., de acordo com o art. 11.º.

Quanto ao regime contraordenacional previsto no art. 10.º do diploma, são aplicáveis as disposições do CT. Ora vejamos: ainda que exista negligência nas contraordenações, nos termos do art. 550.º do CT, serão sempre puníveis; o empregador será sempre responsável pela prática de contraordenações, mesmo que sejam praticadas pelos trabalhadores a seu cargo, abrangendo, nos termos do n.º 2 do art. 551.º, a pessoa coletiva, a associação sem personalidade jurídica ou a comissão especial. Se o infrator for uma pessoa coletiva ou equiparada, respondem solidariamente com esta, os administradores, gerentes ou diretores (n.º 3); o valor das coimas, de acordo com o disposto no art. 554.º, varia consoante o volume de negócios da empresa ou do grau da culpa do infrator, constando as UCs respetivas dos números 2 e 3 do referido preceito; quando a violação respeitar a uma pluralidade de trabalhadores, de acordo com o n.º 1 do art. 558.º, o número de contraordenações diz respeito a cada um dos trabalhadores afetados; na determinação da medida da coima, são tidos em conta os incumprimentos das recomendações dos autos de advertência, a coação, falsificação ou outro meio afim fraudulento (art. 559.º n.º 1). Para o que nos interessa aqui, releva em especial o

disposto no art. 554.º, respeitante ao cumprimento do dever omitido, na medida em que quando tal aconteça, o pagamento da coima não dispensa o infrator do seu cumprimento, mediante tal seja ainda possível. O não cumprimento do montante da contraordenação, é suscetível de processo de execução para pagamento de quantia certa (n.º 3 do art. 564.º). Ainda, o não cumprimento de tais quotas nos termos do art. 10.º, dá lugar à aplicação do regime processual aplicável às contraordenações laborais e de segurança social, aprovado pela Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro. Subsidiariamente, aplicar-se-á ainda o Decreto-Lei n.º 433/83, de 27 de outubro, isto é, o regime geral do ilícito de mera ordenação social. Quanto aos trabalhadores, estes terão direito a serem indemnizados por ato discriminatório, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos do art. 28.º do CT e, respetivamente, pela responsabilidade civil da entidade privada, de acordo com os arts. 483.º, 496.º e 799.º do CC, subsidiariamente. Para GUILHERME DRAY, o fim de tal indemnização será o de colocar o trabalhador na situação em que este estaria caso o dano não se tivesse verificado numa situação de discriminação ilícita, ressarcindo-se os danos associados à não celebração do contrato, de caráter obrigacional, funcionando aqui a presunção de culpa (art. 799.º do CC) não podendo, contudo, existir, uma obrigação de admissão do trabalhador, por tal não ser aceitável do ponto de vista jurídico e por ser facilmente contornável pela entidade empregadora<sup>132</sup>.

No domínio da Administração Pública, os candidatos preteridos num concurso em que não sejam cumpridas as disposições de quotas de emprego para trabalhadores portadores de deficiência, do Decreto-Lei n.º 29/2001, têm legitimidade para impugnar os atos administrativos perante a Administração Pública, solicitando a revogação, anulação, modificação ou substituição de tais atos, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 184.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), uma vez serem titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que se considerem lesados (al. a) do n.º 1 do art. 186.º do CPA), desde que, não tenham aceite sem reservas, expressa ou tacitamente um ato administrativo<sup>133</sup>. Para impugnarem os atos administrativos, os titulares desse direito devem reclamar para o autor do ato, mediante a prática ou

---

<sup>132</sup> GUILHERME, DRAY *et alli*, *Efeitos da Discriminação Ilícita no Acesso ao Emprego*, Estudos do Instituto do Direito de Trabalho, Vol. I, Almedina Editora, Coimbra, 2001, p. 84-87.

<sup>133</sup> Anotação ao artigo 186.º do CPA, GONÇALVES, FERNANDO, *et alli*, in *Novo Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, Almedina Editora, Coimbra, 2ª Edição, 2015, p. 242.

omissão de qualquer ato administrativo, tendo em conta o n.º 1 do art. 191.º do CPTA, existindo, ainda, a hipótese do recurso hierárquico, de modo a impugnar atos administrativos praticados por órgãos sujeitos aos poderes hierárquicos de outros órgãos, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 193.º do CPTA. Ainda, de forma a obter resposta de forma mais célere, os candidatos poderão intentar uma providência cautelar<sup>134</sup> que decrete ou a suspensão da eficácia de um ato administrativo (al. a) do n.º 2 do art. 112.º do CPTA), ou a admissão provisória em concurso (al. b) e, paralelamente, sempre teria lugar uma ação principal de impugnação do ato administrativo<sup>135</sup>, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 37.º do CPTA e arts. 50.º e SS, conjugada com a condenação à prática do ato administrativo devido<sup>136</sup>, nos termos da al. b) do referido preceito e dos arts. 66.º e SS do CPTA.

Note-se que, a este propósito (e quanto a nós, bem), quanto à aplicabilidade do sistema de quotas na Administração Pública, “é para nós indiscutível a subsistência da necessidade que ainda justifica medidas de discriminação positiva para pessoas com deficiência (...). Mau grado os seus quase 10 anos de vida, estamos ainda bem longe de poder afirmar que a Administração Pública, em sentido amplo, tenha observado uma quota de 5%, no geral, de lugares de ingresso ocupados por pessoa com deficiência”<sup>137</sup>.

### 3.5. Quotas de emprego, período experimental e dever de adaptação razoável

Como veremos, a fase do período experimental tem especial relevância no caso dos trabalhadores portadores de deficiência.

---

<sup>134</sup> Tal consubstancia, de acordo com o n.º 4 do art. 268.º da CRP, a tutela jurisdicional efetiva perante a Administração Pública. Tais medidas são essenciais para que o tribunal regule os interesses envolvidos no caso, antes do momento da decisão do processo, de modo a evitar-se o *periculum in mora*. As providências vigoram apenas durante o processo, até que haja decisão neste. Cfr. AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO Anotação ao art. 112.º, in AAVV, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2017, p. 912-914.

<sup>135</sup> Mais não é do que o processo comum no direito administrativo, Cfr. AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, Anotação ao art. 37.º, cit, p. 247.

<sup>136</sup> Tal obrigação poderá consistir no dever de emanar um ato com certo conteúdo, como no dever da prática de um ato que decida, em qualquer sentido, a pretensão do autor, Cfr. AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, Anotação ao art. 66.º, cit, p. 457.

<sup>137</sup> SANTOS, RODRIGO GODINHO, cit, p. 26.

Pela leitura do n.º 1 do art. 111.º do CT, o período experimental diz respeito ao tempo inicial de execução do contrato de trabalho, período durante o qual as partes aferem o interesse na manutenção deste, devendo as partes, nos termos do n.º 2, agir de forma a que possam apreciar o interesse na sua manutenção, podendo tal período ser excluído por acordo (n.º 3). Assim, tal período destina-se a que as partes averiguem mutuamente e decidam se têm ou não interesse na continuidade da relação laboral<sup>138</sup>. O período experimental levanta desde logo uma questão, que é a de saber o que é que legitima as partes, após celebrarem o contrato, de poderem denunciá-lo livremente. A resposta a tal questão prende-se com o facto de que o empregador só pode aferir a aptidão do trabalhador para as funções contratadas, mediante este integre a sua organização e, porque só assim o trabalhador pode verificar na prática, se as suas expectativas face à organização do empregador, se verificam ou não<sup>139</sup>. É notável que tal período tem maior interesse para o empregador<sup>140</sup>, provocando até, uma maior fragilidade do ponto de vista do trabalhador, ainda que tal período se contabilize para efeitos de antiguidade (n.º 6 do art. 112.º). Tal período é de duração variável, de acordo com o art. 112.º do CT, consoante as funções a desempenhar, a complexidade dos cargos, quer se trate de trabalhadores considerados desempregados de longa duração, ou à procura de um primeiro emprego.

No setor da Administração Pública, tal período reveste duas modalidades, o período experimental do vínculo, que é o tempo inicial de execução do vínculo de emprego público (al. a) do n.º 2 do art. 45.º da LTFP) e o de função, que corresponde ao tempo inicial de desempenho de nova função num novo posto de trabalho, por trabalhador titular de vínculo de emprego público por tempo indeterminado (al b) do n.º 2). Tal período, é também tido como tempo efetivo de serviço (art. 48.º n.º 1 da LTFP). Tal não é mais do que aferir se o trabalhador possui, para além das capacidades e mérito já demonstrado na fase do recrutamento, as capacidades necessárias para as funções contratadas, uma vez que a seleção do trabalhador no procedimento concursal, não implica, no imediato, que desempenhe as funções como seria expectável<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> GOMES, JÚLIO, cit, p. 488.

<sup>139</sup> RAMALHO, ROSÁRIO PALMA cit, p. 201.

<sup>140</sup> RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, cit, p. 202.

<sup>141</sup> MOURA, PAULO VEIGA, *et alli*, *Comentário à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1º Volume, 2014, p.229.

Durante o período experimental as partes podem denunciar livremente o contrato sem necessidade de aviso prévio e sem invocação de justa causa, não existindo direito a indemnização, nos termos do n.º 1 do art. 114.º do CT, sendo que, consoante a expectável duração do contrato de trabalho, poderá ser necessário aviso prévio, no caso de duração superior a 60 dias de período experimental (n.º 2 e 3 do art. 114.º) e, se este aviso não for cumprido, terá de ser paga a retribuição referente ao período de aviso prévio em falta, de acordo com o n.º 4 do referido preceito. Também na administração pública, pode o trabalhador denunciar livremente o contrato neste período, sem necessidade de aviso prévio, invocando justa causa e sem direito a indemnização (art. 47.º LTFP). Se o período experimental de vínculo terminar sem sucesso, este cessará os seus efeitos sem direito a indemnização ou compensação, nos termos do n.º 3 do art. 45.º LTFP; se o período experimental de função cessar, o trabalhador regressará à situação laboral que detinha anteriormente (n.º 4 do art. 45.º).

Ainda que possamos pensar que a denúncia do contrato de trabalho durante o período experimental configura uma total liberdade, não será bem assim, uma vez que tal não significa que possa ser exercida de forma abusiva, isto é, que contrarie a função a que o período experimental se destina<sup>142</sup>, nem poderá configurar abuso de direito<sup>143</sup>, nos termos do art. 334.º do CC, sendo caso de existência de desvio ao objetivo do período experimental<sup>144</sup>. Porém, “estando em causa um fator de discriminação, isto é, sendo defensável que o trabalhador alvo da decisão de denúncia se enquadra numa dada categoria subjetiva e que é essa pertença a tal categoria a causa de diferenciação de tratamento (como no caso da deficiência), é duvidoso, na verdade, que o ato de denúncia possa ser perspetivado sob a ilação de ilegitimidade que a localização temporal no período experimental lhe confere”, podendo o empregador, posteriormente, ser chamado em contexto judicial acerca das suspeitas de discriminação<sup>145</sup>. Também

---

<sup>142</sup> RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, cit, p. 207.

<sup>143</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/10/2018, Processo 4937/16.7T8OAZ.P1, Relatora Teresa Sá Lopes, disponível in:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e2e3db9834d148d480258359003b4436?OpenDocument>.

<sup>144</sup> ALMEIDA, TATIANA GUERRA, *Denúncia Abusiva no Período Experimental*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 166.

<sup>145</sup> ROUXINOL, MILENA in AAVV, JOÃO LEAL AMADO *et alli*, *Direito do Trabalho- Relação Individual, O Período Experimental*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 299.

como limite à tal aparente liberdade, o n.º 5 do art. 114.º quanto à denúncia do contrato no período experimental, refere que no prazo de cinco dias úteis a contar da denúncia, o empregador deverá comunicar à entidade com competência na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, a denúncia do contrato quando esteja em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, ou no caso de um trabalhador em gozo de licença parental, sob pena de contraordenação grave (n.º 6 do preceito). Ora, não se compreende como é que inexistente qualquer exigência para os trabalhadores portadores de deficiência, de comunicação à CITE.

Quanto às medidas de adaptação razoável, o art. 5.º 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”. Ainda, o art. 2.º da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, estabelece que as medidas de adaptação razoável são as modificações e ajustes necessários que não impliquem encargos excessivos, quando necessário para que as pessoas incapacitadas exerçam os seus direitos em igualdade com os restantes cidadãos. Como refere MILENA ROUXINOL a este respeito, a questão reside em saber se “da obrigação de adaptação razoável resulta o dever de o empregador, no momento da seleção da pessoa a contratar e deparando-se com um ou mais portadores de deficiência entre os diversos candidatos, equacionar, desde logo, a realização dos ajustamentos necessários, desde que razoáveis, não desproporcionados, em vista de garantir que, selecionando um candidato com deficiência, ele viesse a realizar as funções em causa com um resultado idêntico ao expectável de um candidato sem deficiência alguma”<sup>146</sup>, sendo que a resposta é que a não contratação configura, para a autora, um tratamento discriminatório.

O problema reside aqui em saber se na fase do período experimental, a entidade empregadora é obrigada a adotar medidas de adaptação razoável. Os preceitos referentes ao período experimental, tanto no setor privado como na Administração Pública, não se referem à exigência de serem adotadas nessa fase, medidas de adaptação

---

<sup>146</sup> ROUXINOL, MILENA, cit, p. 282.

razoável. Sabendo-se que, no período experimental, deverão ser testadas as capacidades técnicas e profissionais do trabalhador e, até, aspetos mais pessoais da relação entre trabalhador e empregador,<sup>147</sup> se não forem nesse período adotadas medidas de adaptação razoável, as partes não poderão apreciar o interesse na manutenção do contrato de trabalho<sup>148</sup>, até porque, não se afere da interação do objetivo a que antecedeu a contratação do trabalhador<sup>149</sup>. Segundo n.º 1 do art. 86.º do CT, leia-se, “o empregador deve adotar medidas adequadas para que a pessoa com deficiência ou doença crónica, nomeadamente doença oncológica ativa em fase de tratamento, tenha acesso a um emprego, o possa exercer (...)”. A norma parece referir-se à necessidade de quando o trabalhador necessitar da adoção de medidas de adaptação razoável, o empregador adotá-las aquando do acesso ao emprego, mas não resulta claro que tal obrigação se imponha no período experimental. Outrossim, releva também a necessidade de o trabalhador reunir as qualidades e capacidades necessárias, só depois o empregador tem de ter conhecimento das necessidades do candidato a trabalhador<sup>150</sup>.

Assim, a adoção de medidas de adaptação razoável “deverá estar presente, não só na execução do contrato de trabalho, mas também na fase de recrutamento e mesmo, na cessação do mesmo”<sup>151</sup>, neste sentido, “o conceito abrange o recrutamento pois o empregador terá de considerar a aptidão da pessoa para aquele posto de trabalho, tendo em conta as adaptações que poderiam ser feitas”.<sup>152</sup>

---

<sup>147</sup> GOMES, JÚLIO, cit, p. 489.

<sup>148</sup> N.º 1 do art. 111.º do CT.

<sup>149</sup> MONTEIRO, LUIS MIGUEL Anotação ao artigo 111.º do Código do Trabalho, in AAVV, *Código do*, cit, p. 279.

<sup>150</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, cit, p. 212.

<sup>151</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, cit, p. 217.

<sup>152</sup> MOREIRA, TERESA COELHO, *ibidem*.

## CONCLUSÃO

No domínio do Direito Antidiscriminação, vislumbram-se, tanto a nível europeu como a nível nacional, evoluções significativas no referente à evolução do conceito de deficiência, com a passagem de um modelo médico da deficiência, para um modelo biopsicossocial, deixando de se ver tais cidadãos como alvos de medidas de segurança social ou de caridade, passando a ser vistos como os restantes cidadãos.

No que toca ao direito do trabalho, o TJUE demonstra uma posição mais atual ao considerar que, no âmbito da Diretiva 2000/78, são considerados como deficientes os cidadãos portadores de uma doença duradoura e ainda, por considerar como discriminação em razão da deficiência, a discriminação por associação.

O princípio da não discriminação, como reflexo do princípio da igualdade, tem ainda um longo caminho a percorrer para que aos cidadãos com tais patologias seja dado o devido tratamento em vários domínios, de outra forma, a taxa de emprego destes não seria tão parca.

Os cidadãos com deficiência têm como principal dificuldade o acesso ao emprego, o que não lhes permite demonstrar as suas capacidades e aptidões no mercado do trabalho que, na maioria das vezes, são consideradas de antemão como insuficientes. Como tal, ao empregador não é dada total liberdade contratual, de modo a salvaguardar-se possíveis situações discriminatórias.

Como principais medidas de discriminação positiva ao dispor dos cidadãos deficientes, estão as quotas de emprego no setor público e privado e as medidas de adaptação razoável. Ficam as seguintes questões por resolver: a de saber se, de facto, a utilidade de existirem quotas de emprego quando livremente o empregador pode fazer cessar o contrato de trabalho no período experimental e se são devidas a aplicação de medidas de adaptação razoável em tal período. A legislação, a nível público e privado, não responde a tais questões, questões que se espera que sejam resolvidas com brevidade, sob pena de esvaziamento legal de tais diplomas.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência dos Direitos Fundamentais da UE, Conselho da Europa, Manual sobre a legislação europeia-Antidiscriminação, 2010.

ALMEIDA, TATIANA GUERRA, *Denúncia Abusiva no Período Experimental*, Almedina, Coimbra, 2007.

AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO Anotação ao art. 112.º, in AAVV, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2017.

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, Anotação ao art. 37.º, in AAVV, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2017.

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, Anotação ao art. 66.º, in AAVV, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2017.

ARNESON, RICHARD, “Equality of Opportunity”, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta, disponível in: <https://plato.stanford.edu/entries/equal-opportunity/>, 2002.

AUZERO, GILLES, *Droit du Travail*, 32 Édition, Dalloz, Paris, 2019.

BARNARD, CATHERINE, “Gender Equality in the EU”, *EU and Human Rights*, Oxford University Press, United Kingdom, 1999.

CABRAL, PEDRO, “O Conceito de Deficiência na Diretiva 2000/78/CE”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Dezembro, Volume 3, 2007.

CARVALHO, CATARINA, *A Promoção e Protecção do Emprego dos Trabalhadores Portadores de Deficiência no Direito Português*, Intervenção na Universidade de Santiago de Compostela.

CASTILLO, MARIA DEL MAR RUIZ, *Igualdade y No Discriminación. La Protección sobre el Tratamiento Laboral de la Discapacidad*, 1ª Edição, Bomarzo, Albacete, 2010.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito do Trabalho*, 1ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 1953.

DRAY, GUILHERME, Anotação ao artigo 24.º do Código do Trabalho, *in* AAVV *Código do Trabalho Anotado*, 12ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2020.

DRAY, GUILHERME, Anotação ao artigo 27.º do Código do Trabalho, *in* AAVV *Código do Trabalho Anotado*, 12ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2020.

DRAY, GUILHERME, Anotação ao artigo 28.º do Código do Trabalho, *in* AAVV *Código do Trabalho Anotado*, 12ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2020.

DRAY, GUILHERME, *et alli*, *Efeitos da Discriminação Ilícita no Acesso ao Emprego*, Estudos do Instituto do Direito de Trabalho, Vol. I, Almedina Editora, Coimbra, 2001, pp. 83-95.

DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho, Sua Aplicabilidade no Domínio Específico de Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, 1ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 1999.

DRAY, GUILHERME, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Almedina Editora, Coimbra, 2015.

FALCÃO, DAVID/ SÉRGIO TOMÁS, *Lições de Direito do Trabalho- A Relação Individual de Trabalho*, 1ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2014.

FERNANDES, MONTEIRO, O Princípio da Igualdade de Tratamento no Direito do Trabalho, *Estudos Ferrer Correia*, III Volume, Almedina Editora, Coimbra, pp. 1099-1036, 1984.

FITA, ORTEGA, *La pequeña y mediana empresa em el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant lo Blanch, Valência, 1997.

FIGUEIREDO, MARGARIDA SIMÕES, *O exercício do Direito ao Trabalho da Pessoa com Deficiência Motora, Questões Laborais*, n.º 50, 2017, pp. 37-64.

FONTES, FERNANDO, *Pessoas com Deficiência e Políticas Sociais em Portugal: Da caridade à cidadania social*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, volume 86, 2009, pp. 73-93, disponível in <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/33764/1/Pessoas%20com%20defici%C3%Aancia%20e%20pol%C3%ADticas%20sociais%20em%20Portugal%20Da%20caridade%20%C3%A0%20cidadania%20social.pdf>.

GOMES CANOTILHO, J.J./VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

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

GONÇALVES, FERNANDO, *et alli, Novo Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, Almedina Editora, Coimbra, 2ª Edição, 2015.

HENRIQUES, JOSÉ, *O Princípio da Igualdade de Tratamento e a Discriminação Positiva*, in *Revista de Estudos Politécnicos*, 2006, Vol. III, n.ºs 5/6, disponível in: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n5-6/3n5-6a13.pdf>.

LÓPEZ, ÁNGEL, *Cabe La Discriminación Positiva En Relación Com El Factor Religioso?*, 2010, disponível in: <https://eprints.ucm.es/10967/1/D%2Bfactoreligioso.pdf>.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 8ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2017.

MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL, *Direito do Trabalho*, 2.ª Edição Almedina Editora, Coimbra.

MESTRE, BRUNO, “Sobre o Conceito de Discriminação numa Perspetiva Contextualizada Comparada”, in *Estudos dedicados ao Professor Bernardo da Gama*

Lobo Xavier, *Direito e Justiça*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2015, pp. 377-410.

MONTEIRO, LUÍS MIGUEL, Anotação ao artigo 111.º do Código do Trabalho, *in* AAVV, *Código do Trabalho Anotado*, 12ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2020.

MOREIRA, HERLA COURA, *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas em Benefício da População Negra no Brasil*, Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, disponível *in*: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84043/1/HERLA%20KALINA%20COURA%20MOREIRA%20FIM%21.pdf>.

MOREIRA, TERESA COELHO, *Igualdade e Não Discriminação, Estudos de Direito do Trabalho*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013.

MOURA, PAULO VEIGA, *et alli*, *Comentário à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1º Volume, 2014.

OMS, *World Report On Disability*, 2011, disponível *in* [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report.pdf](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf).

QUINTAS, PAULA, HÉLDER QUINTAS, *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, Almedina Editora, Coimbra, 2010.

RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, “Igualdade e Não Discriminação em Razão do Género no Domínio Laboral- Situação Portuguesa e Relação com o Direito Comunitário. Algumas notas”, *in* *Estudos do Direito do Trabalho*, vol. I, Almedina, 2003, Coimbra, pp. 227-246.

RAMALHO, ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II- Situações Laborais Individuais*, 6ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2016.

RAPOSO, VERA LÚCIA, “Os Limites da Igualdade: Um Enigma por Desvendar (a Questão da Promoção da Igualdade Laboral entre Sexos)”, *in* *Revista de Questões Laborais- Publicação Semestral*, Ano XI, N.º 23- 2004, pp. 42 a 80.

ROUXINOL, MILENA in AAVV, JOÃO LEAL AMADO *et alli*, *Direito do Trabalho-Relação Individual, O Período Experimental*, Almedina, Coimbra, 2019.

ROUXINOL, MILENA, “Notas em Torno do Imperativo de Inclusão do Trabalhador Portador de Deficiência”, *Lex Social – Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n.º 7, 2017, pp. 266-301.

SANTOS, RODRIGO GODINHO, *O Sistema de Quotas Para Pessoas com Deficiência no Acesso ao Emprego Público, Ontem, Hoje... e Amanhã?*, Centro de Investigação de Direito Público, disponível in <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/648-966.pdf>.