



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO
DO TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA OU DOENÇA CRÓNICA:
CADUCIDADE OU “DESPEDIMENTO POR INAPTIDÃO”**

Ana Isabel de Castro Valério Branco Botelho

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

Porto

2016

Agradecimentos

Aos meus Avós, por tudo, dedico esta tese.

Aos meus Pais, por acreditarem sempre em mim, pelo apoio incondicional, pela compreensão e por terem tornado possível a minha formação académica.

Ao meu Irmão e à Catarina, pelo apoio e palavras encorajadoras nas horas mais difíceis.

À Luísa e à Ana Sofia, pela amizade incondicional.

A todos os meus amigos e amigas, em especial, à Inês, à Cláudia e ao Tiago, pela amizade, apoio e companheirismo.

À Universidade Católica Portuguesa, em especial, à Prof.^a Doutora Milena Rouxinol, pela orientação e ajuda prestada.

Índice

Lista de abreviaturas	5
Capítulo I	6
1. O princípio da igualdade e o princípio da não discriminação	6
2. Os instrumentos jurídicos Internacionais	8
2.1 A Diretiva 2000/78/CE	8
2.2. Outros instrumentos jurídicos Internacionais	10
3. A Jurisprudência do TJUE	11
3.1. O conceito de deficiência	11
3.2. As medidas de adaptação razoável	17
4. O conceito de deficiência no direito português	20
4.1. As medidas de adaptação razoável no ordenamento jurídico português	21
Capítulo II	24
5. A cessação do contrato de trabalho do trabalhador portador de deficiência	24
5.1. A distinção entre o despedimento por inadaptação e o novo despedimento por inaptidão	26
5.2. A Lei nº23/2012 e o surgimento de uma nova modalidade de despedimento	27
5.3. A caducidade do contrato de trabalho	34
6. Conclusão	38
Bibliografia	39

Lista de abreviaturas

AAVV – Autores vários

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto-Lei

OIT – Organização Internacional do Trabalho

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Resumo: A presente dissertação reflete sobre a cessação do contrato de trabalho do trabalhador portador de deficiência através de despedimento por inaptidão ou caducidade, com o auxílio do princípio da não discriminação e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Abstract: The present thesis analyzes the employment contract termination, by means of dismissal on grounds of employee's incapacity for the job and also via expiry, the analysis being supported on the principle of non discrimination and the European Union Court of Justice of the case law.

Palavras-chave: Deficiência, princípio da não discriminação, inaptidão, caducidade.

Keywords: Disability, principle of non discrimination, inaptitude, expiry.

Capítulo I

1. O princípio da igualdade e o princípio da não discriminação

Como princípio fundamental de um Estado de Direito Democrático, o princípio da igualdade sempre assumiu um papel preponderante na evolução do Direito, da sociedade e na solução dos problemas jurídicos que os juristas e os Tribunais tentam resolver.

Consagrado em vários instrumentos jurídicos, como na nossa Constituição no seu artigo 13^o, o princípio da igualdade consubstancia-se na máxima de que todos os Homens são iguais perante a Lei, estando todos sujeitos aos mesmos direitos, deveres e obrigações. A Lei é aplicada uniformemente perante todos e nisto consiste a igualdade formal.

No entanto, há certas pessoas que estão colocados numa situação mais frágil que as restantes, pelo que merecem e necessitam de especial proteção por parte da Lei. Nesta

¹ Consagra o artigo 13º da Constituição da República Portuguesa que “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”.

sede, referimo-nos aos cidadãos portadores de deficiência que pelas suas limitações e incapacidades, veem a integração na sociedade e no mercado de trabalho, mais penosa e dificultada que os restantes cidadãos.

Perante estas dificuldades, as pessoas com deficiência não podem ser tratadas de igual forma ante as que não têm qualquer deficiência. Desta necessidade surge a vertente material do princípio da igualdade, que pressupõe um juízo de comparação entre situações, a fim de avaliar se justificam um tratamento similar ou diferenciado. Para além disto, aquele princípio baseia-se numa conceção individualista do ser humano e tem como objetivo a justiça corretiva². O princípio da não discriminação é uma concretização do princípio da igualdade, são princípios que se complementam e associam.

Segundo o princípio da não discriminação todo o tipo de condutas discriminatórias devem ser proibidas, ao mesmo tempo que o Estado tem que assumir um papel ativo na luta contra a discriminação, através, por exemplo, da implementação de medidas que ajudem estas pessoas a integrarem-se na sociedade.

De salientar, que se tem registado em Portugal mais queixas por discriminação em razão da deficiência³. Esta realidade demonstra que a intervenção do Estado e a implementação de medidas tem sentido prático. A este propósito podemos pensar, por exemplo, na promoção de medidas sancionatórias mais eficazes para quem exerça práticas discriminatórias. Note-se que são poucos os processos contraordenacionais que resultam das queixas.⁴

No domínio das relações laborais, encontramos no nosso ordenamento jurídico categorias de trabalhadores especialmente protegidos⁵, nas quais se enquadra o trabalhador com deficiência ou doença crónica, vejam-se os artigos 85º e seguintes do Código do Trabalho (CT). Neste âmbito, Guilherme Dray⁶ fala num “princípio da proteção do trabalhador”, pelo que existem normas específicas para estes trabalhadores e legislação que proíbe qualquer forma de discriminação.

² Neste sentido cfr. Bruno Mestre, “*Sobre o conceito de discriminação numa perspetiva contextual e comparada*”, Estudos dedicados ao Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Direito e Justiça, Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2015, pág. 382.

³ Cfr. a notícia de 10/08/2016, avançada pelo Jornal Público, disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/queixas-por-discriminacao-de-deficientes-sobem-ha-mais-do-que-uma-por-dia-1740816>

⁴ *Idem, ibidem.*

⁵ Destas categorias fazem ainda parte as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, os menores e os trabalhadores-estudantes.

⁶ DRAY, Guilherme, “*O Princípio da Proteção do Trabalhador*”, Almedina, março, 2015, pág. 69.

Tendo em consideração estas primeiras ideias, nesta dissertação iremos analisar num primeiro momento a proteção conferida aos trabalhadores portadores de deficiência ou doença crónica, através da análise da legislação anti discriminação existente, recorrendo à análise do Direito da União Europeia, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e do direito interno português.

Ainda no âmbito do direito interno português, e num segundo momento, iremos passar pelo problema da cessação do contrato de trabalho dos trabalhadores portadores de deficiência ou doença crónica. Em especial, se a cessação do contrato se enquadra na caducidade ou no novo tipo de despedimento, por inaptidão.

No entanto, antes destes desenvolvimentos há que definir o objeto deste estudo, e para isso teremos que chegar a um conceito de deficiência e determinar que trabalhadores são considerados como portadores de deficiência ou doença crónica, visto que estes trabalhadores estarão sob tutela da legislação anti discriminação.

2. Os instrumentos jurídicos Internacionais

2.1. A Diretiva 2000/78/CE

Neste domínio ainda recente da discriminação em razão da deficiência, a legislação existente não é significativa, mas tem começado a tornar-se mais comum, assim como os casos tratados pelos tribunais, principalmente por fruto do trabalho desenvolvido pelo legislador europeu⁷.

A Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro, estabelece um quadro geral da igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, e tem como principal objetivo a luta contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, na aceção do seu artigo 1º⁸. De destacar que

⁷ A este respeito, Júlio Gomes refere que “torna-se praticamente desnecessário sublinhar o impulso crucial do direito [europeu na matéria da proibição da discriminação], perante a frequente passividade dos legisladores e dos tribunais nacionais de alguns Estados-Membros na matéria”, *“Direito do Trabalho – volume I – Relações Individuais de Trabalho”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 385.

⁸ Consagra este artigo que “a presente diretiva tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática no Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.”

esta diretiva tem um âmbito de aplicação amplo, é aplicável a todas as pessoas, tanto do sector público e privado, e protege-as de qualquer tratamento discriminatório na admissão ao trabalho, na vigência do contrato e ao nível da cessação do contrato, nos termos do disposto no artigo 3º/1 da mencionada diretiva.

Como adiantado *supra*, na aceção da presente diretiva, os Estados-Membros são incentivados para que apliquem medidas de ação positiva para o combate à discriminação, como dispõe o seu artigo 7º. Veremos *infra* em que consistem estas medidas.

O artigo 2º daquela diretiva consagra o princípio da igualdade de tratamento, que se consubstancia na ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão dos fatores *supra* mencionados, entre os quais se encontra o da deficiência. No nº2 do mesmo artigo, distingue-se aquilo que se entende por discriminação direta e indireta⁹.

Segundo a alínea a) do nº2 do artigo 2º da Diretiva 2000/78, considera-se que existe discriminação direta sempre que, pelos motivos *supra* indicados, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável.

Por outro lado, nos termos da alínea b) do mesmo artigo, considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas afetadas pelos fatores do artigo 1º, comparativamente com outras pessoas. De notar que não há discriminação indireta nos casos enunciados dos pontos i) e ii) do nº2 do artigo 2º. Em primeiro lugar, não se verifica discriminação quando certa disposição seja objetivamente justificável por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários. Por último, também não estaremos perante um comportamento discriminatório quando relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes de disposição, critério ou prática.

No contexto da Diretiva 2000/78 é ainda importante fazer uma pequena referência à discriminação por assédio. Segundo o nº3 do seu artigo 2º, o assédio é considerado discriminatório “na aceção do nº1, sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com um dos motivos referidos no artigo 1º, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente de trabalho intimidativo, hostil,

⁹ Também no nosso Código do Trabalho encontramos uma definição de discriminação direta e indireta, veja-se o seu artigo 23º.

degradante, humilhante ou destabilizador. Neste contexto, o conceito de «assédio» pode ser definido em conformidade com as legislações e práticas nacionais dos Estados-Membros.”

2.2. Outros instrumentos jurídicos Internacionais

No âmbito do combate à discriminação, para além da Diretiva 2000/78 e não menos importante, há ainda que referir outros instrumentos jurídicos, nomeadamente, do Direito da União Europeia.

Em primeiro lugar, é de salientar o artigo 19º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁰, que se refere à adoção de medidas de adaptação razoável para combater a discriminação em razão da deficiência. Pela importância que assumem, o estudo das medidas de adaptação razoável será objeto de análise *infra*.

De destacar a celebração, pela Comunidade Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada a 30 de março do 2007, que consagra, entre outros, os princípios da dignidade, da igualdade e da não discriminação. A ratificação desta Convenção implica que todas as instituições da União Europeia, incluindo a Comissão Europeia e o TJUE, têm de ter em atenção os princípios nela vertidos quanto ao desenvolvimento, implementação e interpretação do Direito da União Europeia.¹¹ Na prática isto significa que estas instituições terão de interpretar e implementar a Diretiva 2000/78 de acordo com a Convenção das Nações Unidas e os princípios nela vertidos, veja-se o disposto no seu artigo 3º¹².

Esta Convenção dá-nos um conceito muito amplo de deficiência, segundo o qual, nos termos do artigo 1º, “as pessoas com deficiência incluem aqueles que têm

¹⁰ Refere este artigo que “sem prejuízo das demais disposições dos Tratados e dentro dos limites das competências que estes conferem à União, o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.”

¹¹ MOREIRA, Teresa Coelho, “A jurisprudência do TJUE sobre a discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, Questões Laborais, número especial, 2013, pág.658.

¹² Consagra o artigo 3º que “os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas; b) Não discriminação; c) Participação e inclusão plena e efetiva na sociedade; d) O respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e humanidade; e) Igualdade de oportunidade; f) Acessibilidade; g) Igualdade entre homens e mulheres; h) Respeito pelas capacidades de desenvolvimento das crianças com deficiência e respeito pelo direito das crianças com deficiência a preservarem as suas identidades.”

incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.”

A proteção conferida a estes trabalhadores advém também da Convenção nº 159 da OIT (ratificada por Portugal pela Resolução nº 63/98 de 9 de outubro de 1998), relativa à readaptação profissional e ao emprego de pessoas com deficiência. Esta convenção apela à atuação dos Estados-Membros a cumprirem o mencionado dever de readaptação, para que estes trabalhadores obtenham, conservem e progridam no mercado de trabalho e na sociedade.

De referir também os artigos 21º e 26º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que se referem, respetivamente, ao direito à não discriminação e à integração da pessoa com deficiência na sociedade. E ainda, a Carta Social Europeia (revista), que no seu artigo 15º garante às pessoas com deficiência o exercício efetivo do direito à autonomia, à integração social e à participação da vida da comunidade, em domínios como a educação, a formação profissional, o acesso e a manutenção do emprego.

No entanto, apesar de a Convenção *supra* referida já prever um conceito de deficiência, é importante e pertinente analisar a evolução do conceito na jurisprudência do TJUE, uma vez que nem a Diretiva 2000/78 nem a Carta Social Europeia estabelecem uma definição de deficiência. Esta omissão colocou alguns problemas aos tribunais nacionais dos vários Estados-Membros que têm sido chamados a interpretar as transposições nacionais e que originou alguns casos jurisprudenciais do TJUE a título de pedido de reenvio prejudicial.¹³

Assim, teremos como ponto de partida a jurisprudência do TJUE, que ao longo dos anos tem vindo a aprofundar e a definir mais precisamente o que entende por deficiência. Não iremos aqui analisar de forma muito detalhada estes casos, vamos sim recorrer a eles para chegar a um conceito de deficiência e verificar quem é considerado trabalhador portador deficiência para efeitos da Diretiva 2000/78/CE.

3. A Jurisprudência do TJUE

3.1. O conceito de deficiência

¹³ MOREIRA, Teresa Coelho, ob. cit. pág.656.

i. O caso *Chácon Navas*

O primeiro caso tratado pelo TJUE nesta matéria ficou conhecido como *Chacón Navas*, processo C-13/15, de 11 de julho de 2006. A Sra. Chacón Navas trabalhava para a Eurest, e foi despedida na sequência de ter sido colocada numa situação de baixa por doença. A entidade empregadora despediu-a sem causa justificativa, apesar de ter reconhecido o carácter irregular do despedimento e de ter oferecido uma indemnização à trabalhadora. Não conformada com este despedimento, Chacón Navas intentou uma ação contra a entidade empregadora, fundamentada na nulidade do despedimento, em razão da desigualdade de tratamento e na discriminação em razão da deficiência, violando a Diretiva 2000/78/CE, e requerendo a reintegração na empresa.

O órgão jurisdicional de reenvio colocou ao TJUE a questão de saber se a Diretiva 2000/78/CE ao proibir a discriminação em razão da deficiência também garantia a proteção aos trabalhadores que foram despedidos por estarem doentes, e se a doença poderia ser acrescentada ao grupo de fatores protegidos pela Diretiva.

Em resposta às questões suscitadas, o TJUE optou por uma noção de deficiência bastante restritiva, e considerou que a doença não poderia ser considerada como um fator a acrescentar aos demais já previstos na Diretiva.

Relativamente à noção de deficiência há que destacar o parágrafo 43 do acórdão em análise, que refere que o “conceito de deficiência deve ser entendido no sentido de que visa uma limitação, que resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas e que impedem a participação da pessoa em causa na vida profissional.” Na visão do tribunal esta limitação teria que ser de longa duração, para que possa estar abrangida pelo conceito de deficiência.¹⁴

O TJUE menciona ainda que, tendo em consideração a letra da lei, o legislador escolheu deliberadamente um termo que difere do de doença. E que a equiparação pura e simples dos dois conceitos está, pois, excluída. O tribunal explica no parágrafo 46 que a Diretiva “não contém nenhuma indicação da qual resulte que os trabalhadores estão protegidos graças à existência da proibição de discriminação com base em deficiência a partir do momento em que uma doença, seja ela qual for, se manifeste”. O Tribunal decidiu que o conceito da deficiência na aceção da Diretiva deve ser objeto de

¹⁴ Parágrafo 45.

interpretação autónoma e uniforme, acrescentando que a doença não poderia ser acrescentada aos outros motivos protegidos pela Diretiva, pois não se encontrava explicitamente prevista nem na Diretiva nem no Tratado.

Perante isto, há que criticar a decisão tomada pelo TJUE, na parte em que baseia o seu conceito de deficiência no modelo médico de deficiência, ao afirmar que a causa da limitação está na incapacidade da pessoa, e que esta incapacidade impede a participação na vida profissional, e ainda por definir aquele conceito sem fazer referências ao ambiente ou as barreiras existentes na sociedade.

De salientar o previsto na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁵, que faz referência às barreiras mencionadas supra, no artigo 1º/2: “as pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros”.

A este propósito, Teresa Coelho Moreira¹⁶ refere que o tribunal não adotou a melhor posição, ao ter em atenção apenas este modelo médico e focando a limitação somente na incapacidade e na necessidade de provar essa mesma limitação.

Também o conceito de doença, nomeadamente de doença crónica, que o tribunal adota, merece algumas críticas, por se apresentar ambíguo e vago. Recordando o referido no parágrafo 46¹⁷ do acórdão em causa, o tribunal não diferencia neste conceito as doenças duradouras, assim como aquelas que se poderão tornar duradouras, pelo que se poderão incluir no conceito amplo de deficiência. As outras doenças, as transitórias, já não deverão estar dentro do conceito de deficiência.

Por tudo isto, podemos concluir que a decisão do TJUE no caso *Chacón Navas* foi ambígua e restrita, visto que decidiu que uma pessoa que seja despedida com base em doença não está abrangida pelo princípio de proibição de discriminação em razão da deficiência, e porque adotou um modelo médico para definir doença.

ii. O caso *Coleman*

¹⁵ Note-se que esta Convenção foi adotada depois do acórdão *Chacón Navas*.

¹⁶ MOREIRA, Teresa Coelho, ob. cit. pág. 661.

¹⁷ “A Diretiva 2000/78 não contém nenhuma indicação da qual resulte que os trabalhadores estão protegidos graças à existência da proibição de discriminação com base em deficiência a partir do momento em que uma doença, seja ela qual for, se manifeste”

Posteriormente ao acórdão que temos vindo a analisar, o TJUE foi chamado a pronunciar-se sobre um outro caso. Foi o caso *Coleman*, processo C-303/06, no qual o TJUE tratou da questão de saber “se estão protegidos pela legislação anti discriminatória apenas as pessoas que são portadoras de alguma deficiência ou também aquelas que, não o sendo, estão relacionadas com elas por discriminação”. Aconteceu que a Sra. Coleman era tratada, no seu trabalho, de forma menos favorável, em relação aos colegas, por ser mãe de uma criança portadora de uma deficiência. Devido ao ambiente hostil que tinha que suportar, a trabalhadora aceitou cessar voluntariamente a relação de trabalho.

O TJUE afirmou que não resulta da Diretiva 2000/78 que o princípio da igualdade de tratamento que a mesma pretende garantir seja limitado às pessoas que sejam elas próprias portadoras de deficiência. Pelo contrário, o tribunal decidiu que a referida diretiva tem como objetivo, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, lutar contra todas as formas de discriminação em razão da deficiência.¹⁸ Neste sentido, o tribunal referiu no parágrafo 50 que “embora numa situação como a que está em causa no processo principal, a pessoa que foi alvo de discriminação direta baseada em deficiência não seja ela própria deficiente, isso não significa que não seja a deficiência que, segundo S. Coleman, constitui o motivo do tratamento menos favorável de que alegadamente foi vítima”.

O TJUE concluiu que a Diretiva 2000/78 não se aplica a uma categoria de pessoas, mas a característica abrangida, e que “uma interpretação da Diretiva 2000/78 que limite a sua aplicação exclusivamente às pessoas que sejam elas próprias deficientes seria suscetível de privar esta diretiva de uma parte importante do seu efeito útil e de reduzir a proteção que ela visa garantir”.¹⁹

Da análise dos dois acórdãos estudados até agora, podemos verificar uma evolução ténue na proibição da discriminação da deficiência, passando esta a englobar a proibição da discriminação por associação.

iii. O caso *Jette Ring*

O caso *Jette Ring* (ou HK Dinamarca), processos C-335/11 e C-337/11, reveste-se de especial importância, uma vez que foi a primeira decisão após a ratificação por parte da União Europeia da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com

¹⁸ Parágrafo 38.

¹⁹ Parágrafo 51.

Deficiência.²⁰ E foi também importante pois o TJUE foi chamado “a precisar o conceito de deficiência definido no acórdão *Chacón Navas*, já que no cerne dos pedidos de reenvio prejudicial colocava-se a questão de saber quando se poderia considerar que existe uma deficiência na aceção da Diretiva 2000/78/CE e de que forma devia o conceito de deficiência ser distinguido do conceito de doença”.²¹

Neste caso, duas trabalhadoras foram despedidas após um período de baixa médica. A Sra. Jette Ring sofre de dores permanentes ao nível da coluna dorso lombar que não tem tratamento.²² Por sua vez, a Sra. Skouboe Werge, foi vítima de um acidente de viação e sofreu uma lesão designada por “golpe de coelho”.²³ As entidades empregadoras entenderam que as trabalhadoras não estariam em condições de exercer um emprego a tempo inteiro. Por outro lado, o sindicato representante das trabalhadoras afirmou que estas eram portadoras de uma deficiência e que as suas respetivas entidades patronais tinham o dever de lhes propor uma redução do tempo de trabalho, por força da obrigação de proceder a adaptações previstas no artigo 5º da Diretiva 2000/78, e que as suas faltas por doença resultam das suas deficiências.²⁴

O TJUE, para tomar a sua decisão, teve em consideração o previsto na Convenção *supra* referida, e afirma que “o conceito de deficiência deve ser entendido no sentido de que visa uma limitação, que resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores.”²⁵ Para o tribunal estas incapacidades devem ser duradouras, tal como estipula o artigo 1º/2 da Convenção.

Neste sentido, o TJUE refere no parágrafo 40 que “não é evidente que a Diretiva 2000/78 apenas pretenda abranger deficiências congénitas ou resultantes de acidentes, excluindo as que são causadas por uma doença. Com efeito, seria contrário ao próprio objetivo da diretiva, que é o de concretizar a igualdade de tratamento, admitir que esta se possa aplicar em função das causas da deficiência.”

O tribunal refere que, “consequentemente, há que concluir que, se uma doença curável ou incurável implica uma limitação, que resulta, designadamente, de lesões

²⁰ MOREIRA, Teresa Coelho, ob. cit. pág. 662.

²¹ MOREIRA, Teresa Coelho, ob. cit. pág. 662.

²² Parágrafo 15.

²³ Parágrafo 19.

²⁴ Parágrafo 23.

²⁵ Parágrafo 38.

físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores, e se esta limitação é duradoura, tal doença pode enquadrar-se no conceito de «deficiência» na aceção da Diretiva 2000/78.”²⁶

Definido o conceito de deficiência, diz o tribunal no parágrafo 42 que “em contrapartida, uma doença que não implique tal limitação não se enquadra no conceito de «deficiência» na aceção da Diretiva 2000/78. Com efeito, a doença enquanto tal não pode ser considerada um motivo que acresce àqueles com base nos quais a Diretiva 2000/78 proíbe quaisquer discriminações.”

Para além disto, e como salienta Teresa Coelho Moreira²⁷, é de salientar que o tribunal decidiu que o facto de a pessoa poder continuar a trabalhar não exclui a caracterização como deficiência da sua situação. Voltaremos a esta questão *infra* quando se analisar as medidas de adaptação razoável.

iv. O caso *Kaltoft*

Para concluir a análise da jurisprudência do TJUE, podemos fazer uma pequena referência ao caso *Kaltoft*, um acórdão de 2014 daquele tribunal, processo C-354/13. Deste acórdão resulta que a obesidade pode, em certos casos²⁸, entrar no conceito de deficiência. O TJUE, com este caso, levou mais longe o conceito de deficiência.

Da análise dos acórdãos estudados até agora, podemos destacar a evolução notória de entendimento do TJUE, principalmente no caso *Jette Ring*, uma vez que este estipula que pode haver deficiência mesmo que resulte de doença e porque o tribunal adotou um modelo social de deficiência, em contraposição ao modelo médico.

²⁶ Parágrafo 41.

²⁷ MOREIRA, Teresa Coelho, ob. cit. pág. 664.

²⁸ Resulta dos parágrafos 59 e 60 que “se o estado de obesidade do trabalhador em causa implicar uma limitação que resulta, designadamente, de lesões físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores, e se esta limitação é duradoura, esse estado enquadra-se no conceito de «deficiência» na aceção da Diretiva 2000/78. Tal verificar-se-ia, designadamente, se a obesidade do trabalhador impedisse a sua participação plena e efetiva na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores devido a uma mobilidade reduzida ou à superveniência, nessa pessoa, de patologias que o impedissem de realizar o seu trabalho ou que implicassem dificuldades no exercício da sua atividade profissional.”

Chegados a este ponto, estamos em condições de definir sumariamente o conceito de deficiência, e verificar que pessoas estão abrangidas por este conceito. Em primeiro lugar, estarão abrangidos por este conceito aquelas pessoas que são efetivamente portadoras de uma deficiência, assim como aquelas que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais. Os portadores de doenças, limitativas e duradouras também estarão protegidos, e ainda aqueles trabalhadores que apesar de serem portadores de deficiência ou doença, continuam a trabalhar. Também as pessoas que não sejam elas próprias deficientes, mas que são discriminadas por associação, estarão protegidas.

Concluindo, estamos perante um conceito amplíssimo de deficiência, que abrange a doença crónica. Assim, ao longo desta dissertação quando nos referirmos a pessoa portadora de deficiência, estamos a falar de portadores de doença crónica.

3.2. As medidas de adaptação razoável

O artigo 5º da Diretiva 2000/78 estabelece que “para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação”. O disposto neste artigo é imposto aos Estados-Membros, para garantir que os empregadores cumprem e adotem as medidas.²⁹

No entanto, as medidas não são exigidas se implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Para determinar se as medidas em causa são fonte de encargos desproporcionais, dever-se-ão considerar, designadamente, os custos financeiros e outros envolvimento, a dimensão e os recursos financeiros da organização ou empresa e a eventual disponibilidade de fundos públicos ou de outro tipo de assistência.³⁰ Note-se que “os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro em causa em matéria de pessoas deficientes.”

²⁹ No caso Comissão contra Itália, processo C-312/11, o TJUE condenou a Itália por não ter transposto correta e plenamente o artigo 5º da Diretiva 2000/78 relativa ao dever de adaptação razoável.

³⁰ Considerando 21 da Diretiva 2000/78.

De salientar, que se deve conjugar este artigo 5º com o artigo 2º/2, b) ponto ii) da mesma diretiva, uma vez que resulta deste último a descaracterização da discriminação indireta. Isto porque, deixa de consubstanciar ilicitude, se, relativamente às pessoas deficiência, “a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a (...) diretiva, [for] obrigada por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas de acordo com os princípios previstos no artigo 5º”.

Nas palavras de Milena Rouxinol³¹, é vedado qualquer ato de desfavor sobre um trabalhador portador de deficiência em razão desta mesma condição, sendo igualmente ilícito, por indiretamente discriminatório, o comportamento que, embora aparentemente neutro, se salde num tratamento desfavorável do trabalhador com essas características.

O considerando 17 da Diretiva 2000/78 estabelece como requisito que, sem prejuízo da obrigação de prever adaptações razoáveis para as pessoas deficientes, não é exigido o recrutamento, a promoção ou a manutenção num emprego, de uma pessoa que não seja competente, capaz ou disponível para cumprir as funções essenciais do lugar em causa ou para receber uma dada formação.

Relativamente às medidas, e nas pertinentes palavras de Teresa Coelho Moreira, o direito à adaptação razoável está relacionado com a natureza especial da legislação anti discriminatória em razão da deficiência, e com a necessidade de dar resposta às barreiras da sociedade que dificultam a interação da pessoa com deficiência. A proibição da discriminação em razão da deficiência é diferente das outras formas de discriminação. Enquanto na proibição de discriminação em razão da religião, da etnia, do género ou da orientação sexual, o que se pretende é a igualdade entre todos, na proibição da discriminação em razão da deficiência o que se pretende é que a pessoa portadora de deficiência participe o mais possível na sociedade.

Assim, nos termos do considerando 20, é necessário prever medidas apropriadas, ou seja, medidas eficazes e práticas destinadas a adaptar o local de trabalho em função da deficiência, por exemplo, adaptações das instalações ou dos equipamentos, dos ritmos de trabalho, da atribuição de funções, ou da oferta de meios de formação ou de enquadramento. A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, define como adaptação razoável a modificação e ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso,

³¹ ROUXINOL, Milena Silva, “*Revisitando a caducidade do contrato devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (maxime, por doença)*”, a publicar no *Prontuário de Direito do Trabalho*.

para garantir que as pessoas com incapacidades gozam ou exercem, em condições de igualdade com os demais, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.³² São medidas apropriadas a existência de um elevador, rampa de acesso, mobiliário ergonómico, iluminação adequada e sistemas de filtragem do ar. Note-se que estas medidas acabam por beneficiar não só a pessoa portadora de deficiência mas também as restantes pessoas que partilhem o mesmo espaço de trabalho com aquela.

Para além do auxílio conferido pelo TJUE na definição do conceito de deficiência, o tribunal teve também um papel fundamental na concretização sobre que medidas poderão ser consideradas como abrangidas pelo dever de adaptação razoável, pelo que poderemos trazer à colação o já mencionado acórdão *Jette Ring*. Colocou-se a questão de saber se a redução do horário de trabalho poderia ficar abrangida pelas medidas previstas no artigo 5º da Diretiva 2000/78.

Como se observa no parágrafo 43, o TJUE disse que “a circunstância de a pessoa apenas poder exercer o seu trabalho de forma limitada não constitui um obstáculo a que o estado de saúde desta pessoa se enquadre no conceito de «deficiência» ” e que “uma deficiência não implica necessariamente a exclusão total do trabalho ou da vida profissional.”

Neste sentido, o tribunal referiu ainda que o conceito de deficiência deve ser entendido como visando uma limitação ao exercício de uma atividade profissional e não como uma impossibilidade de exercer tal atividade. Disse ainda que o estado de saúde de uma pessoa deficiente apta para o trabalho, ainda que a tempo parcial, é pois suscetível de se incluir no conceito de deficiência e que uma interpretação em sentido contrário a esta seria incompatível com o objetivo da Diretiva 2000/78 que visa, designadamente, que uma pessoa deficiente possa aceder a um emprego ou exercê-lo.³³

O tribunal decidiu, no parágrafo 64 que “o artigo 5º da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que a redução do horário de trabalho pode constituir uma das medidas abrangidas por este artigo.” No caso, o tribunal remeteu a apreciação da proporcionalidade da medida para o órgão jurisdicional de reenvio.

Perante todas estas considerações, sobre o conceito de deficiência e o dever de adaptação razoável, estará o direito português em consonância com o Direito da União Europeia?

³² Artigo 2º/4 da Convenção.

³³ Parágrafo 44.

4. O conceito de deficiência no direito português

No ordenamento jurídico português, a legislação referente ao trabalhador portador de deficiência encontra-se regulada em legislação especial e ainda nos artigos 85º e seguintes do CT.

Neste contexto, podemos referir a Lei nº 38/2004, de 18 de agosto, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, e que nos dá um conceito de deficiência próximo do previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O artigo 2º considera a “pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a atividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.” Para além disto, ao longo do diploma, reconhecem-se princípios, como o da não discriminação e da autonomia e o dever do empregador adotar as medidas adequadas. De realçar o artigo 28º da mesma lei³⁴, do qual resulta que deve haver uma percentagem de postos de trabalho que devem ser ocupados por pessoas com deficiência. No entanto, não está previsto qualquer sanção em caso de incumprimento deste dever.

De salientar ainda, a Lei nº 46/2006, que vem proibir a discriminação em razão da deficiência, no seu artigo 5º, e também o DL nº108/2015, que vem republicar o DL nº 290/2009, que criou o Programa de Emprego e Apoio à Qualificação das Pessoas com Deficiência e Incapacidades. De referir a aprovação do Plano de Ação para a Integração das Pessoas com Deficiência pelo Conselho de Ministros nº 120/2006.

No que diz respeito ao Código do Trabalho não está prevista nenhuma definição de deficiência. Pelo contrário, o legislador optou por diferenciar e separar em três categorias os trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou com doença crónica.

Esta classificação suscita algumas dúvidas. Desde logo, se questiona de que forma se define e distingue cada uma das categorias referidas, e ainda, saber porque surge uma

³⁴ Diz o artigo 28º da Lei nº 38/2004: “1- As empresas devem, tendo em conta a sua dimensão, contratar pessoas com deficiência, mediante contrato de trabalho ou de prestação de serviço, em número até 2% do total de trabalhadores. 2- O disposto no número anterior pode ser aplicável a outras entidades empregadoras nos termos a regulamentar. 3- A Administração Pública deve proceder à contratação de pessoas com deficiência em percentagem igual ou superior a 5%.”

categoria como a da incapacidade de trabalho reduzida, a par das restantes categorias, quando aquela é consequência do trabalhador ser portador de uma deficiência ou doença crónica.

De referir que o trabalhador portador de deficiência está dispensado de algumas formas de organização do tempo de trabalho, veja-se o artigo 87º do CT. Este trabalhador está dispensado do regime da adaptabilidade, de banco de horas ou do horário concentrado (artigo 87º/1, al. a)), de prestar trabalho noturno³⁵ (artigo 87º/1, al. b)) e não é obrigado a prestar trabalho suplementar (artigo 88º). De resto, está previsto no artigo 86º o dever do empregador de adotar medidas adequadas, que veremos *infra*.

Como salienta Milena Rouxinol³⁶, considerando a amplíssima noção de deficiência plasmada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pela União Europeia e já acolhida pelo TJUE, em sede de interpretação da Diretiva 2000/78, resta uma margem diminuta para distinguir entre deficiência e doença crónica. Impõe-se concluir que toda a doença crónica, que se salde em que o respetivo portador, quando em contacto com o ambiente laboral, vir a encontrar-se em situação de desvantagem, portanto de desigualdade, em relação aos demais trabalhadores, há de qualificar-se como deficiência, para todos os efeitos visados pela Diretiva.

Assim sendo, tal como no Direito da União Europeia, no ordenamento jurídico português a doença prolongada deve ser reconduzida à categoria de deficiência, por força do princípio da interpretação conforme.³⁷

4.1. As medidas de adaptação razoável no ordenamento jurídico português

Quanto às medidas de adaptação razoável, o artigo 86º/1 do CT coincide com o previsto no artigo 5º da Diretiva 2000/78, no que respeita às medidas de adaptação, “o empregador deve adotar medidas adequadas para que a pessoa com deficiência ou doença crónica tenha acesso a um emprego, o possa exercer e nele progredir, ou para que tenha

³⁵ Neste caso o trabalho noturno compreende o período de tempo entre as 20h de um dia e as 7h do dia seguinte.

³⁶ ROUXINOL, Milena Silva, “Notas em torno do imperativo de inclusão do trabalhador portador de deficiência”, pág. 25.

³⁷ Este princípio estabelece a obrigação de os tribunais nacionais interpretarem a lei nacional à luz do plasmado na diretiva.

formação profissional, exceto se tais medidas implicarem encargos desproporcionados”. Estes encargos não serão considerados desproporcionados quando forem compensados por apoios do Estado. E é ao empregador que cabe provar que não adotou determinada medida por ela ser desproporcional.

No entanto, e no seguimento das palavras de Milena Rouxinol³⁸, há que criticar duas consequências que resultam da análise do ordenamento jurídico português.

Em primeiro lugar, e relembando o referido *supra* a propósito do estudo da jurisprudência do TJUE, segundo a qual são medidas de adaptação razoável a organização do tempo de trabalho do trabalhador portador de deficiência, parece resultar da legislação portuguesa³⁹ que apenas os meios físicos podem ser objeto de financiamento por parte do Estado. Este facto poderá levar os empregadores a pensar que só aqueles meios são exigíveis, quando, na verdade, a organização do tempo de trabalho pode constituir uma das medidas abrangidas pelo artigo 5º da Diretiva 2000/78.

Em segundo lugar, há que salientar que o CT não sugere a existência de um laço entre o imperativo de não discriminação dos trabalhadores portadores de deficiência e a obrigação de adaptação razoável, veja-se que, da leitura da lei, parece resultar que a violação do dever previsto no artigo 86º do CT não consubstancia uma violação do princípio da igualdade e da não discriminação. Perante isto, podemos destacar algumas consequências desta omissão legal. A ilicitude que advém da prática de um ato discriminatório pode ser sancionada de modo agravado, o que já não se verificará neste caso, devido à omissão mencionada. “Por outro lado, construções dogmático-normativas como a modulação dos encargos probatórios em caso de ocorrência de alegada conduta discriminatória ver-se-ão como alheias à violação do dever de adaptação razoável, se este não for encarado como dimensão do imperativo de proibição de tais condutas. Finalmente, talvez possa afirmar-se que esta dissociação contribui para fomentar a ideia de que tal estatuição constitui um mero enunciado programático. De resto, não se encontra no artigo 86º, segmento algum qualificando a violação dos deveres aí prescritos como conduta contraordenacional.”⁴⁰

Quanto às medidas de adaptação razoável, concluiu-se que há falta de efetividade na lei portuguesa.

³⁸ ROUXINOL, Milena Silva, “Notas...”, pág. 30.

³⁹ Vejam-se os artigos 33º e seguintes do DL nº 290/2009, que se referem apenas a soluções técnicas e ergonómicas e às barreiras arquitetónicas.

⁴⁰ ROUXINOL, Milena Silva, “Notas...”, pág. 30

Capítulo II

5. A cessação do contrato de trabalho do trabalhador portador de deficiência

A cessação do contrato de trabalho conhece várias modalidades, entre as quais se encontram o despedimento por inadaptação e a caducidade. Nesta sede serão estas as modalidades que serão objeto de um estudo mais detalhado.

Num domínio tão frágil como é o da cessação do contrato de trabalho é preocupante o que se tem verificado ao nível da legislação laboral nos últimos anos. Como veremos *infra* e de forma mais detalhada, a Lei nº 23/2012 criou no nosso ordenamento jurídico uma nova modalidade de despedimento, segundo a qual, o empregador pode promover a cessação do contrato de trabalho, por modificação substancial da prestação de trabalho realizada pelo trabalhador, sem introdução de modificações no posto de trabalho⁴¹. A esta nova modalidade João Leal Amado⁴² dá o nome de inaptidão.

Acontece que entre o despedimento por inaptidão e a caducidade parecem existir mais semelhanças do que aquelas que seriam desejáveis. Conforme veremos há uma aproximação de regimes entre as duas figuras, o que cria mais insegurança e instabilidade no trabalho, fruto de um clima de pressão que se poderá instalar entre os trabalhadores, devido à facilidade com que os seus contratos poderão cessar. Esta realidade é ainda mais preocupante no caso dos trabalhadores portadores de deficiência, visto que, à partida, serão menos produtivos.

Como se sabe, o empregador está numa posição de superioridade em relação ao trabalhador⁴³, e o trabalhador ocupa a posição de parte mais fraca. A aproximação de regimes e a existência deste desequilíbrio faz com que seja ainda mais importante analisar cada uma das modalidades mencionadas. Esta análise justifica-se para que se evite cessações de contratos “encapotados”, isto é, o empregador recorre à caducidade quando na verdade se está perante um despedimento por inaptidão. Assim, há procedimentos e

⁴¹ Ao contrário do que sucede com a modalidade de despedimento por inadaptação, em que se pressupõe a introdução de modificações no posto de trabalho, cujos regimes também serão analisados e distinguidos *infra*.

⁴² LEAL AMADO, João, “O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a Lei nº23/2012, de 25 de junho”, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3974, maio-junho 2012, pág. 306.

⁴³ Neste sentido, Júlio Gomes diz que “o empregador goza da faculdade de controlar a correta execução da prestação de trabalho”, “Direito...”, pág. 320.

requisitos a serem analisados, visto que, caso assim não aconteça, estaremos diante um despedimento ilícito, e se o trabalhador for portador de deficiência, um despedimento discriminatório.

Deste modo, há direitos a serem assegurados, indemnizações ou compensações a serem pagas. No domínio da cessação do contrato de trabalho dos trabalhadores portadores de deficiência, este estudo é ainda mais importante, uma vez que em virtude da sua condição, estão colocados numa situação mais frágil que os restantes trabalhadores, apesar da existência (modesta) de legislação especial e protetora. Veremos de que forma esta proteção está assegurada, nomeadamente, se o empregador é obrigado a cumprir o dever de adaptação razoável.

Numa altura em que os números do desemprego continuam elevados, é necessário estar ainda mais atento a estes mecanismos que o legislador tem vindo a criar, como veremos *infra*, fruto do compromisso assumido pelo Estado Português perante a *Troika*, e que conduziu à reforma do Código do Trabalho.

Para uma melhor compreensão do problema em questão, pensemos no exemplo (real) de um técnico de cinema que tem como função assegurar a projeção dos filmes⁴⁴. A este trabalhador é-lhe diagnosticada uma patologia, que o inibe de prestar a sua atividade a partir das 19h00, não pode trabalhar mais do que cinco dias consecutivos e tem de efetuar pausas de 10 minutos de duas em duas horas para tomar uma refeição. Imaginemos que o trabalhador não é capaz de continuar a desenvolver a atividade para o qual fora contratado, e não tem culpa desta situação. Supondo que estamos perante um trabalhador portador de deficiência, o empregador tem que cumprir o dever de adaptação razoável? Em que medida poderá o empregador fazer cessar o contrato? Deverá o empregador recorrer ao despedimento por inaptidão ou recorrer à caducidade? Ou melhor, qual destas modalidades de cessação protege mais o trabalhador com deficiência?

⁴⁴ Exemplo inspirado num caso real, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24-02-2014, processo nº 361/12.9TTMTS.P1. Perante as limitações descritas, a entidade empregadora propôs ao trabalhador que passasse a trabalhar na bilheteira a tempo parcial, proposta que não foi aceite pelo trabalhador. Devido a esta recusa, o empregador invocou a caducidade do contrato, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho, caducidade que o Tribunal confirmou.

5.1. A distinção entre o despedimento por inadaptação e o novo despedimento por inaptidão

O despedimento por inadaptação⁴⁵

Segundo o artigo 373º do CT “considera-se despedimento por inadaptação a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho.” A inadaptação verifica-se quando são introduzidas modificações no posto de trabalho e o trabalhador não consegue adaptar-se, apesar de continuar apto para desempenhar a sua função.

No artigo 374º/1 do CT encontram-se os casos que consubstanciam situações de inadaptação: redução continuada de produtividade ou de qualidade; avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho; riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros. Verificar-se-á inadaptação do trabalhador se estas situações forem determinadas pelo modo de exercício de funções do trabalhador e se torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho. Note-se que o nº3 do artigo 374º faz referência à proteção conferida “aos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica.”

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

⁴⁵ Nesta sede vamos fazer apenas referência aos pressupostos devidos para a generalidade dos trabalhadores. Esta modalidade de despedimento prevê ainda no nº 2 do artigo 374º os pressupostos exigidos para a cessação do contrato dos trabalhadores afeto a cargo de complexidade técnica.

5.2. A Lei nº23/2012 e o surgimento de uma nova modalidade de despedimento

Como adiantado *supra*, o compromisso assumido⁴⁶ entre o Estado Português e a *Troika* conduziu a uma reforma legislativa sem paralelo no nosso ordenamento jurídico. A Lei nº 23/2012 trouxe alterações legislativas a várias matérias, entre as quais podemos destacar a organização do tempo de trabalho, a redução das compensações por cessação do contrato e a figura da extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação.

Assim sendo, a Lei nº 23/2012 veio modificar aquilo que, até à data, se considerava como inadaptação. Recordemos que antes desta alteração, entendia-se que em caso de inadaptação, o trabalhador permanecia apto para trabalhar. Acontecia que apenas as funções inerentes ao seu posto de trabalho haviam sido alteradas, por exemplo, através da introdução de novas tecnologias, e neste contexto o trabalhador não lograva adaptar-se e não conseguia responder, com êxito, ao desafio colocado pelas inovações tecnológicas.⁴⁷

Acontece que, com a referida lei, se criou uma nova modalidade de despedimento. Como refere Júlio Gomes⁴⁸, a Lei nº23/2012 introduziu “de modo mais ou menos camuflado por detrás da “cortina de palavras”, uma nova causa de cessação, a qual de inadaptação só tem o nome e que é o despedimento, sem necessidade de culpa do trabalhador, por redução da produtividade⁴⁹.”

Assim, o legislador acrescentou ao artigo 375º do CT uma nova modalidade de despedimento, e não uma terceira categoria de inadaptação. Nas palavras de João Leal Amado⁵⁰, sucede que a inadaptação se dilata e se transforma, passando a respetiva noção a cobrir as hipóteses de verdadeira e própria inadaptação.

De todas as modalidades de despedimento, o despedimento por inadaptação foi e é aquela modalidade menos utilizada, quer pelos empregadores, quer ao nível das

⁴⁶ Este compromisso ficou plasmado no “Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica”, versão portuguesa disponível em www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

⁴⁷ LEAL AMADO, João, ob. cit., pág. 304.

⁴⁸ GOMES, Júlio, “*Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei nº23/2012 de 25 de junho*”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 72, Lisboa, abril-setembro 2012, pág.591.

⁴⁹ Note-se que se a redução da produtividade for devida a culpa do trabalhador estaremos perante a figura do despedimento por facto imputável ao trabalhador, por verificação do previsto no artigo 351º/2, al. m) do CT.

⁵⁰ LEAL AMADO, João, ob. cit. pág. 305.

decisões jurisprudenciais, que são muito escassas. No entanto, parece-nos que este novo despedimento por inaptidão passará a ser mais utilizado, uma vez que, e devido às características que assume, acaba por ter mais aplicabilidade prática que o primeiro. Veremos de seguida em que se traduz esta nova modalidade.

O despedimento por inaptidão⁵¹

Como já foi sendo mencionado, o despedimento por inaptidão consubstancia-se numa nova modalidade de despedimento, artigo 375º/2 do CT. Nos termos deste artigo, o contrato de trabalho pode cessar por ocorrer uma modificação substancial na prestação de trabalho do trabalhador, que torne impossível a subsistência da relação laboral. Esta impossibilidade deverá resultar, nomeadamente, de redução da produtividade ou de qualidade, sem que tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho.

Tal como o despedimento por inadaptação, o legislador integrou esta nova modalidade nas causas objetivas de despedimento. No entanto, não é pacífico na doutrina que assim o seja. Senão vejamos, o artigo 351º/2, al. m) do CT considera como justa causa subjetiva de despedimento “reduções anormais de produtividade”, que é precisamente a mesma situação que se encontra prevista tanto no artigo 375º/2 como no 374º/1. Como se sabe, as causas objetivas relacionam-se com motivos de gestão, económicos ou empresariais, e as causas subjetivas com motivos disciplinares. Das características do despedimento por inaptidão resulta que não se enquadra nem nas causas objetivas, nem nas causas subjetivas. Neste sentido, Monteiro Fernandes⁵² considera equívoca a configuração do despedimento por inaptidão. Perante isto, podemos perguntar se não estaremos aqui perante uma causa subjetiva não disciplinar⁵³, devido a estar relacionada com as qualidades do trabalhador? Parece ter sido esta a intenção do legislador, ao criar esta variante do despedimento por inadaptação, está a dar ao empregador a possibilidade de recorrer, lícitamente, a um despedimento disciplinar menos burocrático. A este

⁵¹ Será assim designada como inaptidão a variante de despedimento por inadaptação que não pressupõe a introdução de modificações no posto de trabalho.

⁵² FERNANDES, António Monteiro, “A «Reforma Laboral» de 2012: Observações em torno da Lei 23/2012”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 72, Lisboa, abril-setembro 2012, pág. 571.

⁵³ No mesmo sentido, LEAL AMADO, João, ob. cit., pág. 306.

propósito Raquel Ferreira⁵⁴ diz que a figura da inaptidão é perigosa, e como salienta Joana Neto⁵⁵ parece que corremos o sério risco de estarmos a abrir caminho para despedimentos inominados ou injustificados. No mesmo sentido, Leal Amado considera que o legislador tentou aqui contornar as previsíveis dificuldades de ordem constitucional⁵⁶.

Perante estas considerações, podemos dizer que se cria aqui um ambiente de incerteza jurídica, pelo que concordamos com David Falcão e Sérgio Tenreiro Tomás quando dizem que a inaptidão “não se baseia nem em causas objetivas nem subjetivas mas sim, claramente, na arbitrariedade”⁵⁷. Devido a isto considera-se⁵⁸ que o regime do despedimento por inadaptação é totalmente desvirtuado, e processa-se numa clara violação do princípio da segurança no emprego, consagrado no artigo 53º da CRP.

Pressupostos para a invocação do despedimento por inaptidão

i. A impossibilidade de subsistência da relação de trabalho

Em primeiro lugar, para o despedimento por inaptidão poder ser invocado tem que se verificar uma situação que torne impossível a subsistência da relação de trabalho, conforme resulta do artigo 374º/1 do CT, por força do nº2 do artigo 375º.

Da análise a este primeiro requisito, podemos questionar, desde já, em que se consubstancia a impossibilidade de subsistência da relação de trabalho. Esta condição está ligada ao pressuposto de que “não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a categoria profissional do trabalhador”. Pressuposto este que se encontra expressamente previsto na lei para o despedimento por inadaptação, mas não para o despedimento por inaptidão. Resulta da alínea d) do nº2 do artigo 375º do CT, que o legislador parece ter-se esquecido de acrescentar a esta alínea a necessidade de verificação do pressuposto do dever do empregador de colocar o trabalhador noutra posto

⁵⁴ FERREIRA, Raquel Cabral, “Despedimento por inadaptação e por inaptidão: algumas considerações à luz da reforma legislativa operada pela Lei nº23/2012 de 25 de junho”, *Questões Laborais*, 2014, pág.83.

⁵⁵ NETO, Joana, “*Despedimento por inaptidão: reforma ou consagração legal do despedimento sem justa causa?*”, 2ª edição, Almedina, Porto, fevereiro, 2016, pág. 109.

⁵⁶ LEAL AMADO, João, ob. cit. pág. 306.

⁵⁷ FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro, “*Lições de Direito do Trabalho, a relação individual de trabalho*”, 4ª edição, Almedina, 2016, pág. 264.

⁵⁸ FALCÃO, David, TOMÁS, Sérgio Tenreiro, “*Lições...*” pág. 263.

de trabalho, disponível e compatível com a categoria profissional do trabalhador, veja-se o previsto no artigo 375º/1, al. d)⁵⁹.

Recordemos, a este propósito, que a colocação do trabalhador noutra posto de trabalho disponível e compatível consubstancia e enquadra-se nas medidas de adaptação razoável, que o empregador tem que cumprir, para que um trabalhador portador de deficiência possa exercer a sua atividade profissional, caso disso necessite. Como podemos assim garantir a proteção especial devida aos trabalhadores portadores de deficiência quando, no que respeita ao despedimento por inaptidão, não resulta da leitura da lei a obrigação descrita *supra*? Por força dos artigos 71º, 13º, 58º da CRP e dos artigos 85º e seguintes do CT, talvez possamos aqui fazer uma interpretação extensiva do dever de recolocação em posto de trabalho alternativo. Igual proteção deve ser conferida à generalidade dos trabalhadores.

ii. A modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador

Para além do mencionado *supra*, para o despedimento por inaptidão operar têm que estar preenchidos, cumulativamente, os requisitos previstos no artigo 375º/2 do CT. Da alínea a) deste artigo resulta que tem que se verificar uma modificação da prestação de trabalho realizada pelo trabalhador. E esta modificação deve resultar, nomeadamente, de redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que tenham carácter definitivo.

Perante as condições descritas, podemos questionar que alcance quis o legislador dar à expressão “nomeadamente”, um alcance exemplificativo ou taxativo? Comparando o exigido entre a alínea em análise e o exigido para o despedimento por inadaptação, parece-nos que o legislador quis dar àquela expressão um alcance taxativo. Neste sentido, Júlio Gomes⁶⁰ entende que o legislador não pretendeu atribuir ao elenco previsto daquele artigo um carácter exemplificativo, mas sim, taxativo, uma vez que o legislador acaba por mencionar todas as circunstâncias em que pode consistir a inaptidão de acordo com o

⁵⁹ Esta alínea d) foi retirada do código pela Lei nº 23/2012. Porém, acabou por ser reintroduzida pela Lei 27/2014, de 8 de maio, em virtude da decisão do Tribunal Constitucional que se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma que eliminou aquele requisito, (acórdão do Tribunal Constitucional nº 602/2013, processo nº 531/12).

⁶⁰ GOMES, Júlio, “*Algumas reflexões...*”, pág. 593.

artigo 374º/1 do CT. Acrescenta aquele autor, que o legislador também não quis introduzir um conceito indeterminado ou indefinido de inaptidão. Por outro lado, Pedro Furtado Martins⁶¹ e Pedro Romano Martinez⁶² consideram que aquela expressão tem um sentido exemplificativo.

Das situações referidas nas alíneas objeto de análise, é de destacar a que se refere à produtividade. Dado que no despedimento por inaptidão não se pressupõe a introdução de modificações no posto de trabalho, perguntamos: como poderá ser analisada a produtividade de um trabalhador, se não há nada a adaptar? Neste sentido, Leal Amado⁶³ refere que como não há nada de novo não pode haver aqui inaptidão. Na mesma linha de raciocínio, e devido ao facto de a lei não prever nada quanto ao juízo da redução da produtividade, Júlio Gomes⁶⁴ propõe que se atente a um elemento temporal e à comparação com a produtividade anterior. No entanto, perante a dificuldade que este juízo pode levantar (qual o espaço de tempo e como analisar aquela redução?) parece que caímos, de novo, no domínio da arbitrariedade da vontade do empregador, que fará o seu próprio juízo de ponderação.

Esta questão da produtividade será ainda mais importante para os trabalhadores com deficiência, uma vez que, devido às limitações que sofrem, às faltas e aos intervalos de descanso que possam ter que dar, serão, à partida, menos produtivos, que os restantes trabalhadores em situação comparável. Apesar da proteção legal conferida a estes trabalhadores, que, com estranheza, só se encontra no artigo 374º/3 do CT, ou seja, parece só estar prevista para o despedimento por inadaptação, estes trabalhadores não passam a estar mais protegidos. Esta falta de proteção baseia-se na proximidade de regimes que o despedimento por inaptidão tem com a caducidade, como se verá de seguida.

⁶¹ MARTINS, Pedro Furtado, “*Cessação do contrato de trabalho*”, 3ª edição, Principia, Cascais, 2012, pág. 380.

⁶² MARTINEZ, Pedro Romano em anotação ao artigo 375º, “*Código do Trabalho Anotado*”, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 793.

⁶³ LEAL AMADO, João, ob. cit., pág. 306.

⁶⁴ GOMES, Júlio, “*Algumas reflexões...*”, pág. 594.

iii. Aproximação de regimes – o carácter definitivo e a superveniência

Resulta ainda da alínea a) do nº2 do artigo 375º do CT que a situação que deu origem à inaptidão tem que ter um carácter razoável e presumivelmente definitivo. Este requisito está ferido de insegurança e incerteza, uma vez que se algo é definitivo é porque há certezas dessa ocorrência. Num domínio tão sensível como é o da cessação do contrato de trabalho não pode existir presunções. Como pode o empregador saber se a quebra da produtividade ou qualidade do trabalhador é definitiva? Mais uma vez, caímos aqui na arbitrariedade do empregador, visto que não está aqui prevista uma forma de avaliar o carácter definitivo da inaptidão do trabalhador.

Tal como no despedimento por inadaptação, também na inaptidão o trabalhador vai perdendo as qualidades que tem de forma superveniente, ou seja, depois da celebração do contrato.⁶⁵ Neste sentido, veja-se que o artigo 373º do CT que fala em superveniência.

Para além disto, há que evidenciar que tanto o despedimento por inaptidão como a caducidade são casos de extinção do contrato de trabalho por motivo independente da vontade do trabalhador.

iv. Restantes pressupostos e procedimentos a adotar

Do artigo 375º/2 do CT resulta ainda que o empregador tem que informar o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da atividade antes prestada, com descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa de modificação substancial da prestação, bem como de que se pode pronunciar por escrito sobre os referidos elementos em prazo não inferior a cinco dias úteis. Por fim e, após a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para o efeito, o empregador lhe comunique, por escrito, ordens e instruções adequadas respeitantes à execução do trabalho, com o intuito de a corrigir, tendo presentes os factos invocados por aquele.

Relativamente ao procedimento a adotar pelo empregador, a sua importância prende-se com a verificação da licitude do despedimento, apesar de ser um procedimento exigente. No caso de não se verificar, estaremos perante um despedimento ilícito, e na hipótese de se tratar de um trabalhador portador de deficiência, estaremos ainda perante um despedimento discriminatório. O procedimento em causa, que também tem que ter

⁶⁵ QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder, “Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho”, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 167.

lugar no novo despedimento por inaptidão, encontra-se previsto no artigo 375º e 376º e seguintes do CT. Destes artigos resulta, para o empregador, a obrigação de comunicação, consulta e de decisão fundamentada. O artigo 379º/1 prevê o direito do trabalhador à compensação.

Quanto ao procedimento descrito *supra*, há ainda que criticar a criação, pelo legislador, do artigo 379º/2⁶⁶ do CT, que faz referência ao despedimento por inaptidão. Este preceito dá ao trabalhador a faculdade de denunciar o contrato de trabalho quando recebe a comunicação do despedimento presente no artigo 376º. Nas palavras de Leal Amado, o previsto no artigo 379º “trata-se de uma solução sem paralelo no nosso ordenamento jurídico-laboral”, uma vez que no momento a que o artigo se refere ainda não há uma decisão definitiva de se proceder ao despedimento.

Alguns apontamentos sobre a inaptidão no ordenamento jurídico espanhol e a extinção do posto de trabalho no ordenamento jurídico português

A propósito das figuras estudadas até agora, não podemos deixar de fazer uma pequena referência ao que está previsto na lei de outros ordenamentos jurídicos europeus. A título de exemplo, no ordenamento jurídico espanhol está previsto no artigo 52 do *Estatuto de los Trabajadores* que o contrato de trabalho poderá cessar por “*ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (...) la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.*” Segundo aquele estatuto o contrato poderá ainda cessar “*por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables*”⁶⁷. À semelhança do ordenamento jurídico português, também em Espanha

⁶⁶ Este artigo 379º/2 foi mais uma criação da Lei nº 23/2012, que vem assim, mais uma vez, facilitar a política de despedimentos.

⁶⁷ Neste segundo caso o artigo em causa prevê ainda, e à semelhança do que se exige no ordenamento jurídico português, a obrigação, para o empregador, de facultar formação e um prazo de adaptação ao trabalhador. Estabelece a alínea b) do artigo 52 que “*previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.*”

estas figuras são enquadradas como causa objetiva de despedimento. No entanto, como temos vindo a assinalar, esta qualificação é duvidosa, no nosso ordenamento jurídico, quanto ao despedimento por inaptidão.

Como foi referido *supra*, a Lei nº23/2012 trouxe também modificações de regime à extinção do posto de trabalho, modalidade de cessação do contrato de trabalho por causas objetivas, artigos 367º e seguintes do CT. Para esta modalidade operar, para além dos pressupostos constantes do nº1 do artigo 368º, o empregador tem que seguir um conjunto de critérios, em ordem a determinar qual o posto de trabalho que deve extinguir.

Assim, faremos uma pequena referência aos critérios constantes das alíneas a) e c) do nº2 do artigo 368º, que nesta sede se afiguram mais importantes, uma vez que podem ter como consequência uma prática discriminatória. Senão vejamos, o primeiro critério está relacionado com a “pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador” (alínea a)). Por seu turno, o segundo critério consubstancia-se “na maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa” (alínea c)). O que podemos retirar destes critérios? Consideramos que, mais uma vez, caímos aqui no domínio da arbitrariedade do empregador. Quanto ao primeiro critério a lei não prevê em que moldes se deve basear a avaliação, e, como salienta David Falcão e Sérgio Tomás Tenreiro⁶⁸, as avaliações de desempenho são normalmente revestidas por critérios amplos e subjetivos elaborados pelo empregador. Do segundo critério resulta a “relevância dada pelo legislador aos interesses económicos do empregador”⁶⁹, ou seja, todo o tipo de encargos que o trabalhador possa representar é um alvo a ter em conta na determinação da escolha do posto a extinguir.

Estas observações serão mais preocupantes se existir na empresa um trabalhador com deficiência. Pelas suas características e limitações, poderá estar mais sujeito a que o empregador opte pelo seu posto, seja por demonstrar um desempenho mais modesto, seja por o empregador não se mostrar compreensível ao dever de adaptação razoável e aos encargos que daí advêm.

5.3. A caducidade do contrato de trabalho

⁶⁸ FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro, “Regime do despedimento por extinção do posto de trabalho – análise da Proposta de Lei nº207/XII”, *Questões Laborais*, ano XXI, nº44, pág.46.

⁶⁹ *Idem, ibidem.*

A cessação do contrato de trabalho também pode ocorrer por caducidade, veja-se o artigo 340º/ al. a) do CT. Nesta sede iremos analisar apenas a caducidade que resulta do disposto no artigo 343º⁷⁰/ al. b), causa de cessação por iniciativa do empregador. Nos termos do disposto nesta alínea, para se poder invocar a caducidade tem que se verificar uma “impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho”. De seguida, veremos em que se consubstanciam cada um destes requisitos, fazendo a necessária relação com o que sucederá com o contrato do trabalhador portador de deficiência.

Devido à criação pelo legislador de uma nova modalidade de despedimento, por inaptidão, é de importância fundamental e acrescida, verificar que os pressupostos da caducidade “sejam apreciados com particular cuidado e rigor”⁷¹. Para além disto, a importância assume-se por na caducidade não se “impor a observância de qualquer procedimento que acautele a proteção do trabalhador, nem lhe é devida qualquer compensação económica”⁷², ao contrário do que sucede com o despedimento por inadaptação e por inaptidão, como mencionado *supra*. A este propósito refere Júlio Gomes que “o carácter radical dos efeitos da caducidade e a ausência, em geral, de qualquer procedimentalização implicam que se deve ser aqui particularmente exigente quanto à verificação de qualquer um dos requisitos de que o preceito faz depender a caducidade do contrato de trabalho”⁷³ Neste seguimento, o referido autor atenta esta exigência de verificação de requisitos, “sob pena de minar toda a proteção do posto de trabalho e da estabilidade do emprego que a tutela contra o despedimento sem justa causa visa proporcionar”⁷⁴

Esta proteção será ainda mais importante no caso dos trabalhadores portadores de deficiência, que através destes mecanismos poderão ser vítimas de despedimentos disfarçados e, portanto, de despedimentos ilícitos e discriminatórios. Até à criação, por parte da Lei nº23/2012, do despedimento por inaptidão, os contratos destes trabalhadores cessariam por caducidade. No entanto, esta realidade é alterada pela aproximação de regimes entre estas duas causas de cessação.

⁷⁰ Este artigo prevê ainda que são causas de caducidade a verificação do termo do contrato (alínea a)), e a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez (alínea c)).

⁷¹ ROUXINOL, Milena Silva, “Revisitando...”

⁷² *Idem, ibidem.*

⁷³ GOMES, Júlio, “Direito...”, pág. 917.

⁷⁴ GOMES, Júlio, “Direito...”, pág. 919.

A impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a impossibilidade de o trabalhador prestar o trabalho, ou de o empregador o receber, a que se reportam os artigos 340.º, alínea a) e 353.º, alínea b), ambos do CT, deve ser entendida nos termos gerais de direito⁷⁵, isto é, em moldes similares ao regime comum da impossibilidade do cumprimento não imputável ao devedor, constante do artigo 790.º e seguintes do Código Civil, regime para que remetem aqueles normativos legais e à luz do qual essa impossibilidade é caracterizada como superveniente, absoluta e definitiva.⁷⁶ Por outro lado, Júlio Gomes entende que estes requisitos têm que ser apreciados em termos naturalísticos, ou seja, em termos rígidos e objetivos, “sendo indiferentes a essa apreciação os maiores ou menores sacrificios ou ónus que a entidade patronal haja de suportar para garantir a manutenção do contrato de trabalho”⁷⁷. Em nome da segurança jurídica, concordamos aqui com este autor, pelo que a verificação dos requisitos tem que ser total.

Assim, para a caducidade poder ser invocada, a impossibilidade tem de ser superveniente à celebração do contrato, ou seja, no sentido de que a impossibilidade não se verificava, não tenha sido prevista, nem era previsível na data da celebração do contrato. Em sentido contrário estaríamos perante uma impossibilidade originária, que teria como consequência a nulidade do contrato.

A impossibilidade terá também que ser definitiva, isto é, não ser temporária. O facto que determina tem que ser irreversível. Pelo contrário, se a impossibilidade for temporária estaremos no domínio da suspensão do contrato (artigo 296º do CT).

Por fim, será absoluta quando a impossibilidade se traduza numa efetiva inviabilidade, ou seja, não é possível de todo realizar a prestação, nem mesmo com a realização de encargos. O trabalhador não pode mais prestar a sua atividade.

Da análise destes requisitos, podemos aqui questionar se o empregador está obrigado a colocar o trabalhador em posto alternativo de trabalho, no qual o trabalhador possa desenvolver a sua atividade? Apesar de não estar previsto na lei, no que diz respeito aos trabalhadores com deficiência, podemos dizer que a resposta é afirmativa, por força

⁷⁵ Neste mesmo sentido LOBO XAVIER, Bernardo, “*Manual de Direito do Trabalho*”, Verbo/Babel, Lisboa, janeiro 2011, pág. 685.

⁷⁶ Cfr. o acórdão do STJ de 10-07-2013, processo nº 101/12.2TTABT.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁷ GOMES, Júlio, “*Direito...*”, pág. 918.

do dever de adaptação razoável previsto no artigo 5º da Diretiva 2000/78 e do que resulta das decisões do TJUE. Este dever também deveria ser exigido para a generalidade dos trabalhadores, quanto mais não seja, para os trabalhadores estarem mais protegidos.

6. Conclusão

Da análise dos requisitos da inaptidão e da caducidade resulta uma clara similitude de regimes. Em ambas as modalidades de cessação encontramos referências à impossibilidade do trabalhador prestar a sua atividade, ao carácter superveniente e definitivo. O que se pretende evitar é que o empregador recorra à caducidade para “encapotar” um despedimento por inaptidão. Com o surgimento desta última figura é o risco a que os trabalhadores estarão sujeitos. Em exemplos como o do trabalhador do cinema, mencionado *supra*, ou o exemplo paradigmático do telefonista, que no decorrer da prestação de trabalho fica irremediavelmente surdo, são exemplos em que os contratos são reconduzidos à caducidade.

Para que isto não aconteça, e tendo em vista a proteção dos trabalhadores e a segurança no emprego há que consagrar expressamente na lei o dever de colocar o trabalhador em posto disponível e compatível. Na hipótese última do contrato de um trabalhador com deficiência ter que cessar, depois de cumpridos todos os requisitos e procedimentos, a cessação deverá ser reconduzida ao despedimento por inaptidão. Assim, o trabalhador terá ainda direito a uma compensação por cessação, ao contrário do que sucede com a caducidade.

No domínio do direito anti discriminatório ainda há um longo caminho a percorrer na inclusão do trabalhador portador de deficiência, no momento da admissão, manutenção e cessação do contrato de trabalho. Neste sentido, deveriam ser criados mecanismos de fiscalização mais eficazes, a fim de garantir o cumprimento dos deveres a que os empregadores estão sujeitos. Para além disto, deveriam existir sanções mais penosas para o incumprimento dos respetivos deveres. No entanto, é de salientar a evolução favorável do entendimento do TJUE na determinação do conceito de deficiência, segundo o qual a doença crónica deve ser reconduzida à categoria de deficiência.

Bibliografia

AAVV. (MARTINEZ, Pedro Romano/ MONTEIRO, Luís Miguel/ VASCONCELOS, Joana/ BRITO, Pedro Madeira de/ DRAY, Guilherme/ SILVA, Luís Gonçalves da), *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 9ª edição, 2013.

DRAY, Guilherme - *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Teses de Doutoramento, Almedina, março, 2015.

FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro - *Lições de Direito do Trabalho, a relação individual de trabalho*, 4ª edição, Almedina, 2016.

FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro - *Regime do despedimento por extinção do posto de trabalho – análise da Proposta de Lei n.º207/XII*, *Questões Laborais*, ano XXI, n.º44.

FERNANDES, António Monteiro - *A “Reforma Laboral” de 2012: Observações em torno da Lei 23/2012*, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, Lisboa, abril-setembro 2012.

FERREIRA, Raquel Cabral, *“Despedimento por inadaptação e por inaptidão: algumas considerações à luz da reforma legislativa operada pela Lei n.º23/2012 de 25 de junho”*, *Questões Laborais*, ano XXI, n.º44, 2014.

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

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

LEAL AMADO, João - *O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a Lei n.º23/2012, de 25 de junho*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3974, maio-junho 2012.

LOBO XAVIER, Bernardo - *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo/Babel, Lisboa, janeiro 2011.

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

MESTRE, Bruno - “*Sobre o conceito de discriminação numa perspetiva contextual e comparada*”, Estudos dedicados ao Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Direito e Justiça, Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2015

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

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

QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder - *Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.

ROUXINOL, Milena Silva - *Notas em torno do imperativo de inclusão do trabalhador portador de deficiência*.

ROUXINOL, Milena Silva - *Revisitando a caducidade do contrato devida a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar trabalho (maxime, por doença)*, a publicar no *Prontuário de Direito do Trabalho*.