CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED
apresentadas em 16 de Março de 2006 [1]

I — Introdução

1. É a segunda vez [2] que são colocadas questões sobre a interpretação de um determinado conceito da Directiva 2000/78/ /CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional [3] (a seguir «directiva» ou «Directiva 2000/78») [4].

2. Esta directiva proíbe a discriminação directa ou indirecta com base numa série de motivos, entre os quais a deficiência. O presente processo refere-se à interpretação do conceito de «deficiência». Este conceito não é definido na directiva. As questões foram colocadas na sequência do despedimento de uma trabalhadora durante a sua baixa por doença. Mais especificamente, coloca-se a questão de saber se a doença pode ser considerada uma deficiência no contexto desta directiva ou se, de qualquer forma, em caso de resposta negativa, a discriminação por doença é abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva.

II — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

3. O artigo 13.°, n.° 1, CE dispõe:

«Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao 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.»

1 — Língua original: neerlandês.

2 — O Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre esta directiva no acórdão de 22 de Novembro de 2005, Mangold (C-144/04, Colect., p. I-9981).

3 — JO L 303, p. 16.

4 — Esta directiva também deu origem a processos de infracção instaurados pela Comissão contra vários Estados-Membros devido à não transposição atempada. O primeiro acórdão proferido no âmbito destes processos de infracção foi o acórdão de 20 de Outubro de 2005, Comissão/Luxemburgo (C-70/05, não publicado na Colectânea). A questão da justificação ou não da discriminação em razão da idade na acepção do artigo 6.°, n.° 1, da Directiva 2000/78 foi tratada no acórdão Mangold (já referido na nota 2).

4. A Directiva 2000/78 foi adoptada com base no artigo 13.º CE. Do artigo 1.º desta directiva resulta que a mesma tem por objecto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.

5. O décimo sétimo considerando menciona:

«Sem prejuízo da obrigação de prever adaptações razoáveis para as pessoas deficientes, a presente directiva não exige o recrutamento, a promoção ou a manutenção num emprego, nem a formação, de uma pessoa que não seja competente, capaz ou disponível para cumprir as funções essenciais do lugar em causa ou para receber uma dada formação.»

6. O artigo 3.º da directiva dispõe:

«1. Dentro dos limites das competências atribuídas à Comunidade, a presente directiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito:

[...]

c) Às condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração;

[...]»

7. O artigo 5.º da directiva dispõe:

«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, excepto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro em causa em matéria de pessoas deficientes.»

8. O quarto considerando da Recomendação 86/379/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986, sobre o emprego de deficientes na Comunidade [5] refere que:

«[...] na presente recomendação, o termo 'deficientes' abrange todas as pessoas com

5 — JO L 225, p. 43.

deficiências graves resultantes de afecções físicas, mentais ou psicológicas;»

9. O n.º 26 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 9 de Dezembro de 1989, dispõe:

«Todas as pessoas deficientes, quaisquer que sejam a origem e a natureza da sua deficiência, devem poder beneficiar de medidas adicionais concretas tendentes a favorecer a sua integração profissional e social.

Estas medidas de melhoria devem nomeadamente aplicar-se à formação profissional, à ergonomia, à acessibilidade, à mobilidade, aos meios de transporte e à habitação em função das capacidades dos interessados.»

B — *Direito nacional*

10. O artigo 14.º da Constituição estabelece a igualdade de todos os espanhóis perante a lei, sem distinção de nascimento, raça, sexo, religião, opinião, ou de qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.

11. A lei-base que rege as relações laborais é o Estatuto de los Trabajadores (a seguir «estatuto»). O artigo 55.º, n.º 3, deste estatuto estabelece os diferentes tipos de despedimento: lícito, ilícito e nulo.

12. No artigo 55.º, n.º 4, refere-se que o despedimento é ilícito quando não forem demonstrados os incumprimentos contratuais imputáveis ao trabalhador ou quando não forem respeitados os requisitos de forma exigidos.

13. No artigo 55.º, n.º 5, refere-se que o despedimento será nulo quando tiver por motivo alguma das causas de discriminação proibidas pela Constituição ou pela lei ou quando for efectuado em violação dos direitos e liberdades fundamentais do trabalhador.

14. Do artigo 55.º, n.º 6, do estatuto resulta que um despedimento nulo tem como consequência a reintegração imediata do trabalhador, com pagamento da remuneração não recebida.

15. As consequências de um despedimento ilícito constam do artigo 56.º do estatuto. De acordo com esta disposição, a ilicitude do despedimento tem como consequência, para o trabalhador, a perda do vínculo laboral mediante indemnização, salvo se a entidade patronal optar pela reintegração.

16. O artigo 17.°, n.° 1, do estatuto foi alterado pela Lei n.° 62/03, que transpôs a Directiva 2000/78 para o direito nacional, entrada em vigor em 1 de Janeiro de 2004. A actual versão do artigo 17.°, n.° 1, do estatuto dispõe:

«Serão nulas e sem efeito as disposições regulamentares, as cláusulas de convenções colectivas, os acordos individuais e as decisões unilaterais da entidade patronal que contenham discriminações directas ou indirectas desfavoráveis em razão da idade ou de deficiência, ou favoráveis ou desfavoráveis no emprego, bem como em matéria de retribuições, período e restantes condições de trabalho por razões ligadas ao sexo, origem, incluindo racial ou étnica, estado civil, condição social, religião ou convicções, ideias políticas, orientação sexual, adesão ou não a sindicatos e aos seus acordos, vínculos de parentesco com outros trabalhadores e língua dentro do Estado espanhol.

[...]»

17. Esta última disposição define e precisa, no contexto das relações laborais, os princípios da igualdade perante a lei e da proibição de discriminação consagrados na ordem jurídica espanhola e previstos no artigo 14.° da Constituição espanhola.

III — O processo principal e as questões prejudiciais

A — *Antecedentes do pedido prejudicial*

18. Sonia Chacón Navas trabalha (trabalhou) na Eurest Colectividades SA (a seguir «Eurest»), uma empresa especializada em restauração colectiva. Desde 14 de Outubro de 2003, encontra-se com baixa por doença e recebe uma prestação por incapacidade temporária.

19. Em 28 de Maio de 2004, a Eurest comunicou-lhe por escrito o seu despedimento, sem indicação de fundamentos, com efeitos a partir de 31 de Maio de 2004. Na carta de despedimento, a Eurest reconhecia o carácter ilícito do despedimento nos termos do artigo 56.° do estatuto e oferecia, por conseguinte, uma indemnização a título de despedimento.

20. S. Chacón Navas, que não aceitou o despedimento, impugnou-o judicialmente. Na sua petição de 29 de Junho de 2004, alega que o despedimento é nulo, por ser constitutivo de desigualdade de tratamento e de discriminação, uma vez que se encontra de baixa por doença há 8 meses e em situação de incapacidade temporária. Pede a sua reintegração.

21. Durante a audiência realizada em 16 de Setembro de 2004, a Eurest alegou que a demandante não apresentou qualquer prova da qual resultasse discriminação e violação de direitos fundamentais. S. Chacón Navas repetiu o alegado na petição: que se encontrava com baixa por doença desde 14 de Outubro de 2003 (dos autos do processo principal resulta que ela se encontrava à espera de uma operação) e que entendia existirem indícios suficientes para a qualificação do despedimento como discriminatório.

22. Em 21 de Setembro de 2004, o órgão jurisdicional nacional solicitou à inspecção médica que o informasse sobre a incapacidade temporária de S. Chacón Navas, nomeadamente com indicação da data de início da baixa e se a situação se mantinha. Este serviço respondeu em 11 de Novembro de 2004, tendo confirmado que S. Chacón Navas se encontrava com baixa por doença desde 14 de Outubro de 2003 e que não era previsível o seu regresso ao trabalho a curto prazo.

23. Uma vez que está demonstrado que S. Chacón Navas foi despedida quando se encontrava de baixa por doença e que a sua entidade patronal não alegou nem provou factos que revelassem um motivo justificativo para o seu despedimento, o que leva à inversão do ónus da prova, concluiu-se que S. Chacón Navas foi despedida exclusivamente pelo facto de se encontrar de baixa por doença.

24. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, de acordo com a jurisprudência espanhola, este tipo de despedimento é qualificado como ilícito e não como nulo. É o que resulta do acórdão do Tribunal Supremo de 29 de Janeiro de 2001, que foi posteriormente adoptado por todas as instâncias jurisdicionais superiores. Tal deve-se ao facto de não existir, no direito espanhol, qualquer disposição expressa nos termos da qual a circunstância pessoal «doença» possa ser considerada relevante, para efeitos de se impedir, em relação à mesma, práticas discriminatórias e de se impor a proibição de discriminação nas relações entre particulares.

25. O órgão jurisdicional de reenvio entende que o direito comunitário primário e secundário, nomeadamente a Directiva 2000/87, poderá conferir protecção a estas situações.

26. O juiz de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se há alguma relação entre «deficiência» e «doença». No seu entender, poderá ser necessário recorrer à Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (a seguir «CIF») da Organização Mundial de Saúde. Esta define incapacidade como um termo genérico que abrange deficiências, limitações na actividade e restrições de participação para indicar os aspectos negativos da interacção entre um indivíduo com determinada condição de saúde e os seus factores contextuais, ambientais e pessoais.

27. O órgão jurisdicional de reenvio observa que uma doença é um estado de saúde que pode causar deficiências que incapacitam o

indivíduo. No seu entender, com base na proibição de discriminação em razão de deficiência, um trabalhador também deve ser protegido logo que é diagnosticada a doença. Uma vez que uma doença pode levar a uma deficiência, não o fazer poderia esvaziar de conteúdo grande parte da protecção pretendida pelo legislador e poderia fomentar práticas discriminatórias incontroladas.

28. Porém, no caso de se considerar que doença e deficiência são conceitos distintos e, por conseguinte, que a Directiva 2000/78 não é aplicável ao primeiro conceito, o órgão jurisdicional coloca a questão de saber se a protecção da directiva não actua também face a uma característica, a doença, a par da característica «deficiência» referida nessa directiva.

B — *As questões prejudiciais*

29. Uma vez que tem dúvidas quanto à interpretação correcta, o Juzgado de lo Social n° 33 de Madrid (Espanha) decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) A Directiva 2000/78, na medida em que estabelece, no seu artigo 1.°, um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão de uma deficiência, inclui no seu âmbito protector uma trabalhadora que tenha sido despedida da sua empresa exclusivamente pelo facto de estar doente?

2) Subsidiariamente, no caso de se considerar que as situações de doença não estão abrangidas no âmbito da protecção conferida pela Directiva 2000/78 contra a discriminação em função de uma deficiência, e se a resposta à primeira questão for negativa: pode-se considerar a doença uma situação característica adicional face àquelas em que a Directiva 2000/78 proíbe a discriminação?»

C — *Tramitação processual perante o Tribunal de Justiça*

30. No presente processo, foram apresentadas observações escritas pela Eurest, pelos Governos alemão, neerlandês, austríaco, espanhol, checo e do Reino Unido e pela Comissão.

IV — Apreciação

A — *Admissibilidade*

31. Nas suas observações escritas, a demandada no processo principal e a Comissão alegaram existirem motivos para se declararem inadmissíveis as questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

32. Segundo a demandada no processo principal, as questões são inadmissíveis porque o Tribunal Supremo já tinha concluído anteriormente que o despedimento de um trabalhador com baixa por doença não constitui, enquanto tal, uma discriminação proibida.

A Comissão questiona a admissibilidade das questões porque a descrição dos factos que estão na origem da decisão de reenvio é tão lacunar que não é possível a necessária resposta exacta das questões para a resolução do processo principal. Em especial, a falta de qualquer elemento sobre a natureza e o percurso — esperado — da doença torna, de antemão, impossível determinar se, no caso concreto, está em causa uma deficiência.

33. No meu entender, o argumento da demandada no processo principal contra a admissibilidade das questões não pode proceder. Com efeito, o facto de o Tribunal Supremo já ter concluído que o despedimento por doença não pode ser considerado um acto abrangido pela proibição de discriminação em razão de deficiência, não pode tornar inadmissíveis as questões colocadas. Estas têm precisamente por objecto o âmbito de aplicação da proibição de discriminação tal como esta foi desenvolvida na Directiva 2000/78. No caso de esta abranger a doença — duradoura —, isso poderia ter consequências para a interpretação e aplicação da legislação espanhola relevante à situação de facto do processo principal.

34. À primeira vista, o argumento da Comissão parece ter mais peso. De facto, a descrição, na decisão de reenvio, dos factos subjacentes, em especial a natureza, a gravidade e a duração da doença de S. Chacón Navas, é muito sumária. A análise dos autos do processo principal, tentada pela Comissão, não dá muitas mais indicações em termos de matéria de facto.

35. Não obstante, entendo que a fundamentação da decisão de reenvio permite com suficiente clareza perceber o motivo pelo qual o órgão jurisdicional de reenvio necessita de orientação na aplicação, aos factos do processo sobre os quais tem de decidir, da proibição de discriminação em razão de deficiência, prevista na Directiva 2000/78.

Uma vez que, no direito laboral espanhol, as consequências de um despedimento irregular por doença e de um despedimento irregular em razão de deficiência são muito diferentes — no primeiro caso, a ilicitude, à qual está associada o pagamento de uma indemnização ao trabalhador em questão; no segundo caso, a nulidade, tendo como consequência a reintegração imediata do trabalhador com o pagamento da remuneração em falta —, a interpretação solicitada sobre o âmbito de aplicação material da proibição comunitária de discriminação em razão de deficiência é, sem dúvida, relevante para a decisão do processo principal.

36. De resto, pode inferir-se do facto de seis Estados-Membros terem apresentado observações escritas com um conteúdo pertinente para o contexto particular do presente processo que a decisão de reenvio constituiu para eles orientação suficiente. Também para a Comissão a formulação do despacho de reenvio não constituiu claramente um obstáculo a uma resposta útil às questões colocadas.

37. Por conseguinte, concluo pela inexistência de argumentos convincentes a favor da inadmissibilidade das presentes questões prejudiciais.

B — *Observações preliminares*

1. O artigo 13.° CE enquanto fundamento jurídico da Directiva 2000/78

38. Além da sua remissão para o artigo 13.° CE, enquanto base jurídica da Directiva 2000/78, a decisão de reenvio também remete para os artigos 136.° CE e 137.° CE. O órgão jurisdicional de reenvio parece sugerir, desta forma, que estas disposições também são relevantes para a resposta às questões colocadas.

39. Entendo que esta sugestão é incorrecta. De acordo com a redacção do preâmbulo, a Directiva 2000/78 baseia-se exclusivamente no artigo 13.° CE.

40. O artigo 13.° CE foi introduzido no Tratado CE pelo Tratado de Amesterdão. Esta disposição confere à Comunidade competência para tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

41. Conforme resulta da sua letra, «[s]em prejuízo das demais disposições do presente Tratado», o artigo 13.° CE tem um carácter subsidiário. Daí resulta que, relativamente às medidas a tomar nos termos do artigo 13.° CE, não se possa permitir como fundamento jurídico outra disposição do Tratado.

42. No que se refere, mais especificamente, à protecção dos deficientes no mercado de trabalho, o artigo 137.° CE também oferece, para o efeito, uma base jurídica, a qual confere à Comunidade competência para tomar medidas destinadas a completar e apoiar a acção dos Estados-Membros, nomeadamente, na luta contra a exclusão social [artigo 137.°, n.° 1, alínea j), CE].

43. Contudo, este fundamento jurídico tem um carácter diferente do do artigo 13.° CE. Cria uma base jurídica para uma harmonização complementar de partes da política

social dos Estados-Membros. Por esse motivo, é mais amplo do que o artigo 13.º CE, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, na medida em que também se aplica a outras categorias de «excluídos» para além dos referidos no artigo 13.º CE e pode prosseguir outros objectivos para além da mera proibição de discriminação.

44. A diferença quanto ao alcance também é patente no tipo de medidas que podem ser tomadas nos termos do artigo 137.º, n.º 1, alínea j), CE. Estas podem, por exemplo, incluir medidas especiais de fomento e de protecção destinadas a eliminar determinadas formas de exclusão, as quais devem ser adoptadas pelos Estados-Membros na respectiva legislação nacional. A proibição de discriminação em razão de deficiência, prevista no artigo 13.º CE, tal como desenvolvida na Directiva 2000/78, contém um pré-requisito qualitativo genérico que vincula os Estados-Membros na respectiva legislação e nas respectivas decisões relevantes em matéria de emprego e actividade profissional relativas a deficientes e que também se aplica no mercado de trabalho às relações horizontais entre entidades patronais e trabalhadores.

45. Por conseguinte, a escolha do artigo 13.º CE como a única base jurídica de uma proibição geral de discriminação em razão de deficiência está correcta. Assim, as questões colocadas devem ser respondidas à luz da letra e da finalidade deste artigo.

2. A interpretação do artigo 13.º CE e da Directiva 2000/78

46. Conforme resulta dos trabalhos preparatórios e da letra do artigo 13.º CE, os autores do Tratado elaboraram esta disposição de não discriminação de uma forma prudente. As propostas inicialmente apresentadas em relação a esta disposição foram-se tornando cada vez mais restritivas à medida que se aproximava a celebração do Tratado de Amesterdão [6].

47. Esta prudência é visível na redacção do artigo 13.º CE.

Em primeiro lugar, ele apenas prevê um fundamento jurídico para a adopção de «medidas necessárias».

Em segundo lugar, a definição dos motivos de discriminação proibidos é taxativa. Isto, ao contrário dos tratados internacionais clássicos sobre Direitos do Homem e, por exemplo, também do artigo II-81.º do

6 — V., nomeadamente, Bell, M. e Waddington, L. — «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article, 25», *Industrial Law Journal*, 1996, pp. 320 a 326; Barents, R. — *Het Verdrag van Amsterdam*, Deventer, 1997, pp. 40 a 43; e Olivier de Schutter — «Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam», *in* Yves Lejeune (ed.), *Le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, 1999, pp. 154 a 188, nomeadamente pp. 184 a 187.

Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, onde as listas de motivos de discriminação proibidos são formuladas a título exemplificativo.

Em terceiro lugar, a limitação que consiste no carácter subsidiário desta disposição, que já foi acima objecto de referência.

Em quarto lugar, a aplicação do artigo 13.º CE exige que a medida ponderada se mantenha «dentro dos limites das competências que [o Tratado] confere à Comunidade».

48. No meu entender, existem argumentos convincentes que militam no sentido de que, na interpretação do artigo 13.º CE, bem como das «medidas necessárias» previstas com base nesse artigo, como a Directiva 2000/78 no presente caso, devem ser tidas em conta as definições e delimitações nesta previstas. De data relativamente recente, elas constituem um reflexo da vontade expressa dos autores do Tratado e do legislador comunitário.

49. Contudo, independentemente destes argumentos históricos e gramaticais, também existem argumentos substantivos que se opõem a uma interpretação extensiva.

50. O objecto de algumas das proibições de discriminação enumeradas no artigo 13.º CE, tais como as de discriminação em razão da idade ou de deficiência, implica que a definição de uma desigualdade de tratamento formal terá sempre como reverso da medalha o respectivo direito substantivo, a igualdade no acesso e na permanência numa profissão ou empresa, condições de trabalho idênticas e a disponibilidade de formação específica ou de medidas que compensem ou diminuam as limitações decorrentes da idade ou da deficiência. Tendo em conta as consequências potencialmente vastas, em sentido económico e financeiro, que tais proibições de discriminação podem ter nas relações horizontais dos cidadãos entre si e nas relações verticais entre as autoridades públicas e os cidadãos, o legislador tende, no âmbito nacional, a definir com exactidão tais proibições de discriminação quanto ao seu âmbito de aplicação — incluindo as excepções e limitações justificadas bem como as medidas de compensação razoáveis a disponibilizar.

51. A nova dimensão dada pela Directiva 2000/78 à proibição de discriminação em razão da idade e de deficiência, nomeadamente nos seus artigos 5.º e 6.º, mostra que também o legislador comunitário estava consciente destas consequências económicas e financeiras potencialmente vastas.

52. As definições e delimitações desenvolvidas na Directiva 2000/78 devem ser seria-

mente consideradas, uma vez que os efeitos económicos e financeiros da proibição de discriminação em razão de deficiência se produzem sobretudo em domínios que, de facto, são abrangidos pelo Tratado, mas nos quais a Comunidade dispõe, quando muito, de competências partilhadas ou, na maior parte dos casos, de competências complementares. Isso verifica-se no âmbito da política de emprego, onde a Comunidade dispõe de uma competência leve de coordenação, desenvolvida nos artigos 125.° CE a 130.° CE, e da política social onde, na redacção do artigo 137.°, n.° 1, primeira frase, CE, a Comunidade «apoiará e completará» a acção dos Estados-Membros numa série de domínios parciais. Nos domínios também relevantes neste contexto da educação e formação profissional (artigos 149.° CE e 150.° CE) e da saúde pública (artigo 152.° CE), as competências da comunidade revestem-se de uma natureza complementar semelhante.

53. Daí resulta que o Tribunal de Justiça deverá respeitar as opções feitas pelo legislador comunitário nos regimes de aplicação previstos no artigo 13.° CE, relativamente à definição e à delimitação material e pessoal da proibição de discriminação, e não poderá alargá-las recorrendo à delimitação geral deste artigo «dentro dos limites das competências que [o Tratado] confere à Comunidade». No meu entender, haverá ainda menos margem para alargar o âmbito material do artigo 13.° CE recorrendo ao princípio geral da igualdade.

54. Tal interpretação extensiva do artigo 13.° CE e dos regulamentos adoptados pelo legislador comunitário em execução deste artigo teria como consequência a criação de uma espécie de ponto de apoio universal, tal como defendeu Arquimedes, a partir do qual as proibições de discriminação definidas no artigo 13.° CE poderiam ser utilizadas para, sem intervenção do autor do Tratado ou do legislador comunitário, corrigir as ponderações que os Estados-Membros fizeram no exercício das respectivas competências — ainda — remanescentes. Tendo em conta o facto de que, segundo o Tratado CE, mesmo que as competências comunitárias nessa matéria fossem concretizadas pelo legislador comunitário, o centro destas competências deve continuar a pertencer aos Estados-Membros, tal constituiria um resultado indesejável, tanto do ponto de vista da sistemática do Tratado, como do ponto de vista do equilíbrio institucional.

55. Para ser exaustivo, observarei ainda o seguinte. A concretização prática das proibições de discriminação aqui em causa exige sempre do legislador opções dolorosas, se não trágicas, no âmbito da ponderação dos interesses em presença, tais como os direitos do deficiente ou do trabalhador com mais idade *versus* flexibilidade do mercado de trabalho ou aumento do grau de participação dos grupos de idades mais avançadas. Na aplicação destas proibições de discriminação são necessárias muitas vezes compensações financeiras cuja razoabilidade também depende dos recursos públicos disponíveis ou do nível geral de bem-estar dos Estados-Membros em causa. Estas ponderações não têm lugar, no âmbito nacional, num vácuo de Estado de direito. Por via de regra, elas também tendem a ser avaliadas à luz dos direitos fundamentais constitucionais nacionais e das disposições relevantes dos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem.

Ora, neste contexto, o Tribunal de Justiça deve, efectivamente, enquanto órgão jurisdicional comunitário, dispor de uma base de competência incontestável e superior se pretender corrigir as decisões de um legislador nacional que intervenha no quadro das suas competências remanescentes, exercidas nos moldes constitucionais nacionais e do direito internacional.

56. Tendo em conta os argumentos acima referidos, defendo, assim, uma interpretação e aplicação da Directiva 2000/78 mais restritiva do que aquela que foi adoptada pelo Tribunal de Justiça no processo Mangold [7]. Deste modo, antecipo já a resposta à segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio.

3. O conceito de «deficiência» enquanto conceito de direito comunitário

57. O conceito de «deficiência» é um conceito jurídico indeterminado susceptível, na sua aplicação prática, de uma diversidade de interpretações. O facto de o conceito aparecer no artigo 13.º CE, que tem por objecto a proibição de discriminação em razão de deficiência, proibição esta que é depois concretizada e desenvolvida pela Directiva 2000/78, obriga a dar um conteúdo comunitário a este conceito.

58. Isto justifica-se tanto mais quanto é certo que o conceito de «deficiência», enquanto termo médico-científico, mas também no seu sentido social, está sujeito a uma evolução relativamente rápida. Neste contexto, não se pode excluir que determinadas limitações físicas ou psíquicas possuam a natureza de uma «deficiência» num determinado contexto social, enquanto que num contexto social diferente isso não acontece.

59. Por um lado, essa variabilidade e essa susceptibilidade contextual do conceito de «deficiência» levam a grandes diferenças de interpretação e de aplicação da proibição de discriminação. Isto milita a favor de uma interpretação uniforme. Por outro lado, a combinação de dinâmica e variação que se verifica na percepção científica e no acolhimento social do fenómeno da deficiência obriga a alguma prudência na procura da uniformidade. Voltarei ainda a este aspecto.

60. No decurso da história social dos dois últimos séculos, o círculo de pessoas consideradas deficientes aumentou de forma incontestável. Isto está relacionado com a drástica melhoria da saúde pública nas sociedades mais prósperas. Como consequência disso, aqueles que não podiam beneficiar dessa melhoria, porque se encontravam incapacitados por afecções físicas ou psíquicas mais ou menos permanentes, tornaram-se mais visíveis.

61. Os desenvolvimentos nas ciências biomédicas conduziram a um melhor conheci-

7 — Já referido na nota 2.

mento das afecções físicas ou psíquicas que estão na origem das deficiências. Também contribuíram, desta forma, para um alargamento do conceito de «deficiência». Uma maior vulnerabilidade a doenças graves, na sequência de um defeito genético, pode implicar limitações consideráveis para as pessoas em questão.

62. Este último exemplo mostra que também o contexto social específico em que se movimentam os deficientes pode ser importante para a apreciação da questão de saber se estes podem ser considerados «deficientes». Enquanto o defeito genético não for constatado, a pessoa em questão não é objecto de discriminação. Tal poderá alterar-se imediatamente, depois de este facto se tornar conhecido, porque as entidades patronais ou as seguradoras não querem suportar os maiores riscos decorrentes da sua contratação ou da sua protecção através de uma apólice de seguro.

63. Uma das características que na literatura distingue as deficiências das doenças é, frequentemente, a permanência do defeito físico ou psíquico referido. Com efeito, na maior parte dos casos, este é o critério. Contudo, existem doenças progressivas que implicam para os doentes perdas funcionais durante um período mais longo, que os afectam funcionalmente de forma tão pesada que eles não se distinguem no essencial, em termos correntes, dos deficientes «permanentes».

64. As considerações antecedentes levam-me a concluir que o conceito de deficiência, previsto na Directiva 2000/78, constitui um conceito de direito comunitário que deve ser interpretado de forma autónoma e uniforme dentro da ordem jurídica comunitária, tendo em conta o contexto da disposição e o objectivo do regulamento em causa [8].

65. É óbvio, também por razões substantivas, que o conceito de «deficiência» previsto nesta directiva carece de uma interpretação comunitária uniforme, quanto mais não seja para garantir um mínimo de unidade necessária no âmbito pessoal e material da proibição de discriminação. O círculo das pessoas protegidas e a demarcação das limitações funcionais a considerar não podem divergir. Se assim não fosse, a protecção oferecida por esta proibição de discriminação divergiria dentro da Comunidade.

66. Não obstante, no desenvolvimento de uma interpretação uniforme do conceito de deficiência deve ser tida em conta a dinâmica brevemente descrita *supra* na percepção social do fenómeno «deficiência» enquanto limitação funcional como consequência de um defeito psíquico ou físico, a evolução dos

8 — V., nomeadamente, acórdãos de 18 de Janeiro de 1984, EKRO (327/82, Recueil, p. 107, n.º 11); de 19 de Setembro de 2000, Linster (C-287/98, Colect., p. I-6917, n.º 43); de 9 de Novembro de 2000, Yiadom (C-357/98, Colect., p. I-9265, n.º 26); de 6 de Fevereiro de 2003, SENA (C-245/00, Colect., p. I-1251, n.º 23); de 27 de Fevereiro de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Colect., p.I-1931, n.º 35); e de 27 de Novembro de 2003, Zita Modes (C-497/01, Colect., p. I-14393, n.º 34).

conhecimentos médicos e biomédicos e as grandes diferenças contextuais na apreciação de uma grande diversidade de deficiências.

67. Tal não parece militar a favor de definições mais ou menos taxativas e fixas do conceito de «deficiência». A interpretação deste conceito pelo Tribunal de Justiça deverá fornecer ao órgão jurisdicional nacional critérios e elementos de direito comunitário, com o auxílio dos quais este poderá encontrar uma resposta para a questão jurídica que lhe foi submetida [9].

68. Assim, é possível assegurar uma interpretação e uma aplicação convergentes dentro da Comunidade do conceito de «deficiência», sem prejudicar o carácter aberto deste conceito. A este respeito, partilho das opiniões apresentadas pelo Governo neerlandês sobre esta matéria [10].

4. Deficiência, discriminação e compensação

69. Ao longo dos tempos, o legislador dos Estados sociais europeus dedicou-se de três formas à protecção das pessoas com uma deficiência.

70. Com o surgimento da legislação em matéria de segurança social, foram adoptadas medidas para as pessoas que, pelo facto de ficarem permanentemente inválidas devido a acidentes de trabalho, deixaram de poder trabalhar. Mais tarde, foi criada um garantia de subsistência através de medidas sociais para as pessoas que devido à sua deficiência não podiam prover à sua subsistência.

71. A ideia de que as deficiências não podem constituir motivo para discriminações injustificadas no mercado de trabalho e noutros contextos sociais desenvolveu-se progressivamente após a Segunda Guerra Mundial. Deu origem a uma concretização do princípio da igualdade baseada na discriminação em razão de deficiência. No direito comunitário, esta concretização encontra-se expressa no artigo 13.° CE e na Directiva 2000/78.

72. O desenvolvimento dos conhecimentos médicos em conjugação com as possibilidades tecnológicas crescentes teve como consequência que, num número crescente de casos, onde antes o tratamento especial dos deficientes no mercado de trabalho e noutros contextos sociais era justificado, porque estes deixavam de satisfazer os requisitos necessários para o exercício de uma profissão ou outra actividade, foi possível encontrar uma

9 — O que está de acordo com a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça sobre o tipo de colaboração entre o juiz comunitário e o juiz nacional; v., a este respeito, acórdão de 4 de Fevereiro de 1965, Albatros (20/64, Recueil, p. 41, Colect. 1965-1968, p. 23).

10 — O Governo neerlandês, sobre este ponto, é de opinião de que o carácter aberto do conceito não torna necessária, nem desejável, uma definição fechada. Na sua opinião, a determinação do que seja uma deficiência deve ser feita, em última análise, perante as circunstâncias do caso concreto (n.° 23 das observações escritas).

compensação das carências e/ou limitações resultantes da deficiência, de tal forma que os deficientes puderam voltar a exercer, total ou parcialmente, as respectivas actividades.

73. A maior disponibilidade de possibilidades razoáveis de compensação das deficiências ou de limitação das respectivas consequências implica a redução da margem de justificação aceitável da diferença de tratamento em razão de deficiência. Este reverso positivo, em termos de obrigações da entidade patronal da proibição de discriminação, em princípio negativa, pode-se encontrar, de forma desenvolvida, no artigo 5.º da Directiva 2000/78 [11].

74. À luz destas quatro observações preliminares, procurarei a seguir encontrar uma resposta às questões prejudiciais colocadas.

C — *A primeira questão prejudicial*

75. A partir da terceira e da quarta observação preliminar, pode-se deduzir facilmente a resposta à primeira questão prejudicial.

11 — Nesta disposição está transcrito o teor do n.º 26 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, citado no n.º 9 destas conclusões.

76. Os deficientes são pessoas com limitações funcionais graves (deficiências) resultantes de uma afecção física, mental ou psíquica.

77. Daí resultam duas ilações:

— deverá tratar-se de limitações com origem num problema de saúde ou numa diferença fisiológica da pessoa em questão e que tenham carácter duradouro ou permanente;

— o problema de saúde enquanto causa da limitação funcional deverá, em princípio, ser distinguido dessa limitação.

78. Uma doença, enquanto causa de uma eventual futura deficiência, não pode, portanto, em princípio, ser equiparada a uma deficiência. Não constitui, por conseguinte, um elemento susceptível de aplicação da proibição de discriminação prevista no artigo 13.º CE, em conjugação com a Directiva 2000/78.

79. Tal conclusão só admite excepção se, durante o decurso da doença, se manifestarem limitações funcionais duradouras ou permanentes que devam ser consideradas deficiências independentemente da doença ainda em evolução.

80. Assim, um despedimento por doença só pode constituir uma discriminação em razão da deficiência, proibida pela Directiva 2000/78, se a pessoa em questão conseguir demonstrar que não é a doença propriamente dita, mas as limitações duradouras ou permanentes dela resultantes que constituem o verdadeiro motivo do despedimento.

81. Para um melhor esclarecimento, refira-se que, nesta hipótese, o despedimento pode ser justificado se as limitações funcionais em questão — a deficiência — tornarem impossível ou limitarem seriamente o exercício da profissão ou actividade em questão [12].

82. Contudo, esta justificação só é admissível se a entidade patronal não dispuser de meios razoáveis que permitam reduzir ou compensar a deficiência em questão, de forma a que o deficiente possa continuar a exercer a sua profissão ou actividade [13].

12 — V. Directiva 2000/78, artigo 4.°, n.° 1.

13 — V. Directiva 2000/78, artigo 5.°

83. O requisito da razoabilidade também é determinado quanto ao seu conteúdo pelas despesas efectuadas com os meios em questão, pela proporcionalidade dessas despesas na medida em que estas não sejam compensadas pelo Estado e pela redução ou compensação da deficiência permitida por esses meios, assim como pela acessibilidade do deficiente em questão a outras actividades profissionais ou empresas relativamente às quais a sua deficiência não constitua um obstáculo ou constitua um obstáculo consideravelmente mais reduzido.

D — *A segunda questão prejudicial*

84. Da segunda observação preliminar *supra* pode-se depreender a resposta à segunda questão prejudicial:

— nem os trabalhos preparatórios nem a letra do artigo 13.° CE e da Directiva 2000/78 permitem considerar a doença como fundamento autónomo de proibição de discriminação;

— tal proibição de discriminação também não pode ser interpretada como uma concretização do princípio geral da igualdade.

V — Conclusão

85. Tendo em conta as considerações antecedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais que lhe foram colocadas pelo Juzgado de lo Social n° 33 de Madrid da seguinte forma:

«1) Uma doença, enquanto causa de uma eventual futura deficiência, não pode, em princípio, ser equiparada a uma deficiência. Por conseguinte, não constitui, enquanto tal, um elemento susceptível de aplicação da proibição de discriminação em razão da deficiência prevista no artigo 13.° CE em conjugação com a Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. Tal conclusão só admite excepção se, durante o decurso da doença, se manifestarem limitações funcionais duradouras ou permanentes que devam ser consideradas deficiências. Nesse caso, a pessoa em questão deverá demonstrar, ao invocar a proibição de discriminação em razão da deficiência, que não é a doença propriamente dita, mas as limitações duradouras ou permanentes dela resultantes que constituem o verdadeiro motivo do despedimento.

2) Nem os trabalhos preparatórios nem a letra do artigo 13.° CE e da Directiva 2000/78 permitem considerar a doença como fundamento autónomo de proibição de discriminação entre os motivos de discriminação proibidos. Neste contexto, tal proibição de discriminação também não pode ser interpretada como uma concretização do princípio geral da igualdade.»