Lutando pelos nossos Direitos

Utilizando a Lei Anti-Discriminação para Proteger as Pessoas com Deficiências

Relatório sobre a transposição da Directiva do Conselho 2000/78/EC que Estabelece a Estrutura Geral para a Igualdade de Tratamento no Emprego e na Ocupação

Inclusion Europe

A Inclusion Europe e os suas 47 associações-membros nacionais, regionais e locais nestes 36 países estão a lutar pelos direitos das pessoas com deficiência intelectual e das suas famílias:

- Áustria
- Bélgica
- Bulgária
- Croácia
- Chipre
- República Checa
- Dinamarca
- Inglaterra
- Estónia
- Itália
- Letónia
- Lituânia
- Luxemburgo
- Macedónia
- Moldávia
- Países Baixos
- Noruega
- Polónia
- Ilhas Faroé
- Finlândia
- França
- Alemanha
- Grécia
- Hungria
- Islândia
- Irlanda
- Israel
- Portugal
- Roménia
- Rússia
- Escócia
- Eslováquia
- Eslovénia
- Espagne
- Espanha
- Suíça

Os parceiros de projecto que contribuíram para esta publicação são:

- AFrAHM
  Avenue Albert Giraud 24
  1030 Bruxelles
  Belgique
  Tel.: +32-(0)2.247.60.10

- Lithuanian Welfare Society for Persons with Mental Disability (VILTIS)
  Kaŏtonø g. 2/14-17
  LT-2001Vilnius
  Lithuanie
  Tel.: +370 52.61.52.23

- Université de Mons-Hainaut,
  Département d'Orthopédagogie
  Place du Parc, 18 B
  7000 Mons / Belgique
  Tel.: +32 65.37.31.77

- Centre pour l'Egalité des Chances et la Lutte contre le Racisme
  Rue Royale 138
  1000 Brussels
  Belgium
  Tel.: +32-(0)2.212.30.00

- CECD Mira Sintra
  Avenida 25 de Abril, 190
  Mira Sintra, 2735-418 Cacém
  Portugal
  Tel.: +35 121 918.85.70

ISBN 2-930415-59-2

© Inclusion Europe, Bruxelles 2004

Pintura da capa: "Tempestade de patos" por Franz-Josef Dosot.
Kloster Ebernach, Cochem, Germany.

Esta publicação apresenta os pontos de vista da Inclusion Europe e não reflecte necessariamente a posição da Comissão Europeia. A Comissão Europeia e a Inclusion Europe não são responsáveis por qualquer uso que possa ser dado à informação contida nesta publicação.

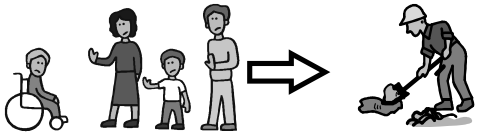
Projecto “Fighting for our Rights”

Documento analítico sobre a Transposição da Directiva do Emprego (Directiva do Conselho 2000/78/EC que estabelece uma estrutura geral para igualdade de tratamento no emprego e na ocupação)

Agosto 2004

A UE luta contigo contra a discriminação

A União Europeia fez uma lei
contra a discriminação das pessoas no trabalho.
Esta lei é chamada
a “Directiva de Igualdade no Emprego”.
Diz que a discriminação não é permitida
na ocupação, no emprego
e na formação profissional.
Fala de discriminação directa,
discriminação indirecta
e de assédio de pessoas com deficiência.

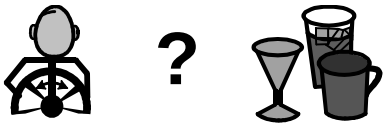


Discriminação é quando uma pessoa é mal tratada, porque é diferente.

Uma pessoa com deficiência pode sofrer 4 formas de discriminação.

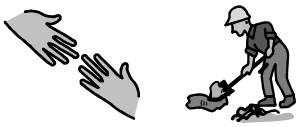
1) Quando uma pessoa com deficiência
é tratada pior do que outra pessoa sem deficiência.
Por exemplo: Há uma pessoa com deficiência
que faz o mesmo trabalho que o seu colega.
Mas recebe menos dinheiro
porque tem uma deficiência.
Isto é chamado
<u>discriminação directa</u>.

2) Também é discriminação quando os empregadores
querem que as pessoas saibam coisas que não são necessárias
para o trabalho.
Por exemplo,
se quer trabalhar num bar
e o empregador
pede a carta de condução.
Isto é discriminação
Porque não precisa de saber conduzir
para ter esse emprego.
Isto é chamado <u>discriminação indirecta.</u>



3) O assédio também é proibido.
É uma forma de discriminação.
Assédio é quando uma pessoa é insultada
ou molestada por outra pessoa.
Por exemplo, porque tem uma deficiência.

4) Pessoas com deficiência intelectual
necessitam de apoio no trabalho.
Por exemplo, tem o direito
de pedir apoio especial
que o ajudará a aprender mais depressa.
Se precisar, também pode pedir
mais tempo para fazer o trabalho.
Isto é chamado de adaptação razoável.



Se pensa que foi discriminado no trabalho,
Pode ir ao tribunal ou queixar-se de outra forma.
Não tem de provar que alguém o discriminou.
Essa pessoa tem de provar que não discriminou.

O seu Estado tem de lhe dar informação acerca dos seus direitos.
Essa informação deve estar numa forma
que possa entender.
Isso pode incluir textos de leitura fácil,
vídeos ou cassetes.

A “Directiva de Igualdade no Emprego”
proíbe todas as formas de discriminação
contra as pessoas com deficiência intelectual.
O Estado do seu país tem que seguir
a “Directiva de Igualdade no Emprego”.
O Estado tem que ajudar as pessoas
que são discriminadas.

íNDICE

SUMÁRIO PRELIMINAR **6**

1. Introdução **7**

2. Descrição da situação na UE e nos países da adesão **8**

3. Estudo analítico **13**

4. Recomendação **19**

5. ANEXOS **22**

- SITUAÇÃO EM PORTUGAL
- Texto completo da Directiva

SUMÁRIO PRELIMINAR

É um facto positivo que, no processo de transposição da Directiva, alguns Estados Membros tenham ido para além dos padrões mínimos da legislação Comunitária. Por exemplo, baniram a discriminação com base na deficiência mesmo fora da área do emprego, ou estenderam o direito de adaptação razoável a outros aspectos básicos da vida diária, como os transportes públicos.
Infelizmente, isto não foi a regra. Apesar da data limite para a transposição da Directiva para as leis nacionais ter expirado em 02 de Dezembro de 2003, a maioria dos países parecem estar atrasados e adoptado instrumentos legislativos pobres.

Cientes do facto que o fim do prazo para a transposição expirou há mais de meio ano, um número crescente de governos – incluindo os dos Países Baixos, de Portugal, da Bélgica, da Eslovénia, da Espanha, da Itália, da Finlândia, da Lituânia ou da Suécia - estão a reivindicar ter transposto completamente a Directiva. Contudo, de acordo com as análises realizadas neste projecto, menos de metade destes países implementaram correcta e completamente a Directiva. A situação está longe de ser satisfatória. Em Maio de 2004, alguns Estados não tinham sequer esboçado a implementação de legislação e em países em que a legislação foi implementada encontramos regulamentações que são ou demasiado vagas (isto acontece na maior parte dos casos no que respeita à adaptação razoável), ou demasiado semelhantes ao texto da Directiva, com a consequência das medidas – de países como a Itália ou o Luxemburgo – serem tão genéricas que dificilmente poderão ser aplicadas a casos concretos.

Pela maneira como muitos países definem deficiência, podemos verificar que adoptam abordagens médicas, muito restritivas do conceito. Na maior parte dos casos, os países ainda estão muito reticentes em adoptar o modelo social e isto tem consequências tendo em vista não só a definição de deficiência em si mesma, mas também a maneira como abordam a questão da discriminação globalmente.
A Bélgica, por exemplo, encontra demasiadas excepções à proibição de discriminação directa, enquanto o Reino Unido não menciona explicitamente a discriminação indirecta. Quase todos os países excluem o Apoio Ocupacional do alcance da Directiva e em alguns, os procedimentos de selecção não estão adequadamente abrangidos. A adaptação razoável, em si, é usualmente definida tal como no texto da Directiva, mas uma vez mais só alguns países providenciam ajustamentos nacionais para a tornar possível na prática. Mais elaboração é também necessária no princípio da reversibilidade do ónus da prova, que apenas a Bélgica parece ter tomado seriamente. Um aspecto bastante crítico tendo em vista o estado de implementação é o da regulamentação da defesa dos direitos. Apenas em algumas ocasiões as organizações da deficiência podem representar as pessoas com deficiência perante um tribunal. As pessoas com deficiência intelectual são especialmente prejudicadas pela não transposição da possibilidade prevista no artigo 9.2 da Directiva.
Finalmente, também se verificou que a implementação de medidas tendo em vista a obrigação dos Estados disseminarem informação acessível ou a promoverem o

diálogo social são virtualmente não existentes.
Em termos gerais, a nossa conclusão é de que as leis ou propostas de lei existentes, as quais é suposto transporem a Directiva, não estão a dar protecção suficiente às pessoas que reclamam proteger. Mas, também não estão a cobrir todas as pessoas afectadas ou tratadas com discriminação baseada na deficiência. Em particular, tal forma de discriminação pode também ser baseada nas deficiências passadas ou futuras. Mais, as pessoas sofrem discriminação também porque têm alguém com deficiência na família. Nós acreditamos fortemente que a implementação de legislações tem de incluir estes grupos de indivíduos sob o seu raio de alcance.

1. Introdução

Desde a adopção unânime da "Directiva da Igualdade no Emprego" pelo Conselho da União Europeia no ano 2000, o tempo permitiu avaliar os progressos até agora realizados a nível nacional no que diz respeito à transposição da Directiva numa perspectiva dos direitos das pessoas com deficiência.

A "Directiva da Igualdade no Emprego" proíbe a discriminação no emprego e na ocupação, bem como na formação profissional. Cobre ambas as formas de discriminação, directa e indirecta, bem como o assédio, no campo da deficiência. Inclui provisões muito importantes no direito à adaptação razoável, a fim promover o acesso das pessoas com todos os tipos de deficiência ao emprego e à formação.

A ambição do projecto "Fighting for our Rights" é influenciar o processo de transposição da directiva na Europa, com o intuito de maximizar os efeitos positivos desta legislação para as pessoas com deficiência. Para este objectivo, nós gostaríamos de promover o estabelecimento de um código de boas práticas para acertar de que forma, sob o nosso ponto de vista, a Directiva deve ser executada. Por exemplo, nós advogamos pela a adopção de uma definição de discriminação com base na deficiência, que é inclusiva bastante para cobrir também as deficiências passadas e futuras, bem como todas as pessoas que possam ser discriminadas porque são relacionadas com alguém que tem uma deficiência.

É importante reforçar que as medidas legislativas, embora não suficientes, são a primeira etapa necessária para um compromisso pro-activo de todas as autoridades nacionais, e da sociedade como um todo, para combater a discriminação na prática diária.

Proibindo a discriminação em diversas áreas, tais como a deficiência, o objectivo da Directiva é proteger o direito fundamental à igualdade de oportunidades. Cada legislador ou juiz deve ter isto em mente quando interpreta a Directiva. Garantindo que os direitos dos outros são respeitados, a Directiva deve ser transposta e reforçar o direito das pessoas com deficiência intelectual à igualdade de oportunidades, com o mais elevado nível de protecção.

Nós queremos padrões europeus comuns de protecção dos direitos das pessoas com deficiência, e nós necessitamos de impedir que estes padrões sejam lesados com as interpretações estreitas da Lei Europeia. Esperançoso que este papel contribuirá para conseguir este objectivo.

Françoise Jan
Presidente
Inclusion Europe

2. Descrição da situação na UE e nos países da adesão

O fim do prazo para a transposição para a directiva do emprego era 2 Dezembro 2003, com 3 anos adicionais possíveis para transpor as medidas relacionadas com deficiência (e a idade). De facto, a França notificou a comissão que usará o acréscimo de 3 anos para as medidas da deficiência, enquanto o Reino Unido e a Dinamarca usarão um ano extra. Os restantes estados membros da UE devem já ter inteiramente transposto as medidas de toda a Directiva.
A comissão Europeia está actualmente no processo de examinar as leis nacionais para assegurar-se de que elas estão completamente em conformidade com as provisões da directiva. Em consequência do que verificou, já decidiu accionar os procedimentos de infracção contra a Alemanha, a Áustria, o Luxemburgo e a Grécia, por naqueles países a legislação ter sido adoptada nível nacional. Além disso, a comissão lançou também procedimentos de infracção contra a Bélgica e a Finlândia, porque as leis adoptadas de anti-discriminação não entraram em vigor em todas as regiões belgas (a saber comunidade de língua alemã) e não cobrem algumas partes do território Finlandês (a saber as ilhas Aland de língua Sueca).

Definição de deficiência

Nós podemos identificar respostas nacionais diferentes às medidas para a deficiência previstas na Directiva. Fora dos 25 estados do membros UE, mais de metade têm leis ou esboços, que é suposto transporem a estrutura da Directiva. Contudo, de acordo com a análise realizada sob este projecto, as leis actuais da anti-discriminação não estão a cobrir todas as pessoas afectadas ou ameaçadas pela discriminação com base na deficiência.

Muito poucas legislações nacionais protegem as pessoas que são discriminadas porque tiveram uma deficiência no passado, ou porque é provável que venha a desenvolver no futuro, ou simplesmente porque têm um filho ou uma filha com uma deficiência que necessite de atenção especial. Neste aspecto, as legislações

implementadas pelos Irlandeses e os Belgas são interessantes por cobrirem as deficiências futuras. Nos Países Baixos, as pessoas que se "supõe" ou que se assume terem uma deficiência ou uma doença crónica são protegidas contra a discriminação (dos empregadores bem como dos funcionários públicos ou de pessoas privadas envolvidas na concessão do emprego). No Reino Unido, o “Acto da Discriminação na Deficiência de 1995” indica que "as incapacidades escondidas estão também cobertas". Os Estados de Membros, contudo, tendem a descrever a deficiência como um impedimento físico ou o psicológico presente e severo. Em particular, o esboço da legislação alemã segue uma abordagem bastante restritiva. Aenas protege da discriminação no emprego aquelas pessoas que foram classificadas como "severamente incapacitadas", a saber aqueles indivíduos com uma classificação de incapacidade de pelo menos 50% e que foram devidamente registados. Em contraste, o “Acto Maltês da Igualdade de Oportunidades de 2000” vai longe com as obrigações sob a Directiva, cobrindo indivíduos com uma deficiência e os indivíduos que se julgue terem um relacionamento ou uma associação com uma pessoa com deficiência.

Alcance material

O alcance material da Directiva é restringido à área de emprego. Contudo, os Estados Membros não têm nenhum impedimento legal à introdução de leis nacionais maior alcance. Alguns países definiram extensamente a área de emprego, e cobriram oficinas protegidas sob o espectro das suas legislações. A lei belga, por exemplo, tem um alcance material largo, que cobre aspectos tais como "trabalho não pago" e "a provisão ou a disponibilidade dos bens fornecidos ao público". Mais, as leis belgas anti-discriminação vão às vezes mesmo além da área de emprego. Por exemplo, "aqueles que dão publicidade à sua intenção de cometer a discriminação" estão a cometer uma ofensa criminal sob a lei belga. A legislação nos Países Baixos vai, em parte, também para além do campo do emprego, indicando que a discriminação ("diferenciação") está proibida, por exemplo, "na oferta de serviços de transporte público e informação de viagens". As interpretações restritivas, entretanto, são mais abundantes. A legislação espanhola não está conforme sequer com o alcance material da directiva, porque não protege contra a discriminação durante os procedimentos de selecção. A legislação Irlandesa não menciona a reabilitação vocacional e a reinstrucção, e a lei Búlgara da anti-discriminação não é específica para o emprego. Irlanda, Bélgica, Áustria, Lituânia, os Países Baixos e outros países escolheram não incluir oficinas protegidas sob o espaço da protecção de suas respectivas leis.

Discriminação directa e indirecta

Quanto ao conceito *de discriminação* , as disposições dos Estados de Membros são frequentemente idênticas à versão relevante da linguagem da Directiva. Contudo, nós podemos encontrar muitas particularidades nacionais, que são às vezes problemáticas.
Por exemplo, o "Acto Britânico da Discriminação na Deficiência" não cobre explicitamente a discriminação indirecta. Em consequência, anúncios discriminatórios não podem ser directamente invocados (podem meramente ser levados a tribunal

como prova no decorrer de um processo por discriminação directa). Além disso, a prática legal interpretou "O Acto da Discriminação na Deficiência" de uma maneira que deixa aos empregadores uma margem muito larga para justificar a discriminação (demasiada enfatização de conceitos como a "saúde e a segurança"). Portugal, cujo governo reivindica ter transposto já completamente a Directiva, está a aguardar ainda uma definição de discriminação indirecta. As legislações Belgas e Lituanas incluem excepções à proibição da discriminação directa, que não são mencionadas na Directiva. Sob a lei Irlandesa, a discriminação indirecta refere-se somente ao género. Quanto ao *assédio*, a lei holandesa nem sequer o menciona, e na Irlanda e na Alemanha apenas o empregador pode ser considerado no assédio.

Adapatação razoável

O regulamento do direito *à adaptação razoável* difere de país para país. Somente em casos excepcionais, tais como o Reino Unido e a Irlanda, a lei fornece exemplos concretos de adaptação razoável. De acordo com a lei belga, uma adaptação é considerada razoável se não criar um ónus desproporcional ao empregador. Esta maneira de interpretar o "razoabilidade" da adaptação não pode ser muito exacta. Nós tendemos mais a interpretar que uma acomodação é razoável quando é eficaz e apropriada para conseguir a igualdade de oportunidades.
Em todo o caso, o regulamentação do alcance deste direito é problemática. Embora a Directiva indique claramente que a adaptação razoável deve começar logo no processo do recrutamento, poucos países parecem estar cientes disto. Na maioria dos Estados de Membros não há nenhuma obrigação para que o empregador tome medidas prévias para fornecer a adaptação razoável. Há uma falta generalizada de elaboração a respeito de como este direito deve ser exercido na prática. Quando a Directiva indica que a adaptação razoável deve ser fornecida a menos que esta gere um ónus desproporcionado ao empregador, os países tendem a não elaborar mais nesta matéria. Sempre que existem, as definições nacionais do ónus desproporcionado, (como Portugal), referem-se geralmente aos custos envolvidos, aos recursos financeiros do negócio do empregador ou à possibilidade de obter financiamento público. Contudo, as autoridades públicas geralmente dão a possibilidade legal de pagar aos empregadores os ajustamentos razoáveis realizados.
Nós podemos também encontrar excepções nacionais ao direito à adaptação razoável, que podem estar em ruptura com a Directiva. Um exemplo disto pode ser encontrado na lei lituana, que permite que o empregador negue a adaptação razoável a uma pessoa deficiente se, em troca, o empregador aceitar para empregar outras três pessoas com deficiências. Tal provisão parece esquecer-se de que a adaptação razoável é um direito individual. Poderia, em nosso ver, ser usada para discriminar os empregados com deficiências mais "difíceis de adaptar". Além disso, as leis nacionais não podem criar excepções na obrigação fornecer a adaptação razoável além daquelas mencionadas explicitamente na Directiva.
A Directiva implica que uma falha injustificada em providenciar a adaptação razoável leva à discriminação. Alguns Estados Membros consideram explicitamente uma falha injustificada em fornecer a adaptação razoável como discriminação (é discriminação directa sob a lei sueca, discriminação indirecta sob a lei austríaca e discriminação “sui

generis” sob a lei holandesa). A lei belga indica simplesmente que a falha em fornecer a adaptação requerida é discriminação, mas então é demasiado vaga quando define quando a adaptação razoável é requerida. A lei na Bélgica, e em muitos outros países, não define nem elabora o termo "ónus desproporcionado", deixando para a justiça a decisão numa base de caso-a-caso.
Por outro lado, há também exemplos da boa prática. Um destes exemplos é Eslovénia. Embora a lei eslovena não pareça conter uma definição geral da adaptação razoável, é mais exaustiva em assegurar-se de que este direito seja exercido na prática, principalmente através de medidas do Estado. Duas instituições públicas, o Instituto do Seguro da Pensão e da Deficiência e Serviço de Emprego, são obrigadas pela lei a cobrir a adaptação razoável em tal extensão, que a excepção do ónus desproporcionado no empregador está excluída na prática. Além disso, um programa especial para promover a integração no emprego é assegurado pela lei. O programa contem os aspectos, que são relevantes para pessoas com dificuldades de aprendizagem, nomeadamente estratégias de informação e de motivação, avaliação, reabilitação psicossocial, selecção do objectivo profissional, desenvolvimento de habilidades sociais, encontrando o trabalho apropriado, ou a análise do lugar e o ambiente de funcionamento.

Acção positiva

Com algumas limitações, as práticas de *acção positiva* são geralmente aceites pelas legislações nacionais. Alguns Estados, incluindo Portugal, Alemanha, França e Espanha fornecem um sistema de quotas para promover o emprego das pessoas com deficiência. Contudo, nalguns casos estas quotas não são respeitados na prática. Por o exemplo, desde o ano 1982 a lei espanhola estabelece um quota de cinco por cento dos empregados com deficiência, que os empregadores devem empregar para não serem sancionados. Não obstante, hoje a taxa de emprego das pessoas com deficiência em Espanha está certamente bem abaixo deste valor. Na Alemanha, os empregadores que não cumprem a quota legal estão a ser multados. O dinheiro obtido através daquelas multas é empregado então para financiar oficinas para as pessoas com deficiência.
As legislações Inglesa e Irlandesa, por outro lado, parecem ser bem mais restritivas para a acção positiva.

Mecanismos para o cumprimento e Sanções

No que respeita aos *mecanismos para cumprimento* da Directiva, os Estados de Membros têm uma margem larga de decisão. A fim assegurar-se de que suas leis de não-discriminação sejam seguidas, podem decidir-se por criar mecanismos judiciais, conciliatórios ou administrativos. A maioria dos Estados Membros optou por uma combinação de medidas administrativas e judiciais sob a Lei Civil. Por exemplo, este é o caso em Portugal, Alemanha, Bulgária e Reino Unido. A Áustria, Espanha e outros países excluem os mecanismos administrativos e optam pelo conciliatório, preferivelmente. Muito poucos países colocam as práticas discriminatórias sob a lei criminal. Tanto quanto nós sabemos, apenas a Bélgica e Eslovénia o fazem. A lei

belga configura mecanismos judiciais e administrativos, e os mecanismos judiciais podem ser civis e penais. Em detalhe, na lei belga é uma ofensa criminal "praticar publicamente discriminação ou violência contra uma pessoa, um grupo ou uma comunidade com base num dos campos abrangidos", violência contra uma pessoa, um grupo ou "mostrar pública intenção de discriminar". Os funcionários públicos que cometem discriminação no exercício das funções são também sujeitos à responsabilidade criminal. Na Eslovénia, determinadas práticas discriminatórias podem ser analisadas sob o código penal.
De acordo com a lei eslovena, as organizações não governamentais devem ter direito a tomar parte nos procedimentos administrativos e judiciais iniciados por vítimas de discriminação (em consequência de uma violação da lei da anti-discriminação). Esta é uma provisão relevante, uma vez que em muito poucos países as organizações da deficiência estão habilitadas para representar pessoas com deficiência perante um tribunal nacional.

Demasiados países, entre eles a Irlanda, Espanha, os Países Baixos e a lituânia, não colocaram nenhuma regra nas *sanções* aplicáveis às infracções às disposições nacionais adoptadas conforme a Directiva.

À excepção do Reino Unido, e de acordo com nosso conhecimento, nenhum caso de queixas de pessoas com deficiência intelectual a respeito de discriminação no emprego foi levado perante os tribunais nacionais nos Estados Membros. Do Reino Unido, dez casos foram trazidos ao nosso conhecimento, incluindo casos de assédio, negação da adaptação razoável durante audições disciplinares, negação da adaptação razoável durante exames profissionais, negação da adaptação razoável no que respeita ao processo de recrutamento e discriminação directa no que respeita ao processo do recrutamento. De acordo com a Comissão dos Direitos da Deficiência a maior parte destes casos têm boas perspectivas de sucesso ou foram já estabelecidos.

Reversibilidade do ónus da prova

A Directiva impõe também aos estados Membros a introdução da exigência processual *da reversão do ónus da prova* nos casos de discriminação directa ou indirecta no emprego. No procedimento civil, a Directiva permite que o queixoso traga a evidência preliminar ao juiz. Estas evidências ou factos preliminares (tais como testes de situação ou análise estatística), sob determinadas circunstâncias, constituirão uma prova da existência de discriminação directa bem como discriminação indirecta, significando que terá de ser o empregador a provar que não discriminou.
Embora as legislações (com algumas excepções como caso irlandês ou lituano) tendam a mencionar a reversão do ónus da prova no que diz respeito à discriminação directa e indirecta no emprego, apenas uma minoria dos governos introduziu todas as medidas a fim de se assegurar de que este princípio seja aplicado na prática. A lei belga é um exemplo da boa prática neste respeito, porque fornece com exemplos elaborados o tipo de factos que podem ser apresentados perante um tribunal a fim de inverter o ónus da prova. A lei menciona dados estatísticos e os testes de situação

como exemplos de factos, que a pessoa que se sente discriminada pode levar ao tribunal a fim inverter o ónus da prova. De acordo com a lei, um decreto governamental determinará as características de tais testes de situação.

Disseminação da informação e promoção do diálogo social

Neste momento é importante insistir na obrigação dos estados se assegurarem de que todas as medidas relevantes a respeito da não discriminação no emprego "sejam levadas ao conhecimento das pessoas interessadas por todos os meios apropriados". Na Eslovénia, Espanha e Bélgica, as autoridades públicas são obrigadas legalmente a *disseminar informação*, mas estes países são a excepção melhor que a regra. Na Eslovénia, a informação é disseminada através do Conselho para Pessoas com Deficiências, que é o corpo oficial responsável pela implementação da Directiva. Também na Bélgica há um corpo oficial responsável pela implementação da Directiva, chamado Centro para a Igualdade de Oportunidades, e corpos similares existem noutros Estados Membros (o *Disability Ombudsman* na Suécia, a *Disability Rights Commission* no Reino Unido, a *Dutch Equal Treatment Commission* ou o *Lithuanian Equal Opportunities Ombudsman*). Bulgária, Grécia, Espanha, Áustria, Alemanha ou Itália pertencem todos ao grupo dos Estados que não criaram este tipo de organismo oficial. A utilidade destes corpos não é limitada à disseminação da informação ou a actividades de monitorização. Os centros para a igualdade de oportunidades podem também desempenhar um papel muito importante na promoção do *diálogo social.* Esta obrigação sob o artigo 13 da Directiva abarca quase todas as acções complementares que o estado pode empreender na cooperação com os parceiros sociais a fim difundir as boas práticas a toda a sociedade. Contudo, de acordo com nossa análise, o diálogo entre os governos e as organizações da deficiência a respeito da nova legislação da não-discriminação não ocorreram frequentemente.

3. Estudo analítico

Sendo a Directiva, um lei geral, tem que ser transposta e implementada pelas legislações, que são mais precisas do que a própria Directiva. Neste respeito, nós podemos indicar que a legislação Italiana implementada (Decreto Legislativo 9 julho 2003: Attuazione della Direttiva 200/78/EC) é demasiado baseada na linguagem da Directiva. O Luxemburgo e a Grécia também parecem ter importado simplesmente o texto da Directiva para a lei nacional. O problema com este tipo de medidas é que estão tão genericamente redigidas que não está claro como os empregadores, os trabalhadores e os tribunais nacionais lhes responderão.

Na ausência de casos jurídicos no Tribunal Europeu de Justiça, ainda não se

estabeleceu oficialmente como a Directiva deve ser interpretada. Da maneira que o Tribunal Europeu de Justiça abordou as medidas de discriminação do género no passado, nós podemos inferir por analogia que para esta Directiva o Tribunal adoptará também uma aproximação generosa, à excepção da acção positiva, que será interpretada, o mais provavelmente, duma maneira restritiva. Em todo o caso, o que nós pudemos fazer é trabalhar já na interpretação dos conceitos problemáticos, ou abrir cláusulas na Directiva, que podem ser alvo de muitas interpretações. É importante limitar os efeitos negativos da discrição do Estado na transposição da Directiva, e a melhor maneira de o fazer, no nosso ponto de vista, é destacar que a Directiva tem que ser interpretada como aquilo que é: um instrumento dos direitos humanos.

Definição de deficiência

Embora a Directiva endosse claramente o modelo social de deficiência, não fornece nenhuma *definição* de deficiência. A Directiva deixa este problema para ser resolvido pelos Estados Membros. Isto significa que os países têm uma relativa liberdade para determinar que definição da deficiência, se definirem, a incluir na legislação. É importante compreender que, definindo a deficiência, os Estados Membros estão de facto a determinar quem deve ser protegido da discriminação no domínio da deficiência. Em consequência, há o risco de os Estados de Membros contornarem as suas obrigações sob a Directiva orientadora simplesmente definindo deficiência abaixo. Há uma variedade de aproximações possíveis à noção de deficiência, variando de um concepção estritamente médica até um modelo social de deficiência. Uma definição restritiva da deficiência lesa o direito de muitas pessoas à igualdade de oportunidades. Consequentemente, sob nosso ponto de vista, tal definição seria contrária ao espírito da Directiva.

Aproximadamente metade dos Estados Membros decidiu-se a espelhar a Directiva e não incluir *uma definição* geral de deficiências nas suas legislações. O problema com este tipo da abordagem é que dá aos Juizes de alguma forma o poder de definir o termo numa base de caso-a-caso.
O termo a ser definido não deve ser "deficiência", mas "discriminação baseada na deficiência". O alvo das leis anti-discriminação não é definir pessoas, mas definir uma conduta ilegal e proteger as vítimas potenciais dessa conduta. A discriminação com base na deficiência pode afectar as pessoas que não têm uma deficiência. Por exemplo, uma pessoa pode sofrer a discriminação no trabalho porque tem uma criança deficiente.
Na nossa visão, a legislação anti-discriminação deve incluir uma definição do termo "discriminação baseada na deficiência". Os Estados Membros devem proteger contra a discriminação baseada na deficiência, pelo menos seguintes pessoas:

- aquelas que têm actualmente uma deficiência (severa ou não).
- aquelas que tiveram uma deficiência no passado.
- aquelas que podem desenvolver uma deficiência no futuro (como as legislações belga e irlandesa). Por exemplo, determinadas características congénitas são

prováveis de causar deficiência no futuro.
- aquelas que têm uma incapacidade escondida (como a lei britânica)
- aquelas que estão associadas com uma pessoa com uma deficiência através da família ou de outro relacionamento (como a lei maltesa)
- aquelas que se considere que podem cair numa das categorias acima mencionadas.

Alcance material

No que respeita ao *o alcance material*, alguns países ajustaram padrões mais elevados do que aqueles requeridos pela Directiva. A Bélgica e os Países Baixos, por exemplo, esboçaram legislações que protegem pessoas com deficiência contra a discriminação para além da área de emprego. O facto de os padrões mínimos requeridos pela Directiva terem sido ampliados por um número reduzido de legislações mostra que a Directiva pode ser considerada um primeiro passo para a proibição da discriminação baseada na deficiência em todas as áreas de vida.

A abordagem holandesa tem também a peculiaridade de ser simétrica. Isto significa que a lei protege também as pessoas não-deficientes da discriminação pelo facto de não terem uma deficiência. Isto pode ser usado limitar a extensão das práticas de acção positiva, que não obstante são permitidas sob a lei holandesa.

Discriminação directa e indirecta

No artigo 2, parágrafo 2, a Directiva define *a discriminação directa e indirecta*. Menciona também duas excepções à proibição geral da discriminação indirecta.

O artigo 2, parágrafo 2 indica que "considera-se discriminação indirecta sempre que uma disposição, um critério ou uma prática aparentemente neutra coloque as pessoas que têm uma determinada (...) deficiência em desvantagem comparativamente com outras pessoas a menos que:

i) essa disposição, critério ou a prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que,
ii) o empregador (…) seja obrigado pela legislação nacional fornecer (adaptação razoável) a fim eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática ".

É importante reforçar que as excepções do artigo 2, parágrafo 2 referem-se somente à discriminação indirecta. Na Implementação da Directiva, alguns Estados Membros (incluindo a Bélgica e a Lituânia) aplicaram aquelas excepções também à discriminação directa. Sob nosso ponto de vista, esta é uma clara adulteração do artigo 2.
Por outro lado, estas excepções devem ser aproximadas de uma perspectiva dos direitos humanos. Isto significa que "objectivo legítimo" que justificaria a discriminação indirecta num caso particular tem que ser consistente com os direitos humanos.

O mesmo aplica-se aos conceitos colocados no art. 2, parágrafo 5: "a segurança pública", "a protecção da saúde", ou "a ordem pública" não são cláusulas à deixadas abertas para a interpretação nacional, mas as excepções que são aplicáveis somente quando o efeito dessa aplicação for mais consistente com os direitos humanos.
Em particular, "os interesses da saúde e da segurança" foram invocados por diversos juizes a fim justificar a discriminação. Neste sentido, é importante reforçar que a Directiva não menciona a palavra "interesse" quando se refere "à protecção da saúde". Na nossa opinião, a Directiva impõe a existência de uma ligação objectiva entre o emprego de uma pessoa deficiente e o risco para a saúde. As preocupações da saúde e da segurança do empregador por si só não são bastantes para constituir uma isenção sob o artigo 2, parágrafo 5 da Directiva. Além disso, a excepção da protecção da saúde tem que ser lida juntamente a disposição da adaptação razoável (artigo 5). Os riscos para a saúde, que o emprego de uma pessoa deficiente poderia colocar são cancelados frequentemente assim que o empregador cumpre com a obrigação fornecer a adaptação razoável ao empregado. Ou seja os riscos para a saúde podem ser causados não pela deficiência do trabalhador, mas sobretudo pela falha do empregador por não cumprir com o artigo 5.

Adaptação razoável

O artigo 5 da Directiva cria a obrigação de os empregadores fazerem *uma adaptação razoável* no que diz respeito às pessoas com deficiência. O direito à adaptação razoável procura quebrar a diferença entre habilidades individuais e impedimentos sociais: por os nossos ambientes sociais não terem sido projectados à medida de todos, necessitam de ser correctamente ajustados.
O artigo 5 é muito genérico e talvez demasiado sumário, considerando muitas dificuldades envolvidas em estabelecer e em avaliar a adaptação razoável. A este respeito, o parágrafo 20 do preâmbulo da Directiva pode ser lido como uma ferramenta útil para a interpretação do artigo 5, especialmente como considera a noção de ónus desproporcionado. Com algumas excepções (tais como a Bulgária), a grande maioria dos Estados Membros menciona este direito nas suas legislações. As descrições nacionais da adaptação razoável tendem a combinar com o artigo 5 da Directiva, e em alguns casos (Grécia, Luxemburgo e Itália) ambos os textos são idênticos. Contudo, muito poucos países fornecem mecanismos legais para tornar a adaptação razoável possível na prática, e os regulamentos são demasiado vagos.
O direito à adaptação razoável é a essência do direito à igualdade de oportunidades no que respeita às pessoas com deficiência. Contudo, é um conceito relativamente novo na União Europeia. Antes da adopção da Directiva, somente o Reino Unido, a Irlanda e a Suécia reconheciam a obrigação de prever a adaptação razoável na sua lei nacional a respeito dos direitos da deficiência. Sendo um conceito legal novo, é desejável que as legislações sejam detalhadas o suficiente ao regular o exercício deste direito, e incluiam exemplos específicos.

A maioria dos Estados Membros regulamentam a adaptação razoável como um dever negativo. Isto significa essa falha injustificada na adaptação gera discriminação, mas

os indivíduos não têm o direito reivindicá-la.
Ao contrário, a Directiva aborda a adaptação razoável como um direito positivo. Os indivíduos devem ser a possibilidade de reivindicar este direito ao abrigo da lei nacional.
Além disso, é importante que a lei nacional estabeleça mecanismos de cooperação entre o indivíduo que reivindica a adaptação e o empregador. O Estado deve fornecer aconselhamento aos empregados com deficiência neste sentido, especialmente aos empregados com dificuldades de aprendizagem. Ao reclamar este direito, seria útil aplicar o princípio da reversibilidade do ónus da prova, embora a Directiva não a requeresse para a adaptação razoável.

A "razoabilidade" da adaptação refere-se a seu potencial de fornecer a igualdade de oportunidade duma maneira eficiente e fiável. Um indivíduo pode ter permanentemente necessidade de adaptação razoável. A adaptação razoável não é uma forma de acção positiva. É importante recordar que a adaptação razoável é um direito individual a um ajustamento individual; é algo diferente dos ajustamentos gerais que podem de outra forma ser requeridos pela lei. Uma legislação, que permita ao empregador escolher não fornecer a adaptação razoável a um determinado empregado por razões diferentes das mencionadas no artigo 5 está em ruptura com a Directiva. Essas excepções são:

1) o empregador não estava ciente da necessidade fornecer a adaptação razoável.
2) uma adaptação eficaz não está disponível.
3) a adaptação razoável coloca um ónus desproporcionado ao empregador (pela análise dos custos financeiros e outros envolvidos, da escala e dos recursos financeiros da organização e da possibilidade de obter financiamento público ou algum outro auxílio).

É desnecessário dizer, que a adaptação razoável aplica-se também às pessoas com dificuldades de aprendizagem. Certamente algumas das medidas, que poderiam alcançar a adaptação razoável incluídas como exemplos no parágrafo 20 do preâmbulo (tais como "a adaptação dos padrões do tempo de trabalho, a distribuição das tarefas ou a disponibilização de formação") poderiam ser dirigidas às pessoas com deficiência intelectual.

Mecanismos de cumprimento e sanções

Os Estados de Membros são obrigados colocar as *sanções* apropriadas aplicáveis às infracções às disposições nacionais adoptadas, para transpor a Directiva. No nosso ponto de vista, os mecanismos de execução conciliatórios, administrativos e judiciais (civis e criminais) devem complementar-se. As sanções devem ser compensatórias numa base individual para danos tais como as perdas passadas, as perdas futuras, o ferimento dos sentimentos, as ofensas pessoais, os danos agravados, os danos pontuais e os interesses. As sanções não devem ser limitadas *a priori.*

Em relação à efectividade das sanções, nós podemos extrair uma analogia com o parecer do Tribunal Europeu de Justiça de 2 Agosto 1993 (o caso Marshall), onde o

Tribunal explica o que considera um sanção eficaz no que diz respeito à discriminação do género. Indica que "as sanções eficazes são todas as medidas necessárias para assegurar que as disposições do tratado da CE sejam inteiramente eficazes, de acordo com os objectivos perseguidos pela Directiva", deixando aos Estados Membros a escolha da forma e dos métodos usados para conseguir esse objectivo. De acordo isto, uma sanção eficaz no nosso caso seria a medida que assegura que o direito à igualdade de oportunidade das pessoas com deficiência intelectual seja respeitado.

Disseminação da informação e promoção do diálogo social

No que diz respeito à disposição sobre a *disseminação da informação*, nós acreditamos que há ainda muito a ser feito pelos Estados Membros para cumprirem com o artigo 12 da Directiva, que impõe a obrigação ao Estado de "se assegurar de que todas as medidas relevantes a respeito da Directiva sejam conhecidas por todas as pessoas interessadas".

Em nosso ver, as "pessoas interessadas" significa, por um lado, todas aquelas que são protegidas contra a discriminação baseada na deficiência, e por outro lado, os empregadores. As pessoas com deficiência e as suas famílias necessitam estar cientes dos seus direitos tanto quanto os empregadores necessitam estar cientes das suas obrigações. Esta é a única maneira de promover realmente o diálogo e a compreensão mútua.

Depois, a informação será difundida "por todos os meios apropriados". Esta medida é extremamente relevante para os interesses daquelas pessoas cuja deficiência é uma dificuldade de aprendizagem. A acessibilidade da informação é para elas uma medida chave. Em conformidade com a obrigação de disseminar a informação, os Estados Membros devem ter em conta as necessidades especiais das pessoas com deficiência intelectual, o que implica necessariamente a disponibilidade de material acessível em formato de leitura-fácil ou equivalente. A grande maioria dos Estados Membros e dos países aderentes não estão em conformidade com o artigo 12. Esta é uma grande falha que tem efeitos muito negativos para as pessoas com deficiência intelectual. Não fornecendo a informação necessária para que as pessoas com dificuldades de aprendizagem se tornem cientes dos seus direitos e também impedindo as suas associações de os representar perante os tribunais, os Estados prejudicam seriamente o exercício – e consequentemente o significado – dos direitos contidos na Directiva.

Considerando tudo isto, não é provavelmente uma coincidência, o facto de ter havido tão poucos casos de queixas judiciais das pessoas com deficiência intelectual a respeito da discriminação no emprego. E pode ser interessante indicar o facto de o único país a ter relatado um número significativo de tais casos – a saber, o Reino Unido - fez relativamente bem a adequação aos artigos 9 e 12 da Directiva: de acordo com a lei britânica, as associações relevantes estão habilitadas para representar as pessoas com deficiência intelectual perante os tribunais e na disposição sobre informação o “Acto da Discriminação na Deficiência” indica que a informação disseminada tem que estar num formato que todas as pessoas com deficiência possam ler.

4. Recomendação

A finalidade da Directiva do Emprego é proteger e realçar o direito fundamental à igualdade de oportunidades. A Directiva será interpretada, transposta e implementada de uma forma que seja não somente compatível com sua finalidade, mas de uma forma que promova na máxima extensão e o real usufruto da igualdade de oportunidades entre os grupos da população cobertos pelo seu alcance.

Ao transpor uma Directiva para a lei nacional, os Estados Membros podem fazê-lo tendo em conta as suas próprias tradições legais, e usam abordagens diferentes para garantir a implementação. Contudo, as Directivas fixam objectivos que os Estados Membros são obrigados a conseguir, em todo o caso. Nós esperamos que as seguintes recomendações sejam úteis para autoridades públicas ao nível nacional e Europeu ao interpretar as disposições sobre a deficiência da Directiva do Emprego. Propõem as medidas, que nós acreditamos serem necessárias a fim de assegurar que as disposições da Directiva sejam também usadas em benefício das pessoas com deficiência intelectual e das suas famílias.

Definindo a discriminação baseda na deficiência

Primeiro que tudo, não diz que os Estados Membros são obrigados a assegurar que a protecção concedida pela Directiva alcança todas as pessoas visadas. Uma forma de contornar esta obrigação é introduzir definições nacionais da deficiência que são tão restritivas que muitas vítimas de discriminação baseada na deficiência são deixadas de fora. As possibilidades das pessoas com deficiência Intelectual são determinadas pela forma como são definidas. Na nossa opinião é crucial que, ao definir o termo, as autoridades nacionais endossem o modelo social da deficiência e assim reconheçam implicitamente que as incapacidades estão a ser impostas às pessoas deficientes pela organização social. Além disso, nós acreditamos fortemente que a definição deve cobrir as deficiências passadas e futuras e que as pessoas relacionadas com pessoas com deficiência intelectual, tal como famílias, devem também ser protegidas contra a discriminação. Idealmente, a definição deve descrever a " discriminação baseada na deficiência" e os deveres relacionados com a adaptação razoável mais do que o termo "deficiência" ou "pessoa deficiente".

Protecção eficaz de contra a discriminação

As excepções à proibição geral da discriminação incluída no artigo 2 da Directiva devem ser interpretadas duma maneira restritiva e numa perspectiva dos direitos humanos. A Directiva indica que a discriminação indirecta está proibida a menos que "essa disposição, critério ou prática sejam justificados objectivamente por um objectivo legítimo e os meios para conseguir esse objectivo sejam apropriados e necessários".

Nessa perspectiva, um "objectivo legítimo" implica necessariamente *de acordo com os direitos humanos* que os meios são "apropriados e necessários", não pode significar que são meramente "mais baratos" ou "mais convenientes para o trabalho", mas também *que são consistentes com as direitos humanos*. O mesmo se aplica, no nosso ver, aos conceitos tais como a "saúde" ou "a ordem pública". Estas não são cláusulas deixadas abertas para a interpretação nacional, mas excepções que são aplicáveis somente quando o efeito dessa aplicação for mais consistente com as direitos humanos.

Adaptação razoável

As pessoas com deficiência intelectual necessitam de adaptação razoável para que possam usufruir dos direitos humanos. Por as estruturas das nossas sociedades não terem sido projectadas à medida de todos, necessitam agora de ser corrigidas para incluir aqueles que durante tanto tempo foram deixados de fora das actividades sociais. É por isto que a "razoabilidade" da adaptação não pode ser interpretada como referindo-se ao seu custo limitado ou à conveniência do empregador, mas mais à sua eficiência para permitir o direito à igualdade de oportunidades. A falha em cumprir com esta obrigação é uma forma de discriminação.

Não se pode negar que o direito à adaptação razoável também se aplica às pessoas com deficiência intelectual. De facto algumas das medidas que poderiam atingir uma adaptação razoável incluídas como exemplos no preâmbulo da Directiva (tais (tais como "a adaptação dos padrões do tempo de trabalho, a distribuição das tarefas ou a disponibilização de formação") poderiam ser dirigidas às pessoas com deficiência intelectual.

Meios de recurso efectivos

Os Estados Membros são obrigados sob a Directiva a oferecer meios de recurso às vítimas de discriminação. Os recursos têm que ser eficazes, proporcionais e dissuasivos e devem estar disponíveis a todas as pessoas que se sintam discriminadas, mesmo depois da relação de trabalho terminar.
Nós acreditamos que as sanções, administrativas e judiciais, devem complementar-se. Devem ser compensatórias numa base individual para danos tais como as perdas passadas, as perdas futuras, o ferimento dos sentimentos, as ofensas pessoais, os danos agravados, os danos pontuais e os interesses.
As sanções efectivas no que diz respeito à discriminação com base na deficiência intelectual serão, na nossa opinião, todas as medidas necessárias para proteger o direito á igualdade de oportunidades a todas as pessoas com dificuldades de aprendizagem, de acordo com os objectivos perseguidos pela Directiva. Mesmo que os Estados Membros possam escolher a forma e os métodos usados conseguir esse objectivo, a acção do estado tem que ser eficaz. Por exemplo, sob o nosso ponto de vista, uma disposição nacional que fixe um limite superior ao valor da compensação

seria contrária à Directiva.

Protecção contra retaliação

Seja a discriminação directa ou indirecta, o assédio ou a falha em fornecer a acomodação razoável, todas as formas de discriminação são frequentemente fáceis de esconder e muito difíceis de provar. Em adição a isto, as pessoas que testemunham práticas discriminatórias tendem a pertencer ao mesmo ambiente de trabalho que a vítima e consequentemente temem retaliação. Neste sentido, a protecção contra a retaliação como reacção a uma queixa visou reforçar a conformidade com o princípio da igualdade de tratamento deve cobrir não somente o queixoso, mas também as testemunhas.

Reversibilidade do ónus da prova

No procedimento civil, a Directiva permite às pessoas que se considerem discriminada levar perante um juiz os factos a partir dos quais se pode presumir que houve uma discriminação. Estes factos podem consequentemente inverter o ónus da prova, o que significa que deverá sero empregador a provar que não houve nenhuma violação do princípio da igualdade de tratamento. Seria útil para as pessoas com deficiência intelectual e seus advogados se a lei nacional especificasse que os factos que podem ser levados a tribunal a fim de inverter o ónus da prova podem ser baseados, por exemplo, na análise estatística ou em testes de situação. Além disso, seria também muito útil se os Estados Membros aplicassem a reversibilidade do ónus da prova também aos casos da discriminação resultante de uma negação da adaptação razoável.

Disseminação da informação e promoção do diálogo social

No que diz respeito à disposição da disseminação da informação, nós acreditamos que o artigo 12 da Directiva impõe a obrigação ao Estado de se assegurar de que todas as edições relevantes a respeito da Directiva sejam do conhecimento de todas as pessoas interessadas, incluindo os empregadores. Que a informação seja difundida "por todos os meios apropriados" implica necessariamente a disponibilidade do material acessível, em formato de leitura-fácil ou equivalente. A grande maioria dos Estados Membros não está em conformidade com o artigo 12. É uma grande falha que tem efeitos muito negativos para as pessoas com deficiência intelectual. Não fornecendo a informação necessária para que as pessoas com dificuldades de aprendizagem se tornem cientes dos seus direitos e também impedindo as suas associações de os representar perante os tribunais, os Estados prejudicam seriamente o exercício – e consequentemente o significado – dos direitos contidos na Directiva.

No que respeita ao “diálogo social”, o artigo 13 vai claramente além da consulta unilateral. Abarca quase todas as acções complementares que o estado pode em-

preender na cooperação com os parceiros sociais a fim de difundir as boas práticas a toda a sociedade. Esta medida é a base legal sobre a qual se deve construir uma cultura de inclusão social.

A Inclusion Europe advoga por uma abordagem expansiva no que respeita ao alcance da Directiva. Focalizando nas dimensões essenciais da vida diária, tais como o emprego e a ocupação, A Directiva marca os padrões mínimos no sentido de lutar contra a discriminação e excluir as práticas discriminatórias contra as pessoas com deficiência mental, em todas as áreas de vida.

ANEXOS

A IMPLEMENTAÇÃO DA DIRECTIVA 78/2000
SITUAÇÃO EM PORTUGAL

A Directiva tem como objectivo impedir a discriminação no emprego e na ocupação, nomeadamente por motivos ligados à deficiência, estabelecendo conceitos como Discriminação Directa, Discriminação Indirecta, Adaptação Razoável, Reversibilidade do Ónus da Prova, Assédio, entre outros.

Os países membros tinham como data limite para a transposição total da Directiva o dia 02 de Dezembro de 2003.
Portugal, através da aprovação do novo Código do trabalho (lei 99/2003 de 27 de Agosto) que entrou em vigor em 01 de Dezembro de 2003, passou a fazer parte do lote de países que reclamam ter transposto a directiva.
Contudo, o referido código apenas a transpõe parcialmente, pois alguns conceitos nele contidos necessitam de regulamentação mais aprofundada e de definições mais concretas.

A situação que se verifica em Portugal é peculiar, devido ao momento de produção legislativa que se vive.
Para além do Código do Trabalho ter sido aprovado recentemente, aguarda-se a aprovação da sua regulamentação e está em discussão para posterior aprovação a Lei de Bases da Habilitação, Reabilitação e Participação da Pessoa com Deficiência.

O combate contra este tipo de discriminação será especialmente difícil no caso das pessoas com deficiência mental, pois exige medidas específicas e de implementação mais complicada. Por exemplo, é muito mais fácil adaptar um posto de trabalho para uma pessoa com uma deficiência física ou sensorial do que providenciar o acompanhamento por um técnico qualificado pelo período que durar o emprego.

A própria Directiva apresenta algumas “brechas”, como o facto de no seu preâmbulo sublinhar a necessidade de competência para ter acesso a um emprego. Ora, o conceito de competência nem sempre é de fácil definição, em particular em pessoas com deficiência mental.

De momento, é quase total a ausência de divulgação de informação sobre os direitos que a Directiva consagra, junto das pessoas com deficiência e das organizações que as representam.

Em Portugal, sente-se também a falta de um organismo patrocinado pelo Estado que se dedique exclusivamente à igualdade de oportunidades ao combate à discriminação. Vários países europeus têm este tipo de organismos a funcionar, com independência, mas com patrocínio estatal.

O papel do Estado Português no processo da Formação e emprego das pessoas com deficiência mental

Apesar das diversas questões em aberto de ordem metodológica e conceptual; legislativa e financeira, da própria qualidade da formação e do emprego para pessoas com deficiência mental, temos ao longo do tempo acumulado uma série de experiências e usado as ferramentas que o sistema social e político nos faculta, com a finalidade de conseguir que estes cidadãos possam exercer o seu direito ao trabalho com dignidade.

A Formação Profissional é uma oportunidade fundamental na preparação para o mundo do trabalho. A flexibilidade das suas metodologias é uma vantagem que se vem impondo na prática, permitindo implementar estratégias individualizadas. Digamos que no plano prático, a metodologia centrada na pessoa tem vindo a ganhar terreno face aos tradicionais modelos de formação centrados nos conteúdos.

A Formação em Posto de Trabalho tem-se revelado a forma mais eficaz para desenvolver aprendizagens técnico-profissionais, em contexto real, a par do acompanhamento para o desenvolvimento de Competências Pessoais e Sociais.

Para o empregador esta fase de Formação em Posto de Trabalho, permite conhecer as capacidades do formando, desmistificar os preconceitos tradicionalmente ligados à deficiência, aprender a lidar com as suas fragilidades e reconhecer as potencialidades. O acesso ao emprego começa a ser abordado ainda na fase de Formação Profissional.

A ligação das instituições à comunidade, o conhecimento do tecido empresarial da região, a divulgação de boas práticas, a abordagem que é feita pelos técnicos às empresas, é o grande motor das oportunidades de emprego para o cidadão com deficiência mental.

O Estado Português oferece esta possibilidade de Formação Profissional – com o financiamento às Instituições, do próprio Estado e do Fundo Social Europeu. Oferece também, financiando, o acompanhamento técnico pós contratação. O empregador e o empregado com deficiência e a sua família, sabem que podem recorrer ao Centro de Formação Profissional para apoio na resolução de qualquer situação, mesmo depois da contratação. Existe um constrangimento neste ponto: o limite temporal do financiamento ao acompanhamento pós contratação é de três anos. Os cidadãos com deficiência mental, têm-na para toda a vida e sabemos que alguns casos se vão agravando à medida que a idade vai avançando, pelo que não concordamos com este limite.

O empregador de um cidadão com deficiência mental vulgarmente não necessita de recorrer aos subsídios para adaptação do posto de trabalho, no entanto necessita deste apoio de retaguarda.

Existe um conjunto de apoios financeiros ao empregador no acto da contratação de uma pessoa com deficiência em Portugal. Todos eles são de baixo valor, reduzidos no tempo e implicam uma carga burocrática. Verificamos na prática que não constituem por isso um incentivo ao emprego de pessoas com deficiência.

O empregador só emprega uma pessoa com deficiência mental se tiver oportunidade de conhecer as suas competências e se estas corresponderem às necessidades da sua empresa.

O Estado Português atribui anualmente um prémio de mérito no sentido de distinguir positivamente as empresas que contratem pessoas com deficiência, não tem valor monetário, tem apenas valor social pela divulgação que é feita. Neste caso apenas podem ser candidatas ao prémio de mérito empregadores que tenham efectuado contratos sem termo a pessoas com deficiência.

A legislação sobre quotas de emprego em Portugal aplica-se apenas aos sectores da administração pública, estando neste momento em análise a proposta para a sua aplicação também ao sector privado. Esta legislação em termos práticos, raramente se ajusta ao campo da deficiência mental porque estabelece a sua aplicação para cidadãos com uma taxa de incapacidade igual ou superior a 60%. O emprego nos moldes actuais apenas é acessível a cidadãos com deficiência mental ligeira com uma taxa de incapacidade inferior a 60%.

A legislação laboral em Portugal é bastante rígida no que diz respeito às diferentes formas de contratação. Não existe enquadramento legal para respostas laborais para pessoas com deficiência mental que não possam assumir um posto de trabalho por inteiro.

Assim sendo, uma pessoa com deficiência mental quando estabelece um contrato de trabalho, este é exactamente igual ao de qualquer outro trabalhador, o que é positivo. No entanto, se não tiver resistência para corresponder às exigências que também são iguais ao de qualquer outro trabalhador da mesma categoria profissional, não é protegido por isso e pode até agravar a sua condição pessoal.

Neste momento não é possível aceder a um posto de trabalho, com um contrato de trabalho legal, adaptado às características do cidadão promovendo a sua ocupação laboral e o seu acesso ao trabalho.

Para que o cidadão com deficiência mental possa exercer o seu direito ao trabalho, com remuneração correspondente à sua produção, com um número de horas de trabalho correspondente às suas possibilidades, o Estado Português terá que criar legislação que permita esta realidade e terá que rever a legislação dos incentivos financeiros para que as empresas possam ser compensadas das diferenças de produtividade.

Até lá, são poucos os cidadãos com deficiência mental que têm condições para sustentar um posto de trabalho de forma continuada.

Aspectos Jurídicos

No âmbito das relações laborais, perante qualquer acto discriminatório praticado pelo empregador que prejudique o trabalhador, em especial no acesso ao emprego e no trabalho, quais os meios e mecanismos legais que poderão ser accionados?

O artigo 22º do Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto) consagra o direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho.

De acordo com o estatuído naquele preceito, todos os trabalhadores têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho.

Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

O empregador está, assim, expressamente proibido de praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Excepciona-se, no entanto, porquanto não discriminatório, o comportamento baseado num dos factores acima indicados, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

O artigo 26º do Código do Trabalho vem, por seu turno, prever expressamente, que *"a prática de qualquer acto discriminatório lesivo de um trabalhador ou candidato a emprego confere-lhe o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais".*

Estendendo a aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil a factos ocorridos no âmbito laboral, o artigo 26º vem resolver algumas dúvidas que se suscitavam no âmbito de certos aspectos da relação de trabalho, em especial na parte respeitante a danos não patrimoniais.

De acordo com o estatuído nos artigos 642º e 646º do Código do Trabalho, constituem contra-ordenações muito graves e graves (cuja aplicação está cometida à Inspecção-Geral do Trabalho), a violação das normas, previstas no Código do Trabalho, relativas à igualdade e aos trabalhadores com deficiência. Encontra-se, igualmente, previsto que a decisão condenatória proferida por aquela entidade administrativa poderá ser objecto de publicidade.

Tendo em conta as normas supra mencionadas e de acordo com o preceituado no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa (sob a epígrafe de “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”), cumpre salientar que, a todos os cidadãos, é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Na decorrência do princípio supra referido, **todas as pessoas**, incluindo aquelas que, por algum motivo, sejam portadores de qualquer tipo de deficiência, têm acesso, em igualdade de direitos e circunstâncias, aos meios jurisdicionais e à tutela efectiva dos seus direitos e interesses legitimamente protegidos.

A única especificidade prende-se com a questão da capacidade judiciária.

Neste domínio cumpre referir o estatuído no Código de Processo Civil: “*Os incapazes só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, ou autorizados pelo seu curador, excepto quanto aos actos que possam exercer pessoal e livremente*” – artigo 10º n.º 1.

Assim, em termos genéricos, quem, por sentença transitada em julgado, se encontrar incapacitado (interdito ou inabilitado), terá de se fazer representar em juízo por outrém.

Os mecanismos e meios previstos na Lei ao dispor de quem se considera discriminado poderão passar pelo:

- recurso às instâncias judiciais, nomeadamente aos Tribunais, quer na sua vertente Cível (Tribunais Cíveis) como Laboral (Tribunais do Trabalho);

- recurso, mediante o exercício do direito de queixa e perante qualquer acção ou omissão dos poderes públicos, ao Provedor de Justiça (*cfr.* artigo 23º da Constituição da República Portuguesa e Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do Provedor de Justiça)) – saliente-se, no entanto que aquele órgão apenas tem competência para emitir recomendações;

- controlo administrativo por parte da "Inspecção-Geral do Trabalho" como garante do cumprimento e o respeito, por parte dos empregadores, das suas obrigações legais, e com competência para a aplicação de sanções administrativas, mormente, coimas.

Em conclusão, existindo violação dos direitos relativos à igualdade, não discriminação dos trabalhadores e protecção do património genético, *o empregador, para além de estar sujeito ao pagamento de coimas, pode ter de indemnizar o trabalhador pelos danos patrimoniais e não patrimoniais (dor, vexame, vergonha, desprezo) que sofreu.*

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

O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia, e, nomeadamente, o seu artigo 13.º,

Tendo em conta a proposta da Comissão ([1]),

Tendo em conta o parecer do Parlamento Europeu ([2]),

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social ([3]),

Tendo em conta o parecer do Comité das Regiões ([4]),

Considerando o seguinte:

(1) Nos termos do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, a União Europeia assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios estes que são comuns aos Estados-Membros; a União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

(2) O princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres está consagrado em vários textos da legislação comunitária, nomeadamente na Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho ([5]).

(3) Na aplicação do princípio da igualdade de tratamento, a Comunidade deverá, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Tratado CE, procurar eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres, em especial dado que as mulheres são frequentemente vítimas de discriminação de múltipla índole.

(4) O direito das pessoas à igualdade perante a lei e à protecção contra a discriminação constitui um direito universal, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, pelos pactos internacionais das Nações Unidas sobre os direitos civis e políticos e sobre os direitos económicos, sociais e culturais, e pela Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, de que todos os Estados-Membros são signatários. A Convenção n.º 111 da Organização Internacional de Trabalho proíbe a discriminação em matéria de emprego e actividade profissional.

(5) Importa respeitar esses direitos e liberdades fundamentais. A presente directiva em nada prejudica a liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses.

(6) A Carta Comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores reconhece a importância da luta contra todas as formas de discriminação, nomeadamente, a necessidade de tomar medidas adequadas em prol da integração social e económica das pessoas idosas e das pessoas deficientes.

(7) O Tratado CE inclui entre os seus objectivos a promoção de uma estratégia coordenada entre as políticas de emprego dos Estados-Membros. Para esse efeito, foi integrado no Tratado CE um novo título, relativo ao emprego, que visa desenvolver uma estratégia coordenada para o emprego e, em especial, promover uma mão-de-obra qualificada, formada e susceptível de adaptação.

(8) As Orientações para as Políticas de Emprego em 2000, aprovadas pelo Conselho Europeu de Helsínquia, de 10 e 11 de Dezembro de 1999, sublinham a necessidade de promover um mercado de trabalho favorável à inserção social, através da definição de um conjunto coerente de políticas destinadas a combater a discriminação de determinados grupos, como as pessoas deficientes, e realçam igualmente a necessidade de prestar especial atenção ao apoio aos trabalhadores mais velhos, para aumentar a sua participação na vida activa.

(9) O emprego e a actividade profissional são elementos importantes para garantir a igualdade de oportunidades para todos e muito contribuem para promover a plena participação dos cidadãos na vida económica, cultural e social, bem como o seu desenvolvimento pessoal.

(10) Em 29 de Junho de 2000, o Conselho aprovou a Directiva 2000/43/CE, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica ([6]), e que assegura já a protecção contra essas discriminações no domínio do emprego e da actividade profissional.

(11) A discriminação baseada na religião ou nas convicções, numa deficiência, na idade ou na orientação sexual pode comprometer a realização dos objectivos do Tratado CE, nomeadamente a promoção de um elevado nível de

([1]) JO C 177 E de 27.6.2000, p. 42.
([2]) Parecer emitido em 12 de Outubro de 2000 (ainda não publicado no Jornal Oficial).
([3]) JO C 204 de 18.7.2000, p. 82.
([4]) JO C 226 de 8.8.2000, p. 1.
([5]) JO L 39 de 14.2.1976, p. 40.
([6]) JO L 180 de 19.7.2000, p. 22.

emprego e de protecção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social, a solidariedade e a livre circulação das pessoas.

(12) Para o efeito, devem ser proibidas em toda a Comunidade quaisquer formas de discriminação directa ou indirecta baseadas na religião ou nas convicções, numa deficiência, na idade ou na orientação sexual, nos domínios abrangidos pela presente directiva. Esta proibição de discriminação deve-se aplicar igualmente aos nacionais de países terceiros, mas não abrange as diferenças de tratamento em razão da nacionalidade nem prejudica as disposições que regem a entrada e a estadia de nacionais de países terceiros e o seu acesso ao emprego e à actividade profissional.

(13) A presente directiva não é aplicável aos regimes de segurança social e de protecção social cujas regalias não sejam equiparadas a remuneração, na acepção dada a este termo para efeitos de aplicação do artigo 141.º do Tratado CE, nem aos pagamentos de qualquer espécie, efectuados pelo Estado, que tenham por objectivo o acesso ao emprego ou a manutenção no emprego.

(14) A presente directiva não afecta as disposições nacionais que fixam as idades da reforma.

(15) A apreciação dos factos dos quais se pode presumir que houve discriminação directa ou indirecta é da competência dos órgãos judiciais ou de outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou as práticas nacionais, que podem prever, em especial, que a discriminação indirecta possa ser estabelecida por quaisquer meios e, inclusive, com base em dados estatísticos.

(16) A adopção de medidas de adaptação do local de trabalho às necessidades das pessoas deficientes desempenha um papel importante na luta contra a discriminação em razão da deficiência.

(17) 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.

(18) A presente directiva não poderá ter por efeito, designadamente, que as forças armadas, os serviços de polícia, prisionais ou de socorro sejam obrigados a recrutar ou a manter no seu posto de trabalho pessoas sem as capacidades necessárias para o exercício de todas as funções que possam ter de exercer, no âmbito do objectivo legítimo de manter a operacionalidade dos respectivos serviços.

(19) Além disso, para que os Estados-Membros possam continuar a manter a capacidade das suas forças armadas, estes podem optar por não aplicar as disposições da presente directiva que se referem às deficiências e à idade, à totalidade ou a parte das suas forças armadas. Os Estados-Membros que tomarem esta opção deverão definir o âmbito de aplicação desta derrogação.

(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.

(21) Para determinar se as medidas em causa são fonte de encargos desproporcionados, dever-se-ão considerar, designadamente, os custos financeiros e outros envolvidos, a dimensão e os recursos financeiros da organização ou empresa e a eventual disponibilidade de fundos públicos ou de outro tipo de assistência.

(22) A presente directiva não prejudica as legislações nacionais em matéria de estado civil nem as prestações delas decorrentes.

(23) Em circunstâncias muito limitadas, podem justificar-se diferenças de tratamento sempre que uma característica relacionada com a religião ou as convicções, com uma deficiência, com a idade ou com a orientação sexual constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, desde que o objectivo seja legítimo e o requisito proporcional. Essas circunstâncias devem ser mencionadas nas informações fornecidas pelos Estados-Membros à Comissão.

(24) A União Europeia, na sua Declaração n.º 11, relativa ao estatuto das Igrejas e das organizações não confessionais, anexa à acta final do Tratado de Amesterdão, reconhece explicitamente que respeita e não afecta o estatuto de que gozam, ao abrigo do direito nacional, as Igrejas e associações ou comunidades religiosas nos Estados-Membros, e que respeita igualmente o estatuto das organizações filosóficas e não confessionais. Nesta perspectiva, os Estados-Membros podem manter ou prever disposições específicas sobre os requisitos profissionais essenciais, legítimos e justificados, susceptíveis de serem exigidos para o exercício de uma actividade profissional nos respectivos territórios.

(25) A proibição de discriminações relacionadas com a idade constitui um elemento essencial para atingir os objectivos estabelecidos pelas orientações para o emprego e encorajar a diversidade no emprego. Todavia, em determinadas circunstâncias, podem-se justificar diferenças de tratamento com base na idade, que implicam a existência de disposições específicas que podem variar consoante a situação dos Estados-Membros. Urge pois distinguir diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas.

(26) A proibição da discriminação não deve prejudicar a manutenção ou a adopção de medidas tendentes a prevenir ou compensar as desvantagens sofridas por um grupo de pessoas com uma religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual determinadas, podendo essas medidas permitir a existência de organizações de pessoas com uma religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual determinadas, quando o seu objectivo principal seja responder às necessidades específicas dessas pessoas.

(27) Na Recomendação 86/379/CEE, de 24 de Julho de 1986 sobre o emprego dos deficientes na Comunidade [1], o Conselho estabeleceu um quadro de orientação que enumera exemplos de acções positivas destinadas a promover o emprego e a formação das pessoas deficientes e, na sua Resolução de 17 de Junho de 1999 sobre a igualdade de oportunidades de emprego para pessoas deficientes [2], afirmou a importância de prestar especial atenção, nomeadamente, ao recrutamento, à manutenção no emprego, à formação e à aprendizagem ao longo da vida, das pessoas deficientes.

(28) A presente directiva fixa requisitos mínimos, deixando por isso aos Estados-Membros a possibilidade de introduzir ou manter disposições mais favoráveis. A execução da presente directiva não poderá justificar qualquer regressão relativamente à situação que já existe em cada Estado-Membro.

(29) As pessoas que tenham sido vítimas de discriminação em razão da religião, das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual devem dispor de meios de protecção jurídica adequados. Para assegurar um nível de protecção mais eficaz, as associações ou as pessoas colectivas devem igualmente ficar habilitadas a instaurar acções, nos termos estabelecidos pelos Estados-Membros, em nome ou em prol de uma vítima, sem prejuízo das regras processuais nacionais relativas à representação e à defesa em tribunal.

(30) A aplicação efectiva do princípio da igualdade exige uma protecção judicial adequada contra actos de retaliação.

(31) Impõe-se a adaptação das regras relativas ao ónus da prova em caso de presunção de discriminação e, nos casos em que essa situação se verifique, a aplicação efectiva do princípio da igualdade de tratamento exige que o ónus da prova incumba à parte demandada. Não cabe, contudo, à parte demandada provar que a parte demandante pertence a uma dada religião, possui determinadas convicções, apresenta uma dada deficiência ou tem uma determinada idade ou orientação sexual.

(32) Os Estados-Membros podem decidir não aplicar as regras relativas ao ónus da prova nos processos em que a averiguação dos factos caiba ao tribunal ou à instância competente. Os processos em questão são aqueles em que a parte demandante está dispensada de provar os factos cuja averiguação incumbe ao tribunal ou à instância competente.

(33) Os Estados-Membros devem promover o diálogo entre os parceiros sociais e, no quadro das práticas nacionais, com as organizações não governamentais para analisar as diferentes formas de discriminação no local de trabalho e para as combater.

(34) A necessidade de promover a paz e a reconciliação entre as principais comunidades da Irlanda do Norte requer a inserção de disposições particulares na presente directiva.

(35) Devem ser estabelecidas pelos Estados-Membros sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas a aplicar em caso de incumprimento das obrigações decorrentes da presente directiva.

(36) Os Estados-Membros podem confiar aos parceiros sociais, a pedido conjunto destes, a aplicação da presente directiva no que se refere às disposições que são do âmbito de convenções colectivas, desde que sejam tomadas todas as disposições necessárias para que possam garantir, a todo o tempo, os resultados impostos pela presente directiva.

(37) Segundo o princípio da subsidiariedade, consagrado no artigo 5.º do Tratado CE, o objectivo da presente directiva, ou seja, a criação, na Comunidade, de um campo de acção no que se refere à igualdade no emprego e na actividade profissional, não pode ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros, podendo pois, devido à dimensão e aos efeitos da acção, ser melhor alcançado ao nível comunitário. Segundo o princípio da proporcionalidade, consagrado no mesmo artigo, a presente directiva não excede o necessário para atingir aquele objectivo,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1.º

Objecto

A presente directiva tem por objecto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.

Artigo 2.º

Conceito de discriminação

1. Para efeitos da presente directiva, entende-se por «princípio da igualdade de tratamento» a ausência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º

2. Para efeitos do n.º 1:

a) Considera-se que existe discriminação directa sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

b) Considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que:

   i) essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que,

[1] JO L 225 de 12.8.1986, p. 43.
[2] JO C 186 de 2.7.1999, p. 3.

ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente directiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática.

3. O assédio é considerado discriminação, na acepção do n.º 1, sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com um dos motivos referidos no artigo 1.º, com o objectivo ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou destabilizador. Neste contexto, o conceito de «assédio» pode ser definido em conformidade com as legislações e práticas nacionais dos Estados-Membros.

4. Uma instrução no sentido de discriminar pessoas por um dos motivos referidos no artigo 1.º é considerada discriminação na acepção do n.º 1.

5. A presente directiva não afecta as medidas previstas na legislação nacional que, numa sociedade democrática, sejam necessárias para efeitos de segurança pública, defesa da ordem e prevenção das infracções penais, protecção da saúde e protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

Artigo 3.º

Âmbito de aplicação

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:

a) Às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à actividade profissional, incluindo os critérios de selecção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional, incluindo em matéria de promoção;

b) Ao acesso a todos os tipos e a todos os níveis de orientação profissional, formação profissional, formação profissional avançada e reconversão profissional, incluindo a aquisição de experiência prática;

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

d) À filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal, ou em qualquer organização cujos membros exerçam uma profissão específica, incluindo as regalias concedidas por essas organizações.

2. A presente directiva não inclui as diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade e não prejudica as disposições e condições relativas à entrada e residência de nacionais de países terceiros e pessoas apátridas no território dos Estados-Membros, nem qualquer tratamento que decorra do estatuto jurídico dos nacionais de países terceiros e das pessoas apátridas em causa.

3. A presente directiva não é aplicável aos pagamentos de qualquer espécie efectuados pelos regimes públicos ou equiparados, incluindo os regimes públicos de segurança social ou protecção social.

4. Os Estados-Membros podem prever que a presente directiva não seja aplicável às forças armadas, no que se refere às discriminações baseadas numa deficiência ou na idade.

Artigo 4.º

Requisitos para o exercício de uma actividade profissional

1. Sem prejuízo do disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da actividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa actividade, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

2. Os Estados-Membros podem manter na sua legislação nacional em vigor à data de aprovação da presente directiva, ou prever em futura legislação que retome as práticas nacionais existentes à data de aprovação da presente directiva, disposições em virtude das quais, no caso das actividades profissionais de igrejas e de outras organizações públicas ou privadas cuja ética seja baseada na religião ou em convicções, uma diferença de tratamento baseada na religião ou nas convicções de uma pessoa não constitua discriminação sempre que, pela natureza dessas actividades ou pelo contexto da sua execução, a religião ou as convicções constituam um requisito profissional essencial, legítimo e justificado no âmbito da ética da organização. Esta diferença de tratamento deve ser exercida no respeito das disposições e dos princípios constitucionais dos Estados-Membros, bem como dos princípios gerais do direito comunitário, e não pode justificar uma discriminação baseada noutro motivo.

Sob reserva de outras disposições da presente directiva as igrejas e as outras organizações públicas ou privadas cuja ética é baseada na religião ou nas convicções, actuando de acordo com as disposições constitucionais e legislativas nacionais, podem, por conseguinte, exigir das pessoas que para elas trabalham uma atitude de boa fé e de lealdade perante a ética da organização.

Artigo 5.º

Adaptações razoáveis para as pessoas deficientes

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.

Artigo 6.º

Justificação das diferenças de tratamento com base na idade

1. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do

direito nacional, por um objectivo legítimo, incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários.

Essas diferenças de tratamento podem incluir, designadamente:

a) O estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua protecção;

b) A fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego para o acesso ao emprego ou a determinadas regalias associadas ao emprego;

c) A fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho em questão ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma.

2. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que não constitua discriminação baseada na idade, a fixação, para os regimes profissionais de segurança social, de idades de adesão ou direito às prestações de reforma ou de invalidez, incluindo a fixação, para esses regimes, de idades diferentes para trabalhadores ou grupos ou categorias de trabalhadores, e a utilização, no mesmo âmbito, de critérios de idade nos cálculos actuariais, desde que tal não se traduza em discriminações baseadas no sexo.

Artigo 7.º

Acção positiva e medidas específicas

1. A fim de assegurar a plena igualdade na vida activa, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adoptem medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º

2. No que respeita às pessoas deficientes, o princípio da igualdade de tratamento não afecta o direito dos Estados-Membros de manterem ou adoptarem disposições em matéria de protecção da saúde e da segurança no local de trabalho nem medidas destinadas a criar ou a manter disposições ou facilidades para salvaguardar ou fomentar a sua inserção no mundo do trabalho.

Artigo 8.º

Requisitos mínimos

1. Os Estados-Membros podem introduzir ou manter disposições relativas à protecção do princípio da igualdade de tratamento mais favoráveis do que as estabelecidas na presente directiva.

2. A aplicação da presente directiva não constituirá em caso algum motivo para uma redução do nível de protecção contra a discriminação que é já proporcionado nos Estados-Membros nos domínios abrangidos pela presente directiva.

CAPÍTULO II

VIAS DE RECURSO E EXECUÇÃO

Artigo 9.º

Defesa dos direitos

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que todas as pessoas que se considerem lesadas pela não aplicação, no que lhes diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento, possam recorrer a processos judiciais e/ou administrativos, incluindo, se considerarem adequado, os processos de conciliação, para exigir o cumprimento das obrigações impostas pela presente directiva, mesmo depois de extintas as relações no âmbito das quais a discriminação tenha alegadamente ocorrido.

2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para que as associações, organizações e outras entidades legais que, de acordo com os critérios estabelecidos na respectiva legislação nacional, possuam um interesse legítimo em assegurar o cumprimento do disposto na presente directiva, possam intervir em processos judiciais e/ou administrativos previstos para impor o cumprimento das obrigações impostas pela presente directiva, em nome ou em apoio da parte demandante, e com a aprovação desta.

3. Os n.os 1 e 2 não prejudicam as regras nacionais relativas aos prazos concedidos para a interposição de recursos relacionados com o princípio da igualdade de tratamento.

Artigo 10.º

Ónus da prova

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias, de acordo com os respectivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta, incumba à parte requerida provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

2. O disposto no n.º 1 não obsta a que os Estados-Membros imponham um regime probatório mais favorável à parte demandante.

3. O disposto no n.º 1 não se aplica aos processos penais.

4. O disposto nos n.os 1, 2 e 3 aplica-se igualmente às acções judiciais intentadas nos termos do n.º 2 do artigo 9.º

5. Os Estados-Membros podem não aplicar o disposto no n.º 1 nas acções em que a averiguação dos factos incumbe ao tribunal ou à instância competente.

Artigo 11.º

Protecção contra actos de retaliação

Os Estados-Membros introduzem nos seus sistemas legais as medidas necessárias para proteger os trabalhadores contra o despedimento ou outras formas de tratamento desfavoráveis adoptadas pela entidade patronal em reacção a uma queixa a nível da empresa ou a uma acção judicial destinada a exigir o cumprimento do princípio da igualdade de tratamento.

Artigo 12.º

Divulgação da informação

Os Estados-Membros asseguram que as disposições adoptadas por força da presente directiva, bem como as que já se encontram em vigor nesta matéria sejam levadas ao conhecimento dos interessados, por todos os meios adequados, por exemplo no local de trabalho, e em todo o seu território.

Artigo 13.º

Diálogo social

1. Os Estados-Membros tomam as medidas adequadas para, de acordo com as suas tradições e práticas nacionais, promover o diálogo entre os parceiros sociais, com vista à promoção da igualdade de tratamento, designadamente através da monitorização das práticas no local de trabalho, de convenções colectivas, de códigos de conduta, da investigação e do intercâmbio de experiências e boas práticas.

2. Sempre que compatível com as respectivas tradições e práticas nacionais, os Estados-Membros incentivam os parceiros sociais, sem prejuízo da respectiva autonomia, a celebrarem ao nível apropriado acordos que estabeleçam regras de combate à discriminação nos domínios referidos no artigo 3.º que estejam incluídos no âmbito da negociação colectiva. Estes acordos respeitarão os requisitos mínimos estabelecidos na presente directiva e nas medidas nacionais de execução.

Artigo 14.º

Diálogo com organizações não governamentais

Os Estados-Membros incentivam o diálogo com as organizações não governamentais adequadas que, de acordo com o direito e a prática nacionais, possuam legítimo interesse em contribuir para a luta contra a discriminação baseada num dos motivos enunciados no artigo 1.º, com vista a promover o princípio da igualdade de tratamento.

CAPÍTULO III

DISPOSIÇÕES ESPECIAIS

Artigo 15.º

Irlanda do Norte

1. Para fazer face à sub-representação de uma das principais comunidades religiosas nos serviços de polícia da Irlanda do Norte, as diferenças de tratamento em matéria de recrutamento para esses serviços, nomeadamente de pessoal de apoio, não constituem discriminação, na medida em que essas diferenças de tratamento sejam expressamente autorizadas pela legislação nacional.

2. A fim de manter o equilíbrio das possibilidades de emprego para os docentes na Irlanda do Norte e, simultaneamente, contribuir para superar as divisões históricas entre as principais comunidades religiosas presentes no território, as disposições da presente directiva em matéria de religião e de convicções não são aplicáveis ao recrutamento de docentes para as escolas da Irlanda do Norte, na medida em que tal seja expressamente autorizado pela legislação nacional.

CAPÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 16.º

Cumprimento

Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que:

a) Sejam suprimidas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento;

b) Sejam ou possam ser declaradas nulas e sem efeito, ou revistas, as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figurem nos contratos ou convenções colectivas, nos regulamentos internos das empresas, bem como nos estatutos das profissões independentes e liberais e das organizações patronais e de trabalhadores.

Artigo 17.º

Sanções

Os Estados-Membros determinam o regime de sanções aplicável às violações das disposições nacionais aprovadas em execução da presente directiva, e adoptam as medidas necessárias para assegurar a aplicação dessas disposições. As sanções, em que se pode incluir o pagamento de indemnizações à vítima, devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas. Os Estados-Membros notificam a Comissão de tais disposições o mais tardar em 2 de Dezembro de 2003, e notificá-la-ão o mais rapidamente possível de qualquer posterior alteração às mesmas.

Artigo 18.º

Execução

Os Estados-Membros adoptam as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva o mais tardar em 2 de Dezembro de 2003 ou poderão confiar aos parceiros sociais, a pedido conjunto destes, a execução da presente directiva, no que se refere às disposições que são do âmbito de convenções colectivas. Nesse caso, devem assegurar que, o mais tardar em 2 de Dezembro de 2003, os parceiros sociais tenham introduzido, por acordo, as disposições necessárias, devendo os Estados-Membros em causa tomar as medidas necessárias para poderem garantir, a todo o tempo, os resultados impostos pela presente directiva. Do facto informarão imediatamente a Comissão.

Para atender a condições particulares, os Estados-Membros podem dispor, se necessário, de um prazo suplementar de três anos a contar de 2 de Dezembro de 2003, ou seja, de um total de 6 anos, para executar as disposições da presente directiva relativas à discriminação baseada na idade e na deficiência, devendo, nesse caso, informar imediatamente a Comissão. Qualquer Estado-Membro que tenha optado por recorrer a esse prazo suplementar, deve apresentar anualmente à Comissão um relatório sobre as medidas adoptadas para fazer face à discriminação baseada na idade ou na deficiência e sobre os projectos realizados tendo em vista a execução da directiva. A Comissão apresenta um relatório anual ao Conselho.

Quando os Estados-Membros adoptarem essas disposições, estas devem incluir uma referência à presente directiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência serão adoptadas pelos Estados-Membros.

Artigo 19.º

Relatório

1. Os Estados-Membros transmitirão à Comissão, o mais tardar em 2 de Dezembro de 2005 e, a partir daí, de cinco em cinco anos, todos os dados úteis para lhe permitir elaborar um relatório sobre a execução da presente directiva, a apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

2. O relatório da Comissão atenderá, na medida do adequado, às opiniões dos parceiros sociais e das organizações não governamentais pertinentes. De acordo com o princípio da tomada em consideração sistemática da questão da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, o relatório deverá, nomeadamente, apresentar uma avaliação do impacto das medidas tomadas sobre os homens e as mulheres. Em face das informações recebidas, o relatório deve incluir, se necessário, propostas tendentes a rever e actualizar a presente directiva.

Artigo 20.º

Entrada em vigor

A presente directiva entra em vigor no dia da sua publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Artigo 21.º

Destinatários

Os Estados-Membros são os destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelas, em 27 de Novembro de 2000.

Pelo Conselho

O Presidente

É. GUIGOU

Inclusion Europe

A Associação Europeia de Organizações de Pessoas com Deficiência Intelectual e das suas Famílias

A Inclusion Europe é uma organização sem fins lucrativos. Nós agimos pelos interesses e direitos das pessoas com deficiência intelectual e das suas famílias. Os nossos membros são organizações nacionais de 36 países da Europa.

As pessoas com deficiência intelectual são cidadãos dos seus países. Eles têm igual direito a ser incluídos na sociedade, qualquer que seja o grau de deficiência. Eles querem direitos, não favores.

As pessoas com deficiência intelectual têm muitos dons e capacidades. Têm também necessidades especiais. Elas precisam de uma variedade de serviços para apoiar as suas necessidades.

A Inclusion Europe foca a sua actividade em três grandes áreas:
- Direitos Humanos para pessoas com deficiência intelectual
- Inclusão na sociedade
- Não discriminação

A Inclusion Europe coordena actividades em muitos países, incluindo projectos, conferências, grupos de trabalho e encontros de troca de experiências. Responde às propostas políticas Europeias e fornece informação acerca das necessidades das pessoas com deficiência intelectual. A Inclusion Europe aconselha a Comissão europeia e os membros do Parlamento Europeu nos nas decisões sobre a deficiência.

Esta publicação foi desenvolvida no âmbito do projecto Europeu “Fighting for our Rights”. Utilizando a lei anti-discriminação para proteger as Pessoas com Deficiência Intelectual. Está disponível em Inglês, Francês, Alemão, Espanhol, Português e Lituano. Todos os membros da Inclusion Europe e especialmente os seguintes parceiros, contribuíram para o sucesso do projecto:

- AFrAHM, Association Francophone d'Aide aux Handicapés Mentaux, Belgium.
- VILTIS, Lithuanian Welfare Society for Persons with Mental Disability.
- Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism, Belgium.
- CECD Mira-Sintra, Portugal.
- Département d'Othopédagogie, Université de Mons-Hainaut, Belgium.

Apoiado pela Comissão Europeia

For Diversity Against Discrimination

Inclusion Europe
Galeries de la Toison d’Or - 29 Chaussée d’Ixelles #393/32 - B-1050 Brussels
Tel. : +32-2-502 28 15 - Fax : +32-2-502 80 10
secretariat@inclusion-europe.org - www.inclusion-europe.org

PT