



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 19 de outubro de 2017¹

Processo C-270/16

Carlos Enrique Ruiz Conejero
contra
Ferroser Servicios Auxiliares SA
e
Ministerio Fiscal

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Juzgado de lo Social n.º 1 Cuenca (Tribunal do Trabalho n.º 1, Cuenca, Espanha)]

«Igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional — Proibição de discriminação em razão de deficiência — Legislação nacional que permite, em determinadas condições, o despedimento de um trabalhador em razão de faltas reiteradas, mesmo quando justificadas — Faltas devidamente justificadas relacionadas com uma deficiência do trabalhador»

1. Através do presente pedido de decisão prejudicial, solicita-se ao Tribunal de Justiça que analise a aplicação da proibição de discriminação em razão de deficiência estabelecida na Diretiva 2000/78² à legislação nacional que permite à entidade patronal rescindir um contrato de trabalho após um período ou vários períodos de ausência do trabalho, sem referência ao facto de o trabalhador em causa poder ser portador de deficiência.

Enquadramento jurídico

Diretiva 2000/78

2. Entre os considerandos da Diretiva 2000/78 contam-se os seguintes:

- «(16) A adoção 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 diretiva 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.

[...]

¹ Língua original: inglês.

² Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO 2000, L 303, p. 16).

- (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.

[...]»

3. O artigo 1.º da Diretiva 2000/78, intitulado «Objeto», estipula:

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

4. O artigo 2.º da Diretiva 2000/78 intitula-se «Conceito de discriminação» e prevê:

«1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por “princípio da igualdade de tratamento” a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º

2. Para efeitos do n.º 1:

- a) Considera-se que existe discriminação direta sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;
- b) Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível 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 objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que,
- ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente diretiva, 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.

[...]»

5. Nos termos do artigo 3.º da Diretiva 2000/78, intitulado «Âmbito de aplicação»:

«1. Dentro dos limites das competências atribuídas à [União Europeia], a presente diretiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no setor público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito:

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

[...]

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

[...]»

6. O artigo 5.º da Diretiva 2000/78 intitula-se «Adaptações razoáveis para as pessoas deficientes» e estipula:

«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, exceto 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.»

Legislação nacional

7. O artigo 52.º, alínea d), do Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Decreto Real Legislativo 1/1995, de 24 de março, que aprova o texto revisto do Estatuto dos Trabalhadores, a seguir «artigo 52.º, alínea d), do Estatuto dos Trabalhadores»)³ estabelece:

«Cessação do contrato por causas objetivas.

O contrato pode cessar:

[...]

d) Por faltas ao trabalho, justificadas mas intermitentes, que perfaçam 20% dos dias de trabalho em dois meses consecutivos, sempre que o total de faltas nos doze meses anteriores atinja 5% por cento dos dias de trabalho, ou 25% em quatro meses descontínuos ao longo de um período de doze meses.

3 Sou de opinião que o decreto legislativo em causa foi revogado e substituído pelo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro de 2015, que aprova o texto revisto do Estatuto dos Trabalhadores), o qual reproduz, porém, sem nenhuma modificação de fundo, as disposições em causa no litígio do processo principal.

Não são contabilizadas como faltas, para os efeitos do parágrafo anterior, as faltas por motivo de greve legal pelo tempo de duração da mesma, de exercício de atividades de representação legal dos trabalhadores, de acidente de trabalho, de maternidade, de risco durante a gravidez e lactação, de doenças causadas por gravidez, de parto ou lactação, de paternidade, de licenças e férias, de doença ou acidente não laboral quando a baixa tenha sido acordada com os serviços de saúde oficiais e tenha uma duração de mais de vinte dias consecutivos, nem as faltas motivadas pela situação física ou psicológica derivada de violência de género, comprovada pelos serviços sociais ou pelos serviços de saúde, conforme o caso.

Também não são contabilizadas as faltas por motivo de tratamento oncológico ou de doença grave.»

8. O artigo 4.º, n.º 2, alínea c), do Estatuto de los Trabajadores (Estatuto dos Trabalhadores) estabelece:

«2. Na relação de trabalho, os trabalhadores têm direito:

[...]

(c) A não ser discriminados, direta ou indiretamente, para efeitos de emprego, por razões de sexo, estado civil, idade dentro dos limites estabelecidos por esta lei, origem racial ou étnica, condição social, religião ou convicções, ideias políticas, orientação sexual, filiação ou não num sindicato, assim como em razão da língua, dentro do Estado espanhol.

Também não podem ser discriminados por motivo de deficiência, sempre que sejam aptos para desempenhar o trabalho ou tarefas em causa.»

9. O artigo 2.º, alínea d), do Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de novembro de 2013, que estabelece o texto revisto da Lei Geral dos direitos das pessoas com deficiência e da sua inclusão social) (a seguir «Lei Geral da Deficiência») estabelece:

«Definições.

Para efeitos desta lei, entende se por:

Discriminação indireta: a que se verifica quando uma disposição legislativa ou regulamentar, uma cláusula convencional ou contratual, um contrato individual, uma decisão unilateral ou um critério ou prática, ou um meio, produto ou serviço, aparentemente neutros, coloquem uma pessoa com deficiência numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, sempre que não respondam objetivamente a um objetivo legítimo e que os meios para atingir esse objetivo não sejam adequados e necessários.»

10. O artigo 40.º, n.º 2, da Lei Geral da Deficiência prevê:

«Os empregadores devem tomar as medidas adequadas para adaptar o local de trabalho e aumentar a acessibilidade do local de trabalho em relação às necessidades que surgem em cada caso individual, a fim de permitir que as pessoas com deficiência tenham acesso ao emprego, desempenhem a suas funções, sejam promovidas e tenham acesso a formação, salvo se tais medidas implicarem encargos excessivos para os empregadores.

A fim de determinar se um encargo é excessivo, há que ter em conta se é atenuado de forma suficiente pelas medidas, ajudas ou subsídios públicos relativos às pessoas com deficiência e os custos financeiros e outros, decorrentes dessas medidas, bem como a dimensão da empresa ou da organização e o respetivo volume de negócios global.»

Factos, tramitação processual e questão prejudicial

11. Carlos Enrique Ruiz Conejero tem desempenhado as funções de «auxiliar de limpeza» desde 2 de julho de 1993 e à data dos factos era empregado da Ferroser Servicios Auxiliares, SA, titular do contrato de serviço de limpeza do Hospital Virgen de la Luz, Cuenca (que faz parte do serviço de saúde de Castilla-La Mancha), onde trabalhava. Anteriormente, havia desempenhado essas funções para as anteriores empresas adjudicatárias dos serviços de limpeza dessas instalações, sem nunca ter tido qualquer problema laboral e sem ter sido alvo de uma sanção.

12. Por decisão de 15 de setembro de 2014, a delegação de Cuenca da Consejería de Salud y Asuntos Sociales da Junta de Comunidades de Castilla La Mancha (Secretaria Regional da Saúde e dos Assuntos Sociais do Governo Autónomo de Castilla-La Mancha) reconheceu a deficiência de Carlos Enrique Ruiz Conejero. Essa decisão reconhece um grau de deficiência de 37%, com 32% por limitações físicas (24% por doença do sistema endócrino metabólico [obesidade] e 10% por limitação funcional da coluna vertebral) e 5% por fatores sociais complementares⁴.

13. Nos anos de 2014 e 2015, o trabalhador ausentou-se por doença durante os seguintes períodos:

- De 1 a 17 de março de 2014, por «dor aguda» que obrigou a hospitalização (de 26 de fevereiro a 1 de março de 2014);
- De 26 a 31 de março de 2014, por «vertigens/náuseas»;
- De 26 de junho a 11 de julho de 2014, por «lombalgia»;
- De 9 a 12 de março de 2015, por «lombalgia»;
- De 24 de março a 7 de abril de 2015, por «lombalgia»; e
- De 20 a 23 de abril de 2015, por «vertigens/náuseas».

14. Segundo diagnóstico dos Servicios Médicos de la Sanidad Pública (Serviços Médicos da Saúde Pública), tanto as «vertigens/náuseas» como as «lombalgias» são causadas por uma artropatia degenerativa e por uma poliartrrose, agravadas pela obesidade do trabalhador, tendo aqueles serviços concluído que as referidas limitações resultam das nas patologias na origem da deficiência reconhecida ao trabalhador.

15. Carlos Enrique Ruiz Conejero comunicou ao seu empregador, atempadamente e na forma devida, todas as suas ausências mediante atestados médicos que indicavam os respetivos motivos e duração. No entanto, não informou o empregador da sua condição de deficiente em momento algum anterior ao despedimento, recusando os exames médicos periódicos disponibilizados e realizados pela seguradora da empresa. O despacho de reenvio refere que, conseqüentemente, o empregador desconhecia, no momento do despedimento, que Carlos Enrique Ruiz Conejero era portador de deficiência no momento do seu despedimento.

16. Por carta datada de 7 de julho de 2015, a empresa comunicou a Carlos Enrique Ruiz Conejero o seu despedimento por causa objetiva, ao abrigo do artigo 52.º, alínea d), do Estatuto dos Trabalhadores, devido ao facto de ter excedido os limites de faltas ao trabalho, ainda que justificadas, previstos na referida disposição normativa. A carta referia, nomeadamente, que as ausências do trabalhador haviam ultrapassado os limites de 20% dos dias de trabalho em março e abril de 2015 e de 5% nos 12 meses anteriores.

⁴ Os números parecem totalizar um grau de incapacidade de 39%, e não de 37%, o que poderia ser explicado por matizes suplementares na estrutura da decisão nacional. Em qualquer caso, trata-se das percentagens que figuram na decisão de reenvio.

17. Carlos Enrique Ruiz Conejero contestou o seu despedimento junto do Juzgado de lo Social n.º 1 Cuenca (Tribunal do Trabalho n.º 1, Cuenca, Espanha). Nesse processo, não põe em causa a veracidade e a exatidão das referidas faltas, nem a sua expressão percentual, mas alega que tinham sido exclusivamente motivadas pela doença na origem da sua deficiência. Daí conclui que existe uma relação direta entre as suas faltas ao trabalho e a sua condição de deficiente. Assim sendo, sustenta que o seu despedimento é nulo em razão de discriminação.

18. Foi neste contexto que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu submeter a seguinte questão ao Tribunal de Justiça a título prejudicial:

«Deve a Diretiva 2000/78 ser interpretada no sentido de que se opõe à aplicação de uma disposição nacional nos termos da qual a entidade patronal pode despedir um trabalhador por causas objetivas, por falta[s] ao trabalho, justificadas mas intermitentes, que perfaçam 20% dos dias de trabalho em dois meses consecutivos, sempre que o total de faltas nos doze meses anteriores seja de 5% dos dias de trabalho, ou 25% em quatro meses descontínuos ao longo de um período de doze meses, no caso de um trabalhador que deve ser considerado deficiente na aceção da diretiva, quando as faltas tenham sido causadas pela deficiência?»

19. Carlos Enrique Ruiz Conejero, a Ferroser Servicios Auxiliares, o Governo espanhol e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Na audiência de 22 de março de 2017, todas estas partes apresentaram alegações orais e responderam às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça.

Análise

Questões preliminares

A obesidade como deficiência na aceção da Diretiva 2000/78

20. O despacho de reenvio refere ter sido reconhecida a Carlos Enrique Ruiz Conejero a condição de deficiente a nível nacional em razão, ao que parece, essencialmente, da sua obesidade.

21. No seu acórdão no processo FOA⁵, o Tribunal de Justiça foi chamado a analisar se o direito da União consagra um princípio geral de não discriminação em razão da obesidade em matéria de emprego e atividade profissional. O Tribunal de Justiça que tal princípio não existe⁶. No entanto, analisou em seguida se o estado de obesidade de um trabalhador poderia ser abrangido pelo conceito de «deficiência» na aceção da Diretiva 2000/78.

22. O Tribunal de Justiça entendeu que isso é possível e estabeleceu um critério a nível da UE a este respeito. Considerou que, no caso de «o estado de obesidade do trabalhador em causa implicar uma limitação que resulta, designadamente, de lesões físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores, e se esta limitação é duradoura, esse estado enquadra-se no conceito de “deficiência” na aceção [da diretiva]». Tal verifica-se, designadamente, se a obesidade do trabalhador impedir a sua participação plena e efetiva na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores devido a uma mobilidade reduzida ou à superveniência, nessa pessoa, de patologias que o impeçam de realizar o seu trabalho ou que impliquem dificuldades no exercício da sua atividade profissional⁷.

5 Acórdão de 18 de dezembro de 2014, FOA (C-354/13, EU:C:2014:2463) (também conhecido por «Kaltoft»).

6 V. acórdão de 18 de dezembro de 2014, FOA (C-354/13, EU:C:2014:2463, n.ºs 31 e 40).

7 V. acórdão de 18 de dezembro de 2014, FOA (C-354/13, EU:C:2014:2463, n.ºs 59 e 60).

23. Sempre que a condição de deficiente for reconhecida a um trabalhador ao abrigo da legislação nacional, pode acontecer, embora não seja necessário, que ele satisfaça igualmente os requisitos estabelecidos no direito da União a este respeito. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se é esse o caso de Carlos Enrique Ruiz Conejero, aplicando para o efeito o critério acima exposto. No entanto, uma vez que esse órgão jurisdicional redigiu a sua questão com base nessa circunstância, devo prosseguir o resto da minha análise partindo de esse pressuposto.

O alcance da questão do órgão jurisdicional de reenvio

24. Embora a questão prejudicial espelhe a redação do artigo 52.º, alínea d), do Estatuto dos Trabalhadores, o órgão jurisdicional de reenvio explica igualmente no seu despacho que Carlos Enrique Ruiz Conejero não comunicou a sua situação médica à respetiva entidade patronal, o que o órgão jurisdicional de reenvio parece considerar — pelo menos implicitamente —, um obstáculo à aplicação dos artigos 2.º, n.º 2, alínea b), ii), e 5.º da Diretiva 2000/78. Como explicarei⁸, entendo que a situação não é tão linear a esse respeito como o órgão jurisdicional de reenvio possa crer. A fim de fornecer ao referido órgão uma resposta útil, incluo uma análise dessas disposições na exposição que apresento abaixo.

Discriminação direta ou indireta?

25. O efeito combinado dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º da Diretiva 2000/78 consiste em proibir a discriminação direta em razão da deficiência em quase todos os casos⁹.

26. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), dessa diretiva, considera-se existir discriminação direta sempre que «uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável», em razão, entre outras, da deficiência.

27. A disposição nacional em causa, identificada na questão do órgão jurisdicional de reenvio, a saber, o artigo 52.º, alínea d), do Estatuto dos Trabalhadores, aplica-se de igual modo a todos os trabalhadores. Não trata as pessoas portadoras de deficiência de forma menos favorável do que as demais e, por conseguinte, não constitui uma discriminação direta na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/78.

28. Por conseguinte, torna-se necessário examinar se a sua aplicação pode configurar uma discriminação indireta nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b). Esta norma diz respeito a uma disposição, um critério ou uma prática «aparentemente neutros», mas suscetíveis de colocar numa situação de desvantagem, *inter alia*, pessoas portadoras de determinada deficiência comparativamente a outras pessoas.

29. Como o Tribunal de Justiça observou no acórdão HK Danmark¹⁰, um trabalhador portador de deficiência está mais exposto ao risco de lhe ser aplicado o pré-aviso curto do que um trabalhador que não sofra de deficiência, visto que está exposto ao risco suplementar de uma doença ligada à sua deficiência e, por conseguinte, a um risco acrescido de acumular faltas por doença¹¹. Daqui decorre que a disposição em causa é, *prima facie*, indiretamente discriminatória.

8 V. n.º 36 e segs., *infra*.

9 Estão previstas algumas exceções, muito limitadas, nos artigos 2.º, n.º 5, 4.º e 6.º Não são pertinentes para o caso em apreço.

10 Acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222) (também conhecido por «Ring e Werge»).

11 V., para o efeito, n.º 76 do acórdão.

30. Assim sendo, é necessário prosseguir a análise e determinar se e, em caso afirmativo, em que medida as exceções previstas no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), subalíneas i) ou ii), da Diretiva 2000/78 se aplicam.

31. A questão que se coloca, desde logo, neste contexto é a da correlação entre essas duas derrogações. A segunda derrogação aplica-se apenas aos casos de deficiência. É precedida do termo «ou». Poderá deduzir-se daí que as disposições em questão devem ser interpretadas no sentido de que são mutuamente exclusivas, ao ponto de se afirmar que as pessoas portadoras de deficiência apenas estão abrangidas pela segunda dessas disposições?

32. Não creio.

33. Como o Governo espanhol observou, e bem, na minha opinião, na audiência, ambas as disposições devem ser lidas em conjunto, uma vez que se pode considerar que a segunda ajuda a compreender a proporcionalidade da primeira. Não pode, além disso, afirmar-se que o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), ii), deve ser aplicado às pessoas portadoras de deficiência, com exclusão do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), uma vez que, por razões que explicarei a seguir¹², embora seja possível que a primeira disposição se aplique à maioria das pessoas portadoras de uma deficiência, não se pode aplicar a todas elas.

Artigos 2.º, n.º 2, alínea b), ii) e 5.º da Diretiva 2000/78 — Medidas adequadas e adaptações razoáveis

34. Começarei por analisar o artigo 2.º, n.º 2, alínea), ii), em conjugação com o artigo 5.º Não se pode verificar uma discriminação indireta quando, no que diz respeito a «pessoas com uma deficiência particular», a entidade patronal é obrigada, por força da legislação nacional¹³, a tomar as medidas adequadas a fim de eliminar as desvantagens decorrentes de uma disposição, um critério ou uma prática aparentemente neutros que, de outra forma, constituiriam uma discriminação indireta. A fim de cumprir a obrigatoriedade de tomar medidas adequadas, a entidade patronal deve prever «adaptações razoáveis». Isso obriga-a a tomar, 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. Orientações adicionais são fornecidas pelo considerando 20 da diretiva¹⁴. O Tribunal de Justiça declarou que a expressão «adaptações razoáveis» deve ter uma interpretação lata, tendo em conta, nomeadamente, o artigo 2.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁵.

35. No entanto, tudo isso está sujeito à importante condição, estabelecida no artigo 5.º da Diretiva 2000/78, de que as medidas a tomar não devem impor à entidade patronal aquilo que a legislação designa por «encargos desproporcionados». A este respeito, é apresentada uma clarificação no considerando 21 da diretiva, segundo o qual devem ser considerados, designadamente, os custos das referidas medidas, a natureza da empresa e a eventual disponibilidade de fundos públicos ou de outro tipo assistência. Por outras palavras, há que realizar um exercício de ponderação.

12 V. n.º 50, *infra*.

13 Não parece haver contestação quanto ao facto de a legislação pertinente que transpõe o artigo 5.º para a legislação nacional espanhola ser o artigo 40.º, n.º 2, da Lei Geral. V. n.º 10, *supra*.

14 V. n.º 2, *supra*. O Tribunal de Justiça declarou que a lista constante desse considerando (que é precedida da expressão «por exemplo») não é exaustiva. V. acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.º 56).

15 Tal como aprovado em nome da Comunidade Europeia pela Decisão 2010/48/CE do Conselho, de 26 de novembro de 2009 (JO 2010, L 23, p. 35). V. acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.º 53).

36. A diretiva não impõe aos trabalhadores ou futuros trabalhadores portadores de deficiência a obrigação de divulgarem a sua condição. Na minha opinião, é evidente que não se pode esperar que uma entidade patronal que ignora justificadamente a deficiência de um trabalhador — uma vez que nada lhe permite suspeitar dessa deficiência e o trabalhador não o informou — tome medidas para prever «adaptações razoáveis». Em que circunstâncias, então, se aplica a obrigação prevista no artigo 5.º?

37. É evidente que essa obrigação existe quando o trabalhador tenha informado a sua entidade patronal da sua deficiência e do respetivo grau, bem como de qualquer outro elemento relevante com ela relacionado. Desde que não lhe sejam impostos encargos desproporcionados, a entidade patronal estará em condições de tomar medidas concretas para ajudar o trabalhador e prever adaptações razoáveis. Através dessas medidas, o trabalhador será integrado na empresa.

38. Qual é a situação quando, como no caso presente, o trabalhador não revela a sua deficiência? Em certos casos, será evidente para a entidade patronal que a pessoa em questão é deficiente. O exemplo mais óbvio é o de uma pessoa que perdeu um membro por amputação. A entidade patronal não pode desconhecer a situação, presumindo-se que deve ou deveria razoavelmente ter conhecimento da deficiência do trabalhador. Não existe qualquer motivo para excluir esse trabalhador do âmbito de aplicação do artigo 5.º A questão de saber se a entidade patronal deveria razoavelmente ter conhecimento da deficiência irá variar de caso para caso. Não é possível dar uma resposta «de tamanho único», uma vez que o leque de possíveis deficiências é amplo e variado.

39. No entanto, mesmo quando a deficiência é manifesta, isso não significa que a entidade patronal esteja em todos os casos ciente das medidas adequadas — ou de todas as medidas adequadas — que possam ser necessárias para prever adaptações razoáveis em benefício do trabalhador. A entidade patronal pode solicitar ao trabalhador que lhe forneça mais informações, permitindo-lhe assim prestar-lhe o apoio e a ajuda necessários. Se o trabalhador se recusar a fornecer essa informação ou não quiser comunicá-la, não pode ser obrigado a fazê-lo. Pode preferir não participar nesse exercício por razões relacionadas com o que considera ser a sua dignidade ou independência pessoal. Nessas circunstâncias, a entidade patronal fica limitada quanto ao que pode fazer no sentido de tomar medidas óbvias¹⁶. O resultado dessa ação pode permitir, ou efetivamente não permitir, a integração do trabalhador na força de trabalho da empresa. No entanto, não existe qualquer dever para a entidade patronal de ir mais longe.

40. Esta questão é igualmente complicada pelo facto de muitas deficiências não serem, pela sua própria natureza, estáticas. Um funcionário pode, por exemplo, iniciar a sua carreira numa empresa específica com uma deficiência que tenha um impacto mínimo na sua capacidade para trabalhar. A sua deficiência pode, no entanto, agravar-se posteriormente e o referido impacto tornar-se mais grave. Nessas condições, entendo que se aplicam princípios semelhantes aos acima expostos. Se, e na medida em que, o trabalhador comunicar pormenores da sua situação à entidade patronal, esta terá de considerar a necessidade ou não de novas medidas, a fim de prever adaptações razoáveis. Quando tal não aconteça, a entidade patronal tem o dever de tomar todas as medidas que se revelem obviamente necessárias, mas não se pode esperar que vá além disso¹⁷.

41. Em geral, considero que a obrigação de efetuar adaptações razoáveis prevista no artigo 5.º é uma medida importante e útil. Ao impor uma série de iniciativas à entidade patronal, permite que os trabalhadores portadores de deficiência participem no mercado de trabalho em moldes que de outro modo não seriam possíveis para muitos deles, o que enriquece consideravelmente as suas vidas. Além

¹⁶ É esse o caso, em especial, quando, como acontece no processo em apreço, o trabalhador recusa os exames médicos disponibilizados pela entidade patronal. V. n.º 15, *supra*.

¹⁷ Abordarei, nos n.ºs 43 e 44 das presentes conclusões, a situação que se pode colocar quando uma deficiência evolua para um grau em que não seja possível efetuar nenhuma adaptação razoável adicional ou em que a adaptação suscetível de ser efetuada constitua um encargo desproporcionado para a entidade patronal.

disso, o âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78 é amplo. Por força do artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) e c), aplica-se a todas as fases da relação laboral e na fase de recrutamento que a precede. Daqui decorre, na minha opinião, que, nas situações em que a entidade patronal tenha conhecimento ou devesse razoavelmente ter conhecimento de que a pessoa que pretende recrutar, ou que já faz parte dos seus efetivos, é portadora ou pode ser portadora de uma deficiência, essa obrigação representa o primeiro passo de um processo conducente à prevenção de um tratamento não discriminatório. O não recrutamento ou, se for o caso, o despedimento que resulte da não observância da referida obrigação constituirá uma discriminação ilegal para efeitos da Diretiva 2000/78.

42. Dito isto, gostaria de salientar que o artigo 5.º não é uma disposição aberta. Como já referi, o dever que impõe não se aplica sempre que gere encargos desproporcionados para a entidade patronal¹⁸. É igualmente importante notar que a disposição visa colocar os trabalhadores portadores de deficiência em pé de igualdade com os demais colegas, e não conceder-lhes mais direitos. Assim, o considerando 17 da Diretiva 2000/78 refere, nomeadamente, que a Diretiva não exige que uma empresa mantenha num emprego uma pessoa que não seja competente, capaz ou disponível para cumprir as funções essenciais do lugar em causa. Um trabalhador portador de deficiência está, a este respeito, precisamente na mesma posição que um trabalhador sem deficiência¹⁹.

43. Mais complicada é a situação que poderá surgir em resultado de uma deficiência que, na sua fase inicial, permitiu uma adaptação razoável na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2000/78, mas que evoluiu até um grau em que essa adaptação deixa de ser viável ou apenas pode ser garantida impondo encargos desproporcionados à entidade patronal. Pode a entidade patronal proceder a um despedimento nessas circunstâncias?

44. Entendo que uma demissão baseada meramente na deficiência do trabalhador não pode ser justificada. Equivaleria a uma discriminação direta na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da diretiva. Contudo, no caso de o despedimento assentar num dos fatores referidos no considerando 20 ou em qualquer outro fator não equiparável a discriminação, não violaria, na minha opinião, as disposições da diretiva.

45. Com base na análise precedente, considero que a primeira parte da resposta ao órgão jurisdicional de reenvio deve ser que ao analisar a aplicação da Diretiva 2000/78 ao despedimento de um trabalhador em circunstâncias que possam configurar uma discriminação indireta na aceção desta diretiva, impõe-se, em primeiro lugar, examinar a aplicação dos artigos 2.º, n.º 2, alínea b), ii), e 5.º da referida diretiva. Quando um trabalhador seja portador de uma deficiência e o seu empregador tenha conhecimento ou devesse razoavelmente ter conhecimento dessa deficiência, este tem o dever de tomar as medidas adequadas para prever adaptações razoáveis nos termos do artigo 5.º dessa diretiva, exceto se daí decorrerem encargos desproporcionados para ele. Não o fazer implica que o despedimento do trabalhador viola os requisitos estabelecidos na referida diretiva.

Artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), da Diretiva 2000/78

46. Referi que a proteção concedida às pessoas portadoras de deficiência nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), ii), conjugado com o artigo 5.º, pode ser importante e útil. É igualmente evidente que o alcance dessa proteção pode ser limitado²⁰.

18 V. n.º 35, *supra*.

19 V., a este respeito, acórdão de 11 de julho de 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, n.º 51), em que o Tribunal de Justiça declara que «[a] proibição, em matéria de despedimentos, da discriminação com base em deficiência, inscrita nos artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2000/78, opõe-se a um despedimento baseado em deficiência que, atendendo à obrigação de prever adaptações razoáveis para as pessoas deficientes, não seja justificado pelo facto de a pessoa em causa não ser competente, capaz ou disponível para executar as funções essenciais do seu lugar».

20 V. n.ºs 41 e 42, *supra*.

47. O facto de essas disposições fazerem uma referência específica a pessoas portadoras de deficiência significa que devem ser interpretadas no sentido de que, quando aplicáveis, são exaustivas? Por outras palavras, desde que uma entidade patronal respeite os artigos 2.º, n.º 2, alínea b), ii), e 5.º, e sem prejuízo das restrições que mencionei no n.º 44, *supra*, é o despedimento de um trabalhador portador de deficiência válido, sendo supérfluo que a entidade patronal tenha igualmente em conta o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i)?

48. Considero esta abordagem demasiado simplista.

49. Na minha opinião, os artigos 2.º, n.º 2, alínea b), ii), e 5.º da Diretiva 2000/78 mais não fazem do que dar expressão, concretamente, a um aspeto particular da discriminação indireta em razão da deficiência — tanto no que se refere às obrigações positivas que impõem como às restrições. Uma entidade patronal pode, em circunstâncias adequadas e dentro de limites proporcionados, estar obrigada a tomar medidas que promovam os interesses de pessoas que, de outra forma, seriam discriminadas. Na verdade, abordei esta questão — embora em termos gerais — no n.º 125 das minhas conclusões no processo Bougnaoui e ADDH²¹, aquando do exame da aplicação da doutrina da proporcionalidade à discriminação indireta nesse caso. Salientei que «[o] que é proporcionado pode variar em função da dimensão da empresa em causa. Quanto maior for a empresa, maior será a probabilidade de que disponha de recursos que lhe permitam ser flexível em termos de afetação dos seus trabalhadores às tarefas que lhes são exigidas. Assim, será de esperar que um empregador que é uma grande empresa faça mais esforços para obter um compromisso razoável com o seu pessoal do que um empregador que é uma pequena ou média empresa».

50. Suponhamos, no entanto, que o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), ii), não se aplica a um caso específico. A sua redação deixa claro que não se estende a todas as pessoas portadoras de deficiência, mas apenas «às pessoas com uma determinada deficiência». O benefício conferido pelas medidas em matéria de adaptações razoáveis previstas no artigo 5.º limita-se, assim, à categoria restrita composta por a) pessoas portadoras de deficiência para as quais podem efetivamente ser previstas adaptações razoáveis — o que nem todas as categorias de deficiência permitem, e b) pessoas para as quais podem ser previstas adaptações sem impor encargos desproporcionados à entidade patronal. Não vejo nenhum motivo para excluir as pessoas portadoras de deficiência que não pertencem a essa categoria do âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), nem para as pessoas que pertencem efetivamente a essa categoria também não serem abrangidas por esta disposição.

51. Essa abordagem restritiva seria igualmente contrária à jurisprudência constante. No processo HK Danmark²², o Tribunal de Justiça analisou separadamente a aplicação do artigo 5.º²³ e do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i)²⁴, da Diretiva 2000/78 no caso de um trabalhador despedido mediante pré-aviso (alegadamente discriminatório) nos termos da legislação nacional. Em momento algum afirmou que a aplicação dessas disposições era mutuamente exclusiva. Pelo contrário, considerou que um despedimento nos termos da disposição legislativa nacional em causa — que mais tarde veio a considerar que *poderia* ser válido para efeitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), se as condições pertinentes estivessem preenchidas — *não* podia ser válido no caso de um despedimento se a entidade patronal não tivesse tomado as medidas adequadas para proceder a adaptações razoáveis nos termos do artigo 5.º²⁵.

21 Conclusões em Bougnaoui e ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553).

22 Acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222).

23 V. acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.ºs 48 a 64).

24 V. acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.ºs 69 a 92).

25 V. acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.º 68 e ponto 3 da parte decisória).

52. Embora esse processo e o presente apresentem semelhanças na medida em que têm ambos por objeto a validade (ou não validade) de uma disposição de direito nacional que regula os prazos de pré-aviso de despedimento à luz da Diretiva 2000/78, o órgão jurisdicional de reenvio declara, no seu pedido de decisão prejudicial no presente processo, que aquelas que considera serem «as razões que levaram este órgão jurisdicional a questionar-se sobre a interpretação ou validade da Diretiva 2000/78» se prendem com a interpretação que lhe foi dada no acórdão HK Danmark²⁶.

53. Por conseguinte, é pertinente analisar este acórdão de forma mais circunstanciada.

54. Nesse caso, o processo perante o órgão jurisdicional nacional dizia respeito a duas trabalhadoras que haviam sido despedidas por motivos alegadamente discriminatórios, com base na sua deficiência²⁷. A disposição legislativa nacional²⁸ em que assentavam os despedimentos previa a possibilidade de despedimento de um trabalhador mediante pré-aviso de um mês se, ao longo dos últimos doze meses, tivesse faltado por motivo de doença com manutenção da remuneração durante 120 dias. O prazo previsto por aquela medida era reduzido: a regra normal prevista na legislação nacional determinava um pré-aviso de três a seis meses. A disposição controvertida aplicava-se de igual modo às pessoas com e sem deficiência. O Governo dinamarquês alegou que a disposição visava encorajar as entidades patronais a recrutar e manter em funções trabalhadores que com especial probabilidade faltavam repetidas vezes ao trabalho por motivo de doença, permitindo-lhes despedir posteriormente esses trabalhadores mediante um pré-aviso curto, caso as ausências passassem a ocorrer por períodos muito longos. Em contrapartida, esses trabalhadores podiam manter o seu emprego durante o(s) período(s) da sua doença. Alegou que a disposição em causa tinha, por conseguinte, em conta tanto os interesses das empresas como os dos trabalhadores²⁹.

55. O Tribunal de Justiça considerou (na medida em que é pertinente para o presente processo) o seguinte:

- recordou a regra enunciada no acórdão Chacón Navas³⁰ segundo a qual um tratamento desfavorável baseado na deficiência só é contrário à proteção visada pela Diretiva 2000/78 se constituir uma discriminação na aceção do artigo 2.º, n.º 1, da referida diretiva. Colocava-se, portanto, a questão de saber se a disposição nacional em causa nos processos principais era suscetível de gerar uma discriminação relativamente às pessoas deficientes (n.º 71);
- lembrou i) que os Estados-Membros dispõem de uma larga margem de apreciação na escolha não apenas da prossecução de um objetivo determinado em matéria de política social e do emprego mas também na definição das medidas suscetíveis de o realizar (n.º 81), e ii) que a promoção da contratação constitui incontestavelmente um objetivo legítimo de política social ou de emprego dos Estados-Membros, devendo esta apreciação, obviamente, aplicar-se aos instrumentos de política do mercado de trabalho nacional destinados a melhorar as hipóteses de inserção na vida ativa de certas categorias de trabalhadores. De igual modo, uma medida tomada a fim de favorecer a flexibilidade do mercado de trabalho pode ser considerada uma medida de política de emprego (n.º 82);
- daí concluiu que, em princípio, se pode considerar que objetivos da natureza dos indicados pelo Governo dinamarquês justificam objetivamente, no âmbito do direito nacional, como prevê o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), da Diretiva 2000/78, uma diferença de tratamento baseada na deficiência, como aquela que resulta da disposição de direito nacional controvertida (n.º 83).

26 Acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222).

27 Gerou-se alguma discussão no âmbito desse acórdão quanto à questão de saber se as doenças de que as trabalhadoras sofriam constituíam, efetivamente, uma deficiência na aceção da Diretiva 2000/78. Porém, essa discussão não é relevante para esta parte da minha análise.

28 Parece que esta disposição era opcional. Aplicava-se quando tivesse sido estipulado que «contrato pode prever que o trabalhador pode ser despedido». V. acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.º 13).

29 V. acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.ºs 26, 72, 78 e 79).

30 V. acórdão de 11 de julho de 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, n.º 48).

56. Assim, após ter estabelecido que aquela disposição visava objetivos que, em princípio, podiam ser legítimos para efeitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), o Tribunal de Justiça apreciou a questão de saber se os meios utilizados para a sua prossecução eram proporcionados. Sublinhou, uma vez mais, a larga margem de apreciação reconhecida aos Estados-Membros nessa matéria e observou que não parece irrazoável que estes considerem que a medida nacional em causa possa ser adequada para atingir os objetivos anteriormente evocados (n.º 87).

57. O Tribunal de Justiça prosseguiu, declarando:

- podia admitir-se que a referida regra, ao prever o direito de recorrer a um pré-aviso de duração reduzida para proceder ao despedimento de trabalhadores que faltaram por doença durante, naquele caso, superior a 120 dias, tivesse relativamente às entidades patronais, um efeito que incentiva a contratação e a manutenção em funções (n.º 88);
- a fim de examinar se essa regra excedia o necessário para alcançar os objetivos prosseguidos, importava situar esta disposição no contexto em que se insere e tomar em consideração o prejuízo que era suscetível de causar às pessoas visadas (n.º 89);
- cabia, a este respeito, ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se o legislador nacional, ao prosseguir os objetivos legítimos da promoção da contratação de pessoas doentes, por um lado, e de um equilíbrio razoável entre os interesses opostos do trabalhador e da entidade patronal relativamente às faltas por doença, por outro, não teve em conta elementos pertinentes que dizem respeito, particularmente, aos trabalhadores deficientes (n.º 90). Importava não ignorar o risco em que incorrem as pessoas que sofrem de deficiência, que geralmente têm mais dificuldades em reintegrar o mercado de trabalho do que os trabalhadores sem deficiência e necessidades específicas relacionadas com os cuidados que o seu estado exige (n.º 91).

58. Que conclusões se podem retirar desse acórdão para efeitos do presente processo?

59. Em primeiro lugar, creio que, ao determinar se a medida nacional em causa visa um objetivo legítimo, não é necessário que a referida medida mencione expressamente esse objetivo. Embora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se o objetivo da medida é efetivamente legítimo, o objetivo expresso ou enunciado (se existir) não é um fator que tenha de ser tido em conta. Nem no processo HK Danmark³¹ nem no presente processo parece existir uma referência desse género na legislação nacional em causa³².

60. Em segundo lugar, o objetivo da disposição em causa no processo HK Danmark³³ era incitar as entidades patronais a recrutarem e a manterem no seu posto os trabalhadores com grande probabilidade de faltarem repetidamente ao trabalho por doença. O Tribunal de Justiça parece não ter tido grande dificuldade em concluir que, uma vez que era um incentivo ao recrutamento, esse objetivo podia ser legítimo³⁴. No caso em apreço, o objetivo invocado pelo Governo espanhol para justificar a adoção da legislação em causa é combater o absentismo, um problema que considera ser uma fonte

31 Acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222).

32 Na verdade, no seu acórdão de 30 de abril de 2014, Pflieger e o. (C-390/12, EU:C:2014:281), em que a legislação nacional em causa era consideravelmente mais explícita no que se refere aos problemas que visava combater (nesse caso, a dependência do jogo), o Tribunal de Justiça considerou, no entanto, que cabia ao órgão jurisdicional de reenvio proceder à sua própria apreciação das circunstâncias em que a legislação havia sido adotada e aplicada (v., nomeadamente, n.º 52 desse acórdão).

33 Acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222).

34 Embora o órgão jurisdicional de reenvio declare no seu despacho de reenvio que a legislação dinamarquesa em causa fazia parte de uma política de integração de trabalhadores portadores de deficiência, nada no acórdão do Tribunal de Justiça corrobora efetivamente essa alegação. É verdade que o n.º 14 refere que tal política existe ao abrigo da legislação nacional que transpõe a Diretiva 2000/78, contudo, não se afirma que os dois conjuntos de disposições estão interligados. O n.º 78 reproduz as alegações do Governo dinamarquês relativas ao objetivo da medida nacional que permite o despedimento rápido: referem-se aos trabalhadores em geral que são «particularmente suscetíveis de registar repetidas ausências por doença» e não especificamente aos trabalhadores deficientes. Embora o n.º 85 recorde o argumento do Governo segundo a qual a medida em causa possibilita o recrutamento e a manutenção no emprego, em particular, de trabalhadores portadores de deficiência, isso visava refletir o resultado da legislação, e não o seu objetivo.

de assinalável preocupação nesse Estado-Membro³⁵. Ao fazê-lo, a medida visa equilibrar os interesses dos empregadores e dos trabalhadores, garantindo a possibilidade de as empresas manterem a sua produtividade e de os trabalhadores não serem despedidos injustificadamente. Como a Comissão observa, é possível afirmar que o facto de a lista de ausências excluídas compreender doenças com pouca probabilidade de se repetirem sustenta a posição de que o objetivo da medida é o absentismo³⁶. Na minha opinião, pode igualmente dizer-se que o combate ao absentismo no local de trabalho quando seja comprovadamente uma fonte de prejuízos materiais tanto a nível nacional como dos empregadores, que têm de sofrer as suas consequências, representa um objetivo legítimo.

61. No que diz respeito à proporcionalidade da medida nacional em causa, parece possível isolar duas vertentes específicas no raciocínio do Tribunal de Justiça resumido nos n.ºs 56 e 57, *supra*. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio tem o dever de realizar um exercício de ponderação que permita determinar se a medida em causa é adequada, tendo em conta os interesses, quer das entidades patronais quer dos trabalhadores, ou potenciais trabalhadores, portadores de uma deficiência. Seguidamente, esse órgão jurisdicional deve ter em conta o amplo poder discricionário concedido aos Estados-Membros neste domínio.

62. A presença do segundo desses fatores torna difícil oferecer ao órgão jurisdicional de reenvio qualquer outra orientação que não seja de caráter muito geral — possivelmente uma orientação menos precisa, concedo, do que esse órgão jurisdicional desejaria. Embora os interesses da entidade patronal pareçam efetivamente ser tidos em conta pela medida controvertida, o Tribunal de Justiça dispõe de menos informações no que diz respeito aos trabalhadores portadores de deficiência, para além da afirmação referida no n.º 60, *supra*, a saber, que «os trabalhadores [não podem ser] injustificadamente demitidos». Neste contexto geral, gostaria de observar que a medida nacional em causa no processo HK Danmark³⁷ previa que uma entidade patronal tinha o direito de despedir um membro do seu pessoal sempre que o período de faltas deste último ultrapassasse um período total de 120 dias ao longo de 12 meses consecutivos. A medida em causa no presente processo é mais complexa. Contudo, parece que, para todos os efeitos, os períodos de ausência permitidos ao abrigo dessa medida são provavelmente menos generosos do que os previstos na legislação dinamarquesa.

63. Isso não significa, em si mesmo, que essas disposições sejam desproporcionadas. Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se estão concebidas de forma tão lata que permitam abranger ausências meramente ocasionais e esporádicas — caso em que, na minha opinião, são claramente desproporcionadas — ou se visam precisamente satisfazer o objetivo de combate ao absentismo. O órgão jurisdicional deve igualmente ter em conta o facto de, aparentemente, o regime dinamarquês prever que um empregador seja reembolsado, pelo menos em parte, das prestações por doença pagas aos seus trabalhadores³⁸, enquanto a legislação espanhola aplicável não o faz: ao invés, a entidade patronal é obrigada, pelo menos em determinado grau, a pagar do seu próprio bolso essas ausências³⁹. Não é necessário que estes fatores, considerados isoladamente, sejam conclusivos na apreciação desta questão pelo órgão jurisdicional de reenvio. Trata-se simplesmente de elementos que devem ser tidos em conta ao analisar a totalidade dos aspetos relevantes do problema. A questão essencial aqui consiste em perceber se a medida é adequada e necessária, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio resolver. Insisto que não expresse qualquer opinião definitiva sobre o assunto.

35 Na audiência, o Governo espanhol indicou que, em 2016, uma média de 5,67% da população trabalhadora estivera diariamente ausente do trabalho, com uma consequente perda de produção de bens e serviços no valor de 5,63% do produto nacional bruto.

36 V. n.º 7, *supra*.

37 Acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222).

38 V. acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.ºs 19 e 86). Ao que parece o reembolso estava limitado a 52 semanas e o montante era inferior ao valor efetivamente desembolsado pela entidade patronal.

39 De acordo com a Comissão, a regra geral aplicável determina que o trabalhador não será pago pelos primeiros três dias da sua ausência, devendo a entidade patronal pagar os custos salariais a uma taxa de 60% nos 12 dias subsequentes e o Estado intervir posteriormente. Além disso, as entidades patronais espanholas estão, na maioria dos casos, obrigadas a pagar pelo despedimento o equivalente a 20 dias de salário por cada ano de trabalho, até ao máximo de um ano de salário.

64. Considero, por conseguinte, que a segunda parte da resposta ao órgão jurisdicional de reenvio deve ser que, para determinar a validade de uma medida nacional que i) permite ao empregador despedir um trabalhador que deve ser tratado como deficiente na aceção da Diretiva 2000/78 ii) em razão da(s) ausência(s) do trabalho devido à sua deficiência, e que iii) estabelece um limiar ou uma série de limiares que essas ausências devem ultrapassar para que o despedimento seja válido, é necessário ter em conta os critérios estabelecidos nos n.ºs 71 a 91 do acórdão HK Danmark do Tribunal de Justiça⁴⁰. A este respeito, uma medida nacional que vise combater o absentismo no local de trabalho, quando existam provas de que tal absentismo causa danos materiais tanto a nível nacional como das entidades patronais que sofrem as suas consequências, pode representar um objetivo legítimo na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), da Diretiva 2000/78. Quanto à proporcionalidade da medida nacional em causa, o órgão jurisdicional de reenvio deve analisar a legislação no seu contexto e ter em conta os efeitos nefastos que essa medida pode ter para as pessoas em causa. Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se os períodos de ausência previstos nessa legislação foram concebidos de forma tão ampla que são suscetíveis de abranger as ausências meramente ocasionais e esporádicas — caso em que não serão proporcionados — ou se foram adequadamente concebidos de modo a satisfazer o objetivo de combater o absentismo. A medida em que a entidade patronal deve suportar as prestações por doença pode também ser pertinente. No entanto, nenhum desses fatores será, por si só, conclusivo. A questão essencial consiste em determinar se a medida nacional em causa é adequada e necessária, questão cuja resolução caberá ao órgão jurisdicional de reenvio.

Conclusão

65. À luz das considerações precedentes, considero que a resposta à questão submetida pelo Juzgado de lo social n.º 1 Cuenca (Tribunal do Trabalho n.º 1, Cuenca, Espanha) deve ser a seguinte:

- ao analisar a aplicação da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, ao despedimento de um trabalhador em circunstâncias que possam configurar uma discriminação indireta na aceção desta diretiva, impõe-se, em primeiro lugar, examinar a aplicação dos artigos 2.º, n.º 2, alínea b), ii), e 5.º da referida diretiva. Quando um trabalhador seja portador de uma deficiência e o seu empregador tenha conhecimento ou devesse razoavelmente ter conhecimento dessa deficiência, este tem o dever de tomar as medidas adequadas para prever adaptações razoáveis nos termos do artigo 5.º dessa diretiva, exceto se daí decorrerem encargos desproporcionados para ele. Não o fazer implica que o despedimento do trabalhador viola os requisitos estabelecidos na referida diretiva;
- para determinar a validade de uma medida nacional que i) permite ao empregador despedir um trabalhador que deve ser tratado como deficiente na aceção da Diretiva 2000/78 ii) em razão da(s) ausência(s) do trabalho devido à sua deficiência, e que iii) estabelece um limiar ou uma série de limiares que essas ausências devem ultrapassar para que o despedimento seja válido, é necessário ter em conta os critérios estabelecidos nos n.ºs 71 a 91 do acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222) do Tribunal de Justiça. A este respeito, uma medida nacional que vise combater o absentismo no local de trabalho, quando existam provas de que tal absentismo causa danos materiais tanto a nível nacional como das entidades patronais que sofrem as suas consequências, pode representar um objetivo legítimo na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), da Diretiva 2000/78. Quanto à proporcionalidade da medida nacional em causa, o órgão jurisdicional de reenvio deve analisar a legislação no seu contexto e ter em conta os efeitos nefastos que essa medida pode ter para as pessoas em causa. Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se os períodos de ausência previstos nessa legislação foram concebidos de forma tão ampla que são suscetíveis de abranger as ausências meramente ocasionais e esporádicas — caso em que não serão proporcionados — ou se foram adequadamente concebidos de modo a

⁴⁰ Acórdão de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222).

satisfazer o objetivo de combater o absentismo. A medida em que a entidade patronal deve suportar as prestações por doença pode também ser pertinente. No entanto, nenhum desses fatores será, por si só, conclusivo. A questão essencial consiste em determinar se a medida nacional em causa é adequada e necessária, questão cuja resolução caberá ao órgão jurisdicional de reenvio.