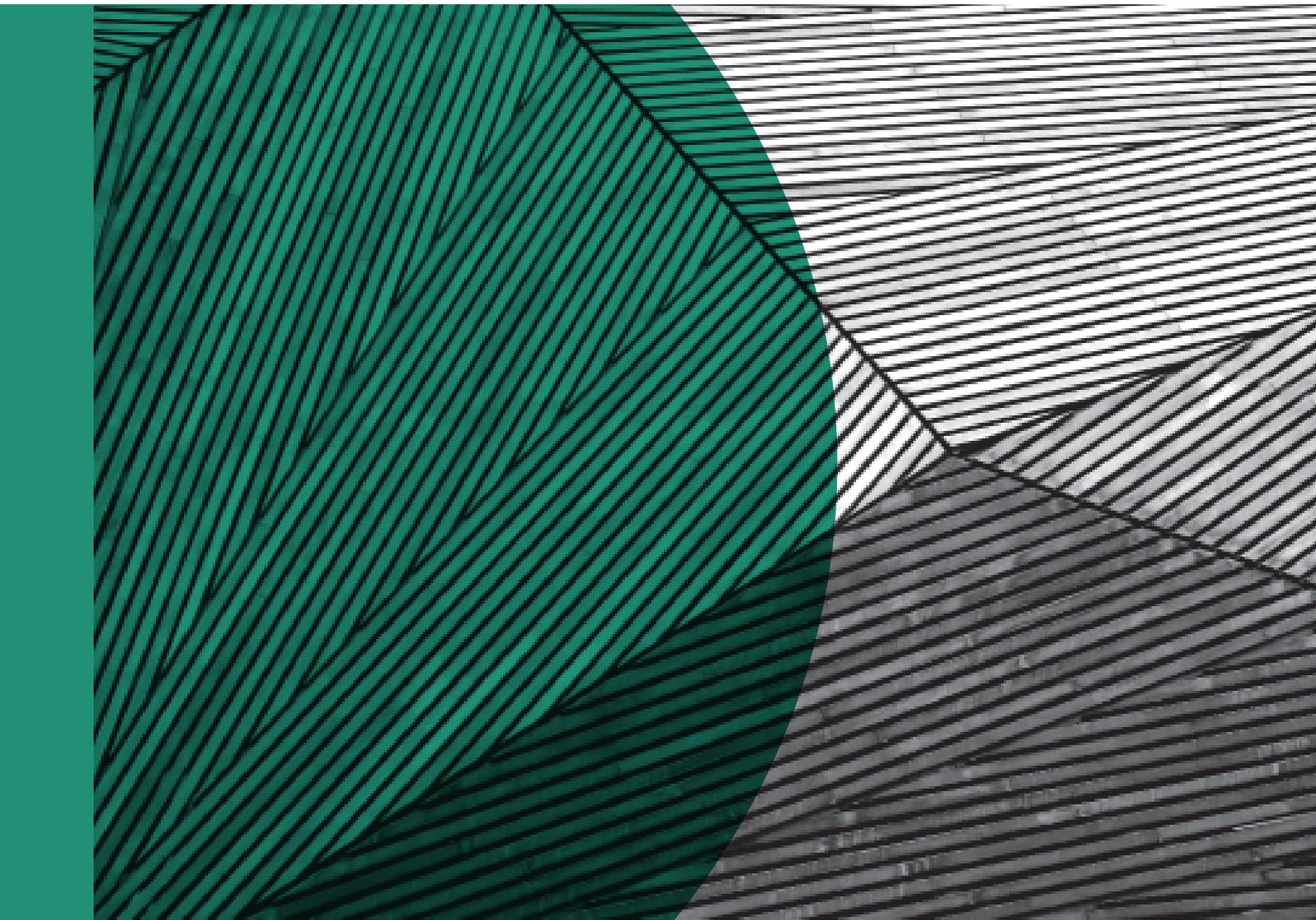


OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

ANA FERNANDA NEVES



Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

Índice: **I** – As bases no Direito da União Europeia dos direitos das pessoas com deficiência. 1. Os fundamentos e os limites da intervenção da União Europeia. 2. As fontes dos direitos das pessoas com deficiência. 3. A noção de pessoa com deficiência. **II** – 3. Princípios da intervenção da UE em relação à deficiência. 3.1. O princípio da igualdade. 3.1.1. O princípio da igualdade de tratamento. 3.1.2. O princípio da igualdade de oportunidades. 3.2. O princípio da participação. 3.3. O princípio da integração. 3.4. O princípio da acessibilidade. **III** – 4. A deficiência como uma questão de direitos. 4.1. A perspectiva normativa das questões da deficiência. 4.2. Os direitos da pessoa com deficiência na inter-relação com sistemas internacionais de protecção de direitos do homem e nacionais de direitos fundamentais. 5. A tipologia dos direitos. 5.1. Os direitos pessoais do indivíduo com deficiência. 5.2. Os direitos do cidadão com deficiência. 5.3. Os direitos da pessoa com deficiência trabalhadora. **IV** – 6. A tutela dos direitos. 6.1. Os meios de tutela. 6.2. Regras de legitimidade. 6.3. Regras de prova. 7. Conclusões.

I – As bases no Direito da União Europeia dos direitos das pessoas com deficiência

1. Os fundamentos e os limites da intervenção da União Europeia

Os direitos da pessoa com deficiência não são objecto de tratamento geral pelo Direito da União Europeia, não existindo uma base jurídica para as questões da deficiência. A intervenção da União Europeia tem lugar, segundo as respectivas regras de competência¹, em vários domínios, como o dos transportes^{2 3}, o da mobilidade⁴, o do trabalho e emprego⁵, o da livre circulação de pessoas⁶, o do ensino e da formação

¹. Cf. artigos 4.º e 5.º do Tratado da União Europeia (TUE) e artigos 2.º a 6.º do Tratado Relativo ao Funcionamento da União (TFUE), *maxime*, artigo 2.º, n.º 6, de acordo com o qual “[a] extensão e as regras de exercício das competências da União são determinadas pelas disposições dos Tratados relativas a cada domínio”.

². Na área do transporte aéreo, existe o Regulamento (CE) n.º 1107/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5-07-2006, relativo aos direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com mobilidade reduzida no transporte aéreo, e a Directiva 2001/85/CE, do PE e do Conselho, de 20-11-2001, relativa a disposições especiais aplicáveis aos veículos destinados ao transporte de passageiros com mais de oito lugares sentados além do lugar do condutor e que altera as Directivas 70/156/CEE e 97/27/CE.

³. Os actos da União Europeia citados são localizáveis, designadamente, nas versões consolidadas, in www.europa.eu.

⁴. Na área da mobilidade, destaca-se a Directiva 2009/113/CE da Comissão, de 25.08.2009, que altera a Directiva 2006/126/CE, do PE e do Conselho, relativa à carta de condução, a Recomendação 98/376/CE, do Conselho de 04-06-1998, relativa a um cartão de estacionamento para pessoas com deficiência e a Directiva n.º 95/16/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho de 1995, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos ascensores (alterada pela Directiva 2006/42, do PE e do Conselho, de 17-05-2006).

⁵. Na área do trabalho e emprego, refira-se o Regulamento (CE) n.º 365/2008, da Comissão, de 23-04-2008, que adopta o programa dos módulos *ad hoc*, abrangendo os anos 2010, 2011 e 2012, para o inquérito por amostragem às forças de trabalho previsto no Regulamento (CE) n.º 577/98, do Conselho, o qual inclui o emprego das pessoas com deficiência, a Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27-11-2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, a Resolução do Conselho de 15-07-2003, relativa à promoção do emprego e da integração social das pessoas com deficiência, a Resolução do Conselho de 17-06-1999, sobre a igualdade de oportunidades de emprego para pessoas com deficiência, e a Recomendação n.º 86/379/CEE, do Conselho, de 24-07-1986, sobre o emprego de deficientes na Comunidade.

⁶. Na área da emissão de vistos, cumpre referir o Regulamento (CE) n.º 810/2009, do PE e do Conselho, de 13.07.2009, que estabelece o Código Comunitário dos Vistos, o Regulamento (CE) n.º 390/2009, do PE e do Conselho, de 23.04.2009, que altera as Instruções Comuns destinadas às missões

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

profissional⁷, da saúde, da cultura⁸, telecomunicações⁹, o dos fundos estruturais¹⁰, o das ajudas dos Estados às empresas¹¹, o da contratação pública¹². A legislação relevante é vasta, sem que verse, no entanto, sobre a deficiência a título principal. Não existe uma directiva anti-discriminação ou um outro qualquer acto jurídico da União que trate *ex professo* da mesma. A eliminação das discriminações inscreve-se, em parte, na esfera de tutela dos direitos fundamentais na União, que são princípios gerais de Direito da União¹³.

A referência à deficiência nos Tratados foi introduzida pelo artigo 13.º do TCE, com as alterações do Tratado de Amesterdão. Significou um avanço expressivo na “promoção dos direitos da pessoa deficiente na União Europeia”¹⁴: conferiu um nível de protecção no plano comunitário também, entre outros motivos de discriminação que prevê, à deficiência¹⁵. Com base no mesmo foram emitidas duas directivas anti-discriminação, a Directiva 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e a Directiva

diplomáticas e postos consulares de carreira no que diz respeito à introdução de dados biométricos, incluindo as disposições relativas à organização da recepção e do tratamento dos pedidos de vistos.

⁷. Na área do ensino e da formação profissional, pode mencionar-se a Recomendação do PE e do Conselho de 18-06-2009, sobre a criação de um Quadro de Referência Europeu de Garantia da Qualidade para o Ensino e a Formação Profissional, e a Resolução do Conselho de 05-05-2003, relativa à igualdade de oportunidades em matéria de educação e formação e estudantes com deficiência.

⁸. Na área da cultura, pode referir-se a Resolução do Conselho n.º 2003/C 134/04, de 06-05-2003, sobre o acesso das pessoas com deficiência às infra-estruturas e actividades culturais.

⁹. Neste quadro, pode citar-se a Directiva 2002/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 07-03-2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Resolução do Conselho de 06-02-2003, relativa à “eAcessibilidade – Melhorar o acesso das pessoas com deficiência à sociedade do conhecimento” e a Directiva 1999/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9-03-1999, relativa aos equipamentos de rádio e equipamentos terminais de telecomunicações e ao reconhecimento mútuo da sua conformidade.

¹⁰. Na área dos fundos estruturais, pode ver-se o Regulamento (CE) n.º 1260/1999, do Conselho, de 21-06-1999, que estabelece disposições gerais sobre os fundos estruturais. O Fundo Social Europeu financia a integração activa das pessoas com deficiência no mercado de trabalho através de projectos que as tornem mais empregáveis ou adaptadas ao mercado de trabalho (compreendendo, por exemplo, o financiamento “em melhores instalações e acessos” – cf. n.º 2.12 e n.º 3.2.6 do Parecer do Comité Económico e Social sobre «Igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência» - 2007/ C 93/08), de 24-05-2006.

¹¹. Regulamento (CE) n.º 2204/2002, da Comissão, de 05-12-2002, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios estatais em emprego.

¹². Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31-03-2004, que, respectivamente, coordena os procedimentos de contratação por entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e coordena os procedimentos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos de prestação de serviços.

¹³. Acórdão do TJCE de 15-06-1978, Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, processo n.º 149/77.

¹⁴. Richard Whittle, “The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective”, in E.L.Revue, June 2002, 27, p. 303.

¹⁵. Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., p. 304.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

2000/78/CE, 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional¹⁶.

A União tem competência para “tomar todas as medidas necessárias para combater a discriminação”, incluindo em razão da deficiência¹⁷. As medidas têm de ser adoptadas pelo Conselho, após aprovação pelo Parlamento Europeu, por unanimidade. Acresce que o Parlamento Europeu e o Conselho podem optar por estabelecer princípios de base das medidas de incentivo da União, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, para apoiar as acções dos Estados-Membros destinadas a contribuir para o objectivo da não discriminação.

A não discriminação constitui um objectivo a alcançar na definição e execução das políticas e acções da União¹⁸. A discriminação baseada, designadamente, na deficiência é, desde logo, vista como comprometendo os objectivos de uma economia social de mercado, do pleno emprego e do progresso social e os objectivos da livre circulação de pessoas e da coesão económica e social¹⁹.

Neste quadro, em geral, as “decisões ... em matéria de deficiência são da responsabilidade dos Estados-Membros”²⁰. Estes devem, no exercício das suas competências, respeitar o Direito da União Europeia, nomeadamente as disposições

¹⁶. A Comissão apresentou proposta de directiva ao Conselho, sobre a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, que alarga o âmbito de aplicação da Directiva 2000/43/CE a todas as outras formas de discriminação. Cf. COM(2008) 426 final, 02.07.2008, 2008/0140 (CNS), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0426:FIN:PT:PDF>.

Esta foi discutida na 3019.^a Reunião do Conselho do Emprego, Política Social, Saúde e Consumidores, no Luxemburgo, em 7-8 de Junho de 2010. Entre o mais concluiu o seguinte: “Embora se tenham registado alguns progressos, ainda é preciso continuar os debates sobre numerosas questões, entre as quais se contam a repartição de competências entre os Estados Membros e a UE, as disposições específicas em matéria de eficiência (p. ex., âmbito de aplicação da directiva, implicações financeiras e práticas, inter-relação entre a directiva e determinadas especificações sectoriais mais pormenorizadas), o calendário de execução e os aspectos de segurança jurídica.”

¹⁷. O artigo 19.º (ex-artigo 13.º citado) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia com a redacção resultante do Tratado de Lisboa.

¹⁸. Cf. artigo 10.º do TFUE e artigos 2.º e 3.º, n.º 3, do TUE.

¹⁹. O espaço europeu procura conjugar competitividade e integração social. Cf. artigo 3.º do TUE, A.A.V.V. Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea, coordinado por Alcaín, González-Badia e Molina, Granada, 2006, p. 243, e EU Disability Strategy 2010-2020, DG EMPL/G/3, da Comissão Europeia, p. 4, http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/139_2_empl_disability_strategy_en.pdf.

²⁰. Cf. n.º 3.4.4. do Parecer do Comité Económico e Social 2007/ C 93/08), de 24-05-2006.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

relativas ao princípio da não discriminação²¹. A legislação anti-discriminação revela-se uma das melhores formas de garantir os direitos da pessoa com deficiência²².

A intervenção da União Europeia verifica-se, ainda, por via do método de coordenação aberta aplicado ao emprego, à inclusão e à protecção social²³ e através de instrumentos de *soft law* (por exemplo, programas²⁴ e planos de acção²⁵, resoluções²⁶, recomendações²⁷), que definem critérios de decisão ou directrizes e regras de conduta formalmente não vinculativas, mas que ainda assim podem produzir efeitos jurídicos²⁸; por exemplo, devem ser considerados pelo juiz nacional “para resolver litígios que lhe são submetidos, nomeadamente quando ... auxiliam a interpretação de disposições nacionais adoptadas com a finalidade de assegurar a respectiva execução, ou ainda quando se destinam a completar disposições comunitárias com carácter vinculativo”²⁹
³⁰. Ajudam, também, a promover a cooperação entre Estados-Membros e a facilitar a aproximação das respectivas legislações, contribuem para “aumentar a legitimidade da acção da UE aos olhos dos cidadãos” e reforçam a vinculatividade de certos princípios jurídicos comuns à ordem jurídica da UE e dos Estados-Membros³¹.

2. As fontes dos direitos das pessoas com deficiência

²¹. Considerando 59 do Acórdão do TJCE de 01-04-2008, Tadao Maruko C. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, processo C-267/06.

²². Lisa Waddington, “A European right to employment for disabled people?”, in *Human Rights and Disabled, Essays and Relevant Human Rights Instruments*, editado por Theresia Degener e Yolán Koster-Dreese, 1995, p. 113.

²³. A estratégia de Lisboa para o crescimento e o emprego, *inter alia*, visa aumentar as taxas de participação na vida activa dos europeus com deficiência.

²⁴. Desde pelo menos os anos 70 que a Comunidade desenvolveu vários programas tendo em vista a melhoria da situação das pessoas com deficiência, abrangendo os diversos domínios da integração económica e social. Por exemplo, o Programa da EU para o emprego e a solidariedade social – *Progress* (2007-2013), financia projectos ligados à deficiência, incluindo custos operacionais de ONG da deficiência, na perspectiva, designadamente, do emprego e da inclusão social.

²⁵. EU Disability Strategy 2010-2020, DG EMPL/G/3.

²⁶. Por exemplo, Resolução do Conselho de 15-07-2003, relativa à promoção do emprego e da integração social das pessoas com deficiência.

²⁷. Por exemplo, a Recomendação 98/376/CE do Conselho, de 04-06-1998, relativa a um cartão de estacionamento para pessoas com deficiência.

²⁸. Emilia Korkea-Aho, “EU soft law in domestic legal systems: flexibility and diversity guaranteed?”, *MJ* 3 (2009), vol. 16, p. 274.

²⁹. Considerandos 18 e 19 e § 2 do ponto 3 das conclusões do Acórdão da 2.ª Secção do TJCE de 13-12-1989, processo 322/88.

³⁰. No Acórdão do TJCE de 15-10-1996, *Ijssel-Vliet Combinatie BV c. Minister van Economische Zaken*, processo C-311/94, o Tribunal considerou que “[u]m Estado-Membro sujeito à obrigação de cooperação decorrente do artigo 93.º, n.º 1, do Tratado, que *tenha aceite as regras enunciadas nas linhas directrizes definidas pela Comissão* para o exame dos auxílios nacionais no sector da pesca, está obrigado a aplicá-las quando adopta uma decisão a respeito de um pedido de auxílio para a construção de uma embarcação de pesca destinada a fazer parte de uma das frotas comunitárias, independentemente do seu local de pesca” (itálico nosso).

³¹. Emilia Korkea-Aho, “EU soft law ...”, cit., respectivamente, p. 275, p. 276 e p. 278.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia, com os limites enunciados, resultam das suas várias fontes. Em primeiro lugar, destaca-se, hoje, a Carta dos Direitos fundamentais, com “o mesmo valor jurídico dos Tratados”³². De salientar são, também, as convenções internacionais em que seja parte a União Europeia³³, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007³⁴. Relevo particular, ao longo do processo da integração europeia, assumiu a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais (CEDH)³⁵ e as tradições constitucionais comuns na identificação dos direitos fundamentais, enunciados como princípios gerais³⁶ 37. Concretas posições de vantagem resultam, depois, de diversos actos jurídicos da EU emanados em domínios vários da intervenção, como assinalado.

Os direitos no Direito da União Europeia vinculam as instituições, órgãos e organismos da União Europeia e os Estados-Membros quando aplicam o direito da União, nos

³². De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, do TUE: “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7.12.2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12.12.2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os tratados”. No seu parágrafo terceiro consta: “Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.”

³³. Cf. artigo 216.º, n.º 1, do TFUE: “A União pode celebrar acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais quando os Tratados o prevejam ou quando a celebração de um acordo seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objectivos estabelecidos pelos Tratados ou quando tal celebração esteja prevista num acto juridicamente vinculativo da União ou seja susceptível de afectar normas comuns ou alterar o seu alcance.”

³⁴. Cf. Decisão do Conselho de 27-03-2007, ST07404/07, que autorizou a Comissão a assinar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, o que aconteceu em 30-03-2007 (cf. Status of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Optional Protocol thereto, Report of the Secretary-General, A/64/128, in <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=17&pid=166>) e Decisão do Conselho de 26-11-2009, relativa à celebração, pela Comunidade Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, (2010/48/CE), JOUE L 23, de 27.01.2010, p. 35.

A Convenção, de 30-03-2007, foi aprovada, para ratificação, pela Assembleia da República, pela Resolução n.º 56/2009, de 30-06-2009.

³⁵. Sem prejuízo, o artigo 6.º, n.º 2, estabelece: “A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos tratados.”

³⁶. Cf. artigo 6.º, n.º 3, do TUE: “Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns.”

³⁷. No acórdão do TJUE de 22-11-2005, Mangold, processo C-144/04, o Tribunal enunciou o princípio da não discriminação em função da idade, encontrando a sua fonte em instrumentos jurídicos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. Sobre as fontes do “desenvolvimento de um catálogo autónomo e extensivo de direitos” no Direito da União, ver Antonio Tizzano, “The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights”, *Continuity and Change in EU Law, Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, edited by Anthony Arnull, Piet Eeckhout and Takis Tridimas, Oxford University Press, 2008, pp. 127 e segs.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

limites das respectivas competências³⁸. A aplicação do Direito da União Europeia faz impender sobre o juiz eurocomunitário um “imperativo de efectividade”, no quadro dos fins e estrutura da União Europeia³⁹, e “pode colocar questões relativas à protecção dos direitos fundamentais”, que deve garantir, o que torna esta sua tarefa mais complexa do que o do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cuja esfera de competências está circunscrita à protecção dos direitos fundamentais^{40 41}.

3. A noção de pessoa com deficiência

Não existe uma definição normativa da deficiência no Direito da União Europeia. A ausência desta pode prejudicar a protecção que assegura quanto à discriminação fundada na deficiência. A delimitação subjectiva deve ser suficientemente ampla para permitir identificar situações de discriminação e o controlo da igualdade de tratamento a este título⁴².

O Tribunal de Justiça da União Europeia delimitou a noção, para efeitos laborais, no Acórdão Chacón Navas. Caracterizou a pessoa com deficiência como aquela que tem uma “limitação que resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas e que dificultam a [sua] participação ... na vida profissional (...) durante um longo período”⁴³. Especificou que a proibição da discriminação com base na deficiência não abrange a doença⁴⁴, que não é por si uma deficiência⁴⁵. Nesta, é de assinalar o

³⁸. Cf. artigo 51.º, n.º 1 e n.º 2, da Carta de Direitos Fundamentais. A “protecção comunitária dos direitos fundamentais não tem vocação para se estender a todas as situações que relevam do direito interno” (Romain Tinière, *L’Office du Juge Communautaire des Droits Fondamentaux*, Collection Droit de L’Union Européenne, dirigée par Fabrice Picod, Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 490).

³⁹. Considerando 4 do Acórdão do TJCEE de 17-12-1970, processo n.º 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

⁴⁰. Romain Tinière, *L’Office du Juge Communautaire ...*, cit., pp. 456 e 459.

⁴¹. Assim, por exemplo, o Tribunal no Acórdão Omega faz um juízo de compatibilidade da protecção nacional da dignidade humana com o Direito Comunitário. Com efeito, escreve: “Il ne fait donc pas de doute que l’objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu’il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d’un statut particulier en tant que droit fondamental autonome”. Cf. considerando 34 do Acórdão do TJCE de 14-10-2001, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungen-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, processo C- 36/02.

⁴². Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., pp. 321 a 324.

⁴³. Considerandos 43 e 45 do Acórdão da Grande Secção de 11-07-2006, processo C-13/05, *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*. O Tribunal, respondendo a questão prejudicial, afirmou: “Uma pessoa que foi despedida pela sua entidade patronal exclusivamente por motivo de doença não está abrangida pelo quadro geral estabelecido com vista a lutar contra a discriminação com base em deficiência pela Directiva 2000/78 do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional.” E afirmou que: “A doença enquanto tal não pode ser considerada um motivo que acresce àqueles com base nas quais a Directiva 2000/78 proíbe quaisquer discriminações.”

⁴⁴. Considerando 46 do Acórdão da Grande Secção do TJCE de 11-07-2006, processo C-13/05.

⁴⁵. Gerard Quinn, *European Disability Law*, p. 10, e considerandos 38 a 46 do Ac. do TJCE de 21-02-2006, processo C-286/03, *Silvia Hosse c. Land Salzburg*.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

carácter “durável ou definitivo”, o facto de traduzir uma “alteração substancial ...de uma ou várias funções físicas, sensoriais, mentais, cognitivas ou psíquicas” e a limitação que lhe inere de actividade e participação na vida em sociedade⁴⁶. Para delimitação subjectiva dos direitos no transporte aéreo, a definição de pessoa com deficiência surge associada à de pessoa com mobilidade reduzida e assenta num duplo elemento: o da limitação na mobilidade quando utiliza um meio de transporte (por incapacidade física, incapacidade ou deficiência intelectual, “qualquer causa de incapacidade ou idade”) e o da exigência de “atenção adequada ou adaptação do serviço disponibilizado a todos os passageiros às suas necessidades específicas”⁴⁷.

Diferentemente do género ou da origem étnica, que individualiza os membros de um dado conjunto por essa característica, a deficiência varia em tipo, intensidade, eventualmente, com o tempo (pode tornar-se mais ou grave) e com o contexto (a limitação funcional ou a sua expressão “não está exclusivamente ligada à pessoa, mas também à inadequação do ambiente que a rodeia”⁴⁸)⁴⁹. A deficiência relevante, pelo menos, em sede de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, não é, necessariamente, a do próprio trabalhador, mas a de dependente, por virtude da qual o trabalhador é tratado, numa situação comparável, de forma menos favorável⁵⁰.

⁴⁶. Estes mesmos aspectos são destacados na definição de deficiência, introduzida pela primeira vez no Direito francês, pela Lei n.º 2005-102, de 1.02, para a igualdade de direitos e oportunidades, a participação (cf. artigo 2.º, n.º 1, "Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant"). Ver, também, Ac. do TEDH de 06-10-2005, caso Draon c. França, processo n.º 1513/03, considerando 55 e Tony Whitehead, *Mental Illness and the Law*, Basil Blackwell, Oxford, 1982, pp. 6, 7, 9 e 137.

⁴⁷. Cf. artigo 2.º, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 1107/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 05.07.2006, relativo aos direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com mobilidade reduzida no transporte aéreo.

⁴⁸. Edouard Dubout, *L'Article 13 du Traité CE, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Collection Droit de L'Union Européenne, dirigida por Frabrice Picod, Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 515.

⁴⁹. Considerando 27 do Acórdão do Supremo Tribunal do Canadá, de 10-11-1999, *Gronovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2000/2000scc28/2000scc28.pdf> e considerando 37 do Acórdão de 24-10-1979, caso *Winterwerp c. The Netherlands*, processo n.º 6301/73, no qual o tribunal, debruçando-se sobre o conceito de “person of unsound mind” (alienado mental, na tradução portuguesa), destacou o seu carácter evolutivo, em função dos “progressos da psiquiatria, do desenvolvimento crescente no tratamento e a mudança de atitude da sociedade para com a doença mental”) e o facto de não poder abranger as pessoas que pelas suas ideias ou comportamento se desviam das normas socialmente prevaletentes.

⁵⁰. O TJUE fixou no Acórdão de 17-07-2008, proferido no processo C-303/2006, *S. Coleman contra Attridge Law e Steve Law*, que: “A Directiva 2000/78 do Conselho, de 27-11-2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, e, nomeadamente, os seus artigos 1.º e 2.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), devem ser interpretados no sentido de que a proibição de discriminação directa que estabelecem não se limita apenas às pessoas que são elas próprias portadoras de deficiência. Quando um empregador dá a um trabalhador que não é deficiente um tratamento menos

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

II – 3. Os princípios da intervenção nas questões da deficiência

A deficiência como questão de direitos e do Direito na União Europeia pode ser compreendida e deve ser tratada segundo quatro ideias normativas de referência: o do princípio da igualdade, o da participação, o da inserção transversal nos vários domínios ou da integração e o da acessibilidade. Na matéria, os actos legislativos ou de execução adoptados pelas instituições e órgãos da União e pelos Estados-Membros quando actuam no âmbito do Direito da União, de acordo com as respectivas competências, devem ser interpretados e aplicados à luz dos mesmos⁵¹. A falta de medidas de aplicação dos princípios ou uma aplicação que os viole, com apoio na sua expressão normativa⁵², pode relevar no plano da responsabilidade por violação do Direito da União. Os princípios podem, também, conformar, pelo menos quando deles decorrem posições jurídicas de vantagem, a actuação dos particulares^{53 54}.

3.1. O princípio da igualdade

A União Europeia funda-se, entre outros, nos valores da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade⁵⁵. Aos cidadãos dos Estados-Membros é devido, “independentemente da sua nacionalidade e sem prejuízo das excepções expressamente previstas a este respeito, o mesmo tratamento jurídico”⁵⁶. A Carta dos Direitos Fundamentais estabelece a igualdade de todas as pessoas perante a lei e a proibição da discriminação (diferenciação ou tratamento desigual) em razão de factores

favorável do que o que dá, deu ou daria a outro trabalhador numa situação comparável e quando se prove que o tratamento menos favorável de que esse trabalhador é vítima se baseia na deficiência de um filho ao qual o trabalhador presta o essencial dos cuidados de que o mesmo carece, tal tratamento é contrário à proibição directa prevista no referido artigo 2.º, n.º 2, alínea a).” E, ainda, que: “A Directiva 2000/78 e, nomeadamente, os seus artigos 1.º, n.ºs 1 e 3, devem ser interpretados no sentido de que a proibição de assédio neles prevista não se limita apenas às pessoas que são elas próprias deficientes. Quando se prove que o comportamento indesejável constitutivo de assédio de que é vítima um trabalhador, que não é portador de deficiência, está ligado à deficiência de um filho ao qual presta o essencial dos cuidados de que o mesmo carece, esse comportamento é contrário à proibição de assédio consagrada no referido artigo 2.º, n.º 3.”

⁵¹. Dispõe o artigo 52.º, n.º 5, da Carta: “As disposições da presente Carta que contenham princípios podem ser aplicadas através de actos legislativos e executivos tomados pelas instituições, órgãos e organismos da União e por actos dos Estados-Membros quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respectivas competências. Só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação desses actos e a fiscalização da sua legalidade”.

⁵². Chris Hilson, “Rights and principles in EU Law: a distinction without foundation?”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, Volume 15, Number 2, pp. 199 e segs., *maxime*, 205 a 207.

⁵³. Ver anotação relativa ao n.º 5 do artigo 52.º da Carta (Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais – 2007/C 303/02, JOUE de 14.12.2007. C 303/17 e C 303/35).

⁵⁴. Chris Hilson, “Rights and principles ..., cit., pp. 207 e 208.

⁵⁵. Cf. § 2 do preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e artigo 2.º do TUE.

⁵⁶. Considerando 23 do Ac. do TJCE de 01-10-2009, processo C-103/08, Arthur Gottwald c. Bezirkshauptmannschaft Bregenz.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

vários não legítimos que enuncia, com carácter exemplificativo, entre os quais a deficiência⁵⁷. Trata, no mesmo conjunto sistemático, de seguida, dos direitos dos grupos de pessoas que carecem de específica atenção.

A partir das expressões particulares da igualdade nos Tratados, a jurisprudência comunitária elaborou um princípio geral de igualdade, evolutivamente pensado no quadro da integração económica, da integração social e da integração política, onde ganhou a dimensão de direito fundamental⁵⁸.

A igualdade no Direito da União Europeia tem o sentido essencial de não discriminação⁵⁹ e importa, igualmente, a consideração da diferença e a adopção de tratamento ajustado à mesma⁶⁰. Releva, ainda, a dualidade igualdade de meios e igualdade de resultados e a separação entre o princípio da igualdade de oportunidades e o princípio da igualdade de tratamento⁶¹. Quanto a esta separação, é possível dizer que a igualdade de oportunidades reclama a igualdade de tratamento e que a garantia desta importa a daquela, que, tem, no entanto, um conteúdo mais amplo.

3.1.1. O princípio da igualdade de tratamento

O princípio da igualdade de tratamento significa a “ausência de qualquer discriminação”, directa e indirecta⁶². Aplicada à situação de deficiência, a discriminação é directa se a pessoa é, foi ou pode vir a ser objecto de tratamento menos favorável do que outra pessoa⁶³ em situação comparável, actual ou anteriormente⁶⁴, por virtude de uma deficiência. A discriminação é indirecta quando uma disposição, um critério ou

⁵⁷. Cf. artigo 20.º e artigo 21.º, n.º 1.

⁵⁸. Anastasia Iliopoulou, "Le principe d'égalité et de non-discrimination", in *Droit Administratif Européen*, sob a direcção de Jean-Bernard Auby e Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 435 a 437, e Paul Craig e Gráinne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, fourth edition, Oxford University Press, 2008, pp. 558 a 561.

⁵⁹. Anastasia Iliopoulou, "Le principe d'égalité ...", cit., p. 438.

⁶⁰. Acórdão do TJUE de 02-10-2003, Garcia Avello, C-148/02.

⁶¹. Ambas reflectidas na Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27-11-2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade. Por exemplo, o considerando (9) do preâmbulo refere-se ao emprego e à actividade profissional como “elementos importantes para garantir a igualdade de oportunidades”; o considerando 26 explicita que 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 ...deficiência...” e o artigo 7.º, n.º 1, na perspectiva da “plena igualdade na vida activa”, estabelece que “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”.

⁶². Cf. artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000.

⁶³. A comparação pode também ser feita entre pessoas com diferentes deficiências. O artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva como destaca Richard Whittle quanto ao termo de comparação refere-se “àquele” a que é ou tenha sido dado outro tratamento mais favorável em situação comparável (“The Framework Directive ...”, cit., p. 306).

⁶⁴. Há, assim, possibilidade de considerar a “‘actual’ comparator” e um “past comparator” (Richard Whittle, “The Framework Directive...”, cit., p. 306).

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

uma prática, que não se reportam a situação de deficiência, sendo aparentemente neutros, colocam em situação de desvantagem pessoa com deficiência ou grupo de indivíduos com deficiência⁶⁵. A discriminação indirecta pode resultar da não tomada na devida conta das diferenças relevantes ou da não adopção de medidas que assegurem que os direitos e as vantagens colectivas estejam, efectivamente, acessíveis a todos⁶⁶. A discriminação pode, ainda, resultar do efeito de uma medida mais do que da medida em si⁶⁷.

A discriminação directa, em geral, é inteiramente proibida, salvas as derrogações expressas e nos seus estritos limites; a discriminação indirecta pode não ser proibida, se for objectivamente justificada por um fim legítimo e se respeitar o princípio da proporcionalidade⁶⁸. O juízo pressupõe a comparabilidade das situações, o apuramento de tratamento desigual e a ausência de motivos juridicamente aceitáveis que o fundamentem, isto é, de “factores objectivos, alheios a qualquer discriminação baseada na deficiência bem como à relação que o [indivíduo] ... mantém com uma pessoa portadora de deficiência”⁶⁹. A discriminação pode ser fundada se estiver em causa, por exemplo, o preenchimento de um “requisito genuíno e determinante” para o exercício de uma dada actividade profissional, ou relevante “no contexto da sua execução”, visto à luz dos interesses legítimos que lhe subjazam (como, por exemplo, a saúde e a segurança)^{70 71}.

⁶⁵. Richard Whittle defende a não necessidade de “identificação de um grupo ou subgrupo ‘actual’ (ainda que pequeno) de pessoas afectadas de forma similar” e a suficiência da demonstração do impacto negativo sobre a pessoa com deficiência que invoca a discriminação – “The Framework Directive ...”, cit., p. 309. Dada a diversidade das situações de deficiência, considera-se que o uso dos dados estatísticos, que é um instrumento jurídico tradicional na aplicação da legislação anti-discriminação, demasiado oneroso (ob. cit., ult., pp. 309 e 310). Sobre a utilização das estatísticas como elemento indiciário da discriminação indirecta em função do género, ver, designadamente, o Ac. da 1.ª Secção do TJCE de 1-03-2005, *Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados A.E.*, processo C-196/02 (considerandos 57 e 66).

⁶⁶. Considerando 52 da Decisão do Comité dos Direitos Sociais do Conselho da Europa de 3 e 4 de Novembro de 2003, queixa n.º 13/2002.

⁶⁷. Acórdão do TJCE de 10-05-2005, *Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, processo C-196/02 (considerandos 57 e 66).

⁶⁸. Susanne Burri, “Le point sur la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée dans le droit communautaire”, pp. 11 e 13, *Era Forum*, DOI 10.1007/s 12027-010-0148-x, 08-12-2009, publicado *on line* em 18-02-2010, Springerlink.com, e Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., p. 306.

⁶⁹. Considerando 55 do Acórdão da Grande Secção de 17-07-2008, processo C-303/06.

⁷⁰. Cf. considerando 21 e artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2000/78/CE.

⁷¹. O artigo 3.º, n.º 4, da Directiva 2000/78/CE estabelece que os “Estados-Membros podem prever que ... não seja aplicável às forças armadas, no que se refere às discriminações baseadas numa deficiência ou na idade”. O alcance da exclusão tem de ser articulado com o artigo 4.º, n.º 1, da mesma directiva, isto porque não é todo o emprego e actividade profissional nas forças armadas, seja pela sua natureza e características, seja pelo contexto da sua execução, que justifica exigências preclusivas da sua aplicação a pessoas com deficiência. Cf. Acórdão do TJCE de 26-10-1999, *Angela Maria Sirdar c. The Army Board*

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

A previsão, na legislação nacional, da obrigação das entidades patronais ou de qualquer organização de adoptar medidas dirigidas a garantir a igualdade no acesso a emprego, quanto ao seu exercício, quanto à progressão no mesmo e, igualmente, quanto ao acesso a formação coloca as pessoas beneficiárias tendencialmente fora da esfera da discriminação indirecta. A justificação da discriminação implica a demonstração de que não poderiam ter sido adoptadas medidas de adaptação razoáveis ou de que a sua adopção não preclude a sua justificação objectiva⁷². É, assim, designadamente, vedado o “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”⁷³.

A igualdade de tratamento importa, por outro lado, como referido, que seja tratada de forma suficientemente diferente situação diferente, na medida desta, para que os “resultados [sejam] razoáveis e equitativos”⁷⁴. Neste plano, se inscreve o dever de o empregador realizar adaptações necessárias (adaptação de instalações ou equipamentos, do horário de trabalho, das funções, do enquadramento funcional e da oferta dos meios de formação⁷⁵) para garantia do exercício de direitos do trabalhador com deficiência⁷⁶. Se na deficiência releva a inadequação do meio, a adaptação deste é uma forma de superar as limitações que lhe inere⁷⁷.

A discriminação pode colocar-se em termos gerais, atinente ao factor da nacionalidade e, por esta via, projectar-se sobre a situação da pessoa com deficiência. Refira-se, no

and Secretary of State for Defence, processo C-273/97 (onde se pode ler: “Tratando-se de decisões tomadas pelos Estados-Membros em matéria de acesso ao emprego, de formação profissional e de condições de trabalho nas forças armadas visando assegurar a eficácia do combate, tais decisões motivadas pela protecção da segurança pública, não estão, de maneira geral, fora do campo de aplicação do direito comunitário”) e Ac. do TJCE de 11-01-2000, Tanja Kreil c. Bundesrepublik Deutschland, processo C-285/98.

⁷². Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., pp. 312 e 313.

⁷³. Considerando 51 do Acórdão da Grande Secção do TJCE de 11-07-2006, processo C-13/05.

⁷⁴. Fazendo o contraponto entre a concepção jurisprudencial francesa da igualdade e a do juiz comunitário, Anastasia Iliopoulou destaca que “a concepção comunitária, mais próxima do modelo anglo-saxónico, procura realizar, por intermédio da proporcionalidade, um tratamento suficientemente adaptado às particularidades da situação de facto”. Cf. “Le principe d’égalité ...”, cit., p. 448.

⁷⁵. Para além daquelas que decorrem da legislação europeia relativa à segurança, higiene e saúde no trabalho, que impõem obrigações jurídicas específicas.

⁷⁶. Considerando 20 do preâmbulo e artigo 5.º da Directiva 2000/78/CE. Para garantia do respeito do princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego, devem ser feitas adaptações razoáveis, isto é, a entidade patronal deve tomar as medidas adequadas para que, em função das necessidades concretas, uma pessoa tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele evoluir ou para aceder a formação profissional

⁷⁷. Edouard Dubout, L’Article 13 du Traité CE ..., cit., pp. 515 e 516.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

entanto, que as prestações sociais não contributivas e as prestações não reguladas por legislação da União, com fundamento na conexão estreita com a respectiva comunidade ou a solidariedade entre os membros desta, tendem a estar subtraídas à possibilidade do seu benefício por parte de cidadãos de outros Estados-Membros não residentes no Estado que as confere. É o caso da reserva do benefício da vinheta anual gratuita conferida pelo Direito austríaco apenas às pessoas com deficiência que tenham domicílio ou residência habitual na Áustria, considerando o Tribunal de Justiça que o domicílio ou a residência são “critérios aptos a demonstrar a existência de uma relação entre essas pessoas e a sociedade do Estado em questão”, uma vez que a medida se destina “a facilitar deslocações regulares no território austríaco de pessoas que sofram de uma deficiência com o objectivo de integrá-las na sociedade nacional” e que, do ponto de vista da proporcionalidade, é feita uma interpretação extensiva da exigência, pela ponderação de “outros factores de conexão demonstr[ativos de] uma relação suficiente com a sociedade austríaca para efeitos da concessão da vinheta gratuita”⁷⁸.

3.1.2. O princípio da igualdade de oportunidades

A pessoa com deficiência tem os direitos de uma qualquer pessoa. A questão é que os possa exercer, efectivar o seu pleno gozo⁷⁹, e ter ao seu dispor meios de tutela adequados. O cerne está na igualdade de oportunidades. Para tanto, postula a adopção de medidas dirigidas a afastar obstáculos à igualdade de tratamento de pessoas com deficiência, que, em matéria de emprego e actividade profissional, se inscrevem naquelas que em geral o empregador deve realizar para obter adequada ou eficiente prestações de trabalho adequadas e eficazes⁸⁰. Por outro lado, pode tratar-se da adopção de medidas, preventivas ou compensatórias, de discriminação positiva, de acções de promoção de “uma igualdade de resultados”⁸¹, não alcançáveis pela aplicação do princípio da igualdade de tratamento⁸² – *disability welfare benefits*⁸³, que se destinam a “assegurar a plena igualdade na vida activa”⁸⁴. A deficiência é, aliás, um domínio em

⁷⁸. Considerandos 28 e segs. do Acórdão do TJCE de 01-10-2010, processo C-103/08, Arthur Gottwald c. Bezirkschauptmannschaft Bregenz.

⁷⁹. The employment situation of people with a disability, Hearing of 12 June 2008, Labour Market Observatory, Section for Employment, Social Affairs and Citizenship, European Economic and Social Committee, p. 12.

⁸⁰. Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., pp. 310 a 312.

⁸¹. Edouard Dubout, L’Article 13 du Traité CE ..., cit., p. 518.

⁸². É o caso da reserva de quotas.

⁸³. Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., p. 322, e artigo 7.º da Directiva 2000/78/CE.

⁸⁴. Cf. artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2000/78/CE.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

que é patente a interdependência dos direitos sociais e dos direitos civis⁸⁵. A desigualdade de tratamento que inere à adopção de tais medidas é uma condição da igualdade de oportunidades. E, também, aqui, a União Europeia não perde de vista a perspectiva económica, a dos factores produtivos no mercado e da promoção da eficiência económica⁸⁶.

3.2. O princípio da participação

O princípio da participação respeita, primeiramente, à participação na vida em sociedade, isto é, à ideia do reconhecimento de instituições e de formas de interacção, de associação e de integração, designadamente, no mercado do trabalho⁸⁷.

O princípio da participação postula o envolvimento das pessoas com deficiência em todas as respectivas decisões, no respeito da sua “autonomia individual, incluindo a liberdade de tomar as suas próprias decisões, e a [sua] independência”⁸⁸.

A participação pode ter uma expressão colectiva. Destaca-se a participação das organizações europeias representantes de pessoas com deficiência na elaboração da legislação e de outros instrumentos jurídicos de actuação e, bem assim, na utilização dos meios de tutela dos seus direitos⁸⁹. É de referir, também, no plano nacional, em sede de negociação colectiva, a celebração de “acordos que estabeleçam regras de combate à discriminação [designadamente, nos domínios do emprego e da actividade profissional]”, e que devem respeitar os parâmetros jurídicos europeus de protecção⁹⁰.

3.2. O princípio da integração

O tratamento jurídico da deficiência não é sectorial; deve estar presente nas várias áreas de actuação ou esferas de competências da União e ser objecto das respectivas legislações, acções e medidas, assim como dos Estados-Membros, que actuam no respectivo âmbito⁹¹, no sentido da autonomia, da participação e da inserção social e

⁸⁵. A.A.V.V. Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea, coordinado por Alcaín, González-Badia e Molina, Granada, 2006, p. 163.

⁸⁶. Gerard Quinn, *European Disability Law*, p. 13.

⁸⁷. Cf. artigo 26.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁸⁸. Cf. artigo 3.º, alínea a), da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

⁸⁹. Considere-se, por exemplo, a queixa colectiva apresentada pela ONG Autismo-Europa contra a França junto do Comité Europeu de Direitos Sociais por violação dos artigos 15.º, n.º 1, e 17.º, n.º 1, da Parte II da Carta Social Europeia Revista, alegando que as crianças e adultos com autismo não tinham a possibilidade de exercer, em geral e segundo os parâmetros adequados, o seu direito à educação no sistema comum de ensino ou em estabelecimentos especializados de educação e serviços conexos. Cf. Decisão n.º 13/20002, queixa n.º 13/2002, de 3/4-11-2003, in sítio na Internet do Conselho da Europa.

⁹⁰. Cf. artigo 13.º, n.º 2, da Directiva 2000/78/CE.

⁹¹. A não discriminação é um objectivo a prosseguir pelas políticas e acções da União (artigo 10.º do TFUE). A União Europeia financia estudos estatísticos, programas de investigação e educação que

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

profissional dos indivíduos⁹². Trata-se, igualmente e sobretudo, de reflectir horizontalmente a aplicação do princípio da não discriminação em razão da deficiência; impõe-se a respectiva consideração e consideração adequada e suficiente. A falta da sua ponderação e as actuações que lhe sejam contrárias e as actuações que obstem ou prejudiquem o exercício de direitos atingem um mínimo de protecção jurídica da pessoa com deficiência⁹³, a qual pode ser fonte de responsabilidade.

3.4. O princípio da acessibilidade

Premissa essencial da efectivação da igualdade de direitos é o princípio da acessibilidade. Protege o “acesso aos direitos” e a “inclusão activa” das pessoas⁹⁴. Compreende, fundamentalmente, quatro aspectos: i) a acessibilidade física aos serviços, infra-estruturas e equipamentos vários⁹⁵ e aos locais de trabalho; ii) o acesso à informação e “à sociedade do conhecimento”; iii) o acesso a bens e serviços, designadamente, do acesso aos serviços de interesse económico geral; iv) e o acesso ao mercado de trabalho.

Quanto à primeira, trata-se de prevenir e suprimir as barreiras (das infra-estruturas e equipamentos) que obstem a que as pessoas com deficiência possam exercer as suas competências pessoais e participar na vida em sociedade em situação de igualdade. No que se refere à segunda, trata-se, por um lado, da disponibilidade de informação em geral e de informação específica, através de suportes vários e adequados (por exemplo, serviços e comunicações electrónicas)⁹⁶ e trata-se, por outro lado, de utilizar a

tratem tais questões. Ver sobre o princípio o ponto 2.2. do Parecer do Comité Económico e Social 2007/ C 93/08, de 24.05.2006.

⁹². Cf. artigo 26.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁹³. O exercício de direito é uma condição de possibilidade de integração social.

⁹⁴. Ponto 4 da COM(2007)(738) final, 26.11.2007, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, La situation des personnes handicapées dans l'Union européenne: plan d'action européen 2008-2009 Sec(2007)1548, p. 8 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0738:FIN:FR:PDF>).

⁹⁵. Cf. n.º 43 do ponto 4, relativo a “objectivos políticos para um sistema de transportes sustentável”, da COM(2009) 279 final Comunicação da Comissão Um futuro sustentável para os transportes: rumo a um sistema integrado, baseado na tecnologia e de fácil utilização.

O n.º 3.3.5 do Parecer do Comité Económico e Social 2007/ C 93/08, de 24.05.2006, alude à necessidade de “criar um ambiente adequado às necessidades das pessoas com deficiência – sobretudo no que toca ao acesso aos transportes públicos e a um ambiente urbano desobstruído”.

⁹⁶. Cf. 3.1.3 do Parecer do Comité Económico e Social cit. ult.: “...80% dos sítios públicos na Internet, incluindo os das instituições europeias, permanecem inacessíveis às pessoas com deficiência”.

A Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 07-03-2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, dispõe, no parágrafo oitavo do preâmbulo, que “[i]mporta que as autoridades reguladoras incentivem os operadores de rede e os fabricantes de equipamentos terminais a cooperarem para facilitar o acesso dos utilizadores com deficiências aos serviços de comunicações electrónicas”; na alínea a) do n.º 2 do seu artigo 8.º, que devem assegurar “que os utilizadores, incluindo os utilizadores deficientes, obtenham o máximo benefício em

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

informática como instrumento de obtenção de informação, facilitador de aprendizagem e de integração⁹⁷.

A acessibilidade significa também o “acesso e fornecimento de bens e prestação de serviços postos à disposição do público, incluindo a habitação e os transportes”, o que compreende o direito a que sejam feitas as “adaptações razoáveis” para o garantir⁹⁸. O elemento da universalidade, que integra a caracterização dos serviços de interesse económico geral”, compreende a adopção de “medidas especiais relativamente a deficiência”⁹⁹.

A participação das pessoas com deficiência “sob formas não discriminatória e que favoreça a sua inclusão nos múltiplos aspectos da vida quotidiana” assenta, em grande medida, na “eliminação dos obstáculos à educação e ao mercado de trabalho”¹⁰⁰. Esta eliminação passa, também, como visto, por “medidas individuais de adaptações razoáveis” que permitam o exercício igualitário de direitos (por exemplo, adopção de “medidas de trabalho flexível”¹⁰¹) e, por outro lado, pode passar por acções positivas, diferenciadoras, compensatórias, que favoreçam a igualdade de resultados (é o caso, por exemplo, do emprego apoiado).

IV – 4. A deficiência como uma questão de direitos¹⁰²

4.1. A perspectiva normativa das questões da deficiência

Na aproximação europeia às questões da deficiência, é colocada ênfase nos direitos das pessoas e nas formas de, através dos mesmos, se combaterem comportamentos discriminatórios¹⁰³. O tratamento jurídico é feito na perspectiva dos direitos e da

termos de escolha, preço e qualidade”; e, na alínea e) do mesmo n.º 2 do artigo 8.º, que respondam “às necessidades de grupos sociais específicos, nomeadamente os utilizadores deficientes”.

⁹⁷. Francisca Negre Bennasar, “Posibles aportaciones de la informatica en el desarrollo de la personalidad del niño con parálisis cerebral infantil”, Revista Pixel-BIT, número 5, Junio 1995, e Resolução do Conselho de 06-02-2003 relativa à “eAcessibilidade” – Melhorar o acesso das pessoas com deficiência à sociedade do conhecimento”.

⁹⁸. Cf. artigo 3.º, alínea d), e artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Proposta de Directiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

⁹⁹. Cf. n.ºs 53 e 63 do ponto 3.1. e n.ºs 7 e 23 do ponto 1.3 do Anexo da COM(2003) 270 final, de 21-05-2003, Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0270:FIN:PT:PDF>.

¹⁰⁰. Cf. ponto 4.1. da COM(2007) 738 final, pp. 8 e 9.

¹⁰¹. Cf. n.º 3.2.4 do Parecer do Comité Económico e Social 2007/ C 93/08, de 24.05.2006.

¹⁰². Ponto 1 da COM(2007(738) final, 26.11.2007, cit., p. 3.

¹⁰³. Cf., designadamente, a Comunicação da Comissão sobre Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência. Uma nova estratégia para a Comunidade Europeia, COM (96) 406 final, de 30.07.1996, 96/0216 (CNS), e n.º 10 do Projecto de Resolução do Conselho da União Europeia e dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, sobre um novo quadro europeu para a deficiência, Doc. 10173/10, SOC 375, COHOM 134, p. 4, e o ponto B da EU Disability Strategy 2010-2020, DG EMPL/G/3, apresentada pela Comissão Europeia.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

garantia do seu exercício em detrimento de uma protecção assente no conceito de bem-estar e de discriminação positiva¹⁰⁴. A perspectiva favorece a efectividade dos direitos e é, também, mais eficaz para o desenvolvimento das economias nacionais e do mercado interno¹⁰⁵. Por outro lado, desenha-se uma tendência de organização dos sistemas de protecção social no sentido do apoio activo, conformador ou modificativo das situações contempladas, em ordem à integração dos respectivos indivíduos, em detrimento do mero fornecimento de prestações¹⁰⁶.

4.2. Os direitos da pessoa com deficiência na inter-relação com sistemas internacionais de protecção de direitos do homem e nacionais de direitos fundamentais

Os direitos da pessoa com deficiência na União Europeia reflectem a inter-relação com os sistemas internacionais de direitos humanos e nacionais de direitos fundamentais, no contexto de uma economia mercado social¹⁰⁷. Há, por um lado, a vinculação internacional da União Europeia a instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos. E há, por outro lado, um condicionamento ao nível de protecção dos direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais¹⁰⁸. Impõe-se uma visão personalista dos direitos da pessoa com deficiência, a ideia de que há uma dimensão de protecção do livre desenvolvimento da personalidade, que se coloca com maior acuidade em relação a pessoas que podem estar numa condição não activa, não produtiva e que, potencialmente, são excluídas de uma sociedade de mercado.

Está subjacente uma equação que compreende pelo menos três momentos: i) o momento constitutivo, da posição original, de Rawls, a ideia de uma sociedade bem ordenada e justa, no caso, uma sociedade ética, política e juridicamente equitativa – aqui se reflecte sobre a medida da igualdade de oportunidades no acesso aos chamados bens primários por parte das pessoas, independentemente da sua condição ou circunstância; ii) um segundo momento tem a ver com o reconhecimento da própria Constituição social da sociedade politicamente organizada – a ideia de que há um terceiro sector cuja lógica é solidarista, que assenta nos esforços colectivos espontâneos, de reciprocidade, de inter-

¹⁰⁴. Lisa Waddington refere-se a uma “rights based perspective” como alternativa ao conceito de bem-estar – A European right to employment for disabled people?”, cit., p. 106.

¹⁰⁵. Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., pp. 325.

¹⁰⁶. Gerard Quinn, European Disability Law, International Disability Law Seminar, Renmin University Law School, Beijing, 11/12 January 2007, p. 3 e p. 12.

¹⁰⁷. Cf. artigo 3.º, n.º 3, do TUE.

¹⁰⁸. Romain Tinière, L’Office du Juge Communautaire des Droits Fondamentaux, Collection Droit de L’Union Européenne, dirigée par Fabrice Picod, Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 500.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

ajuda; o Estado deve reconhecer a especificidade deste terceiro sector, dar-lhe um estatuto jurídico, sem o estatizar e sem o mercantilizar¹⁰⁹; iii) o terceiro momento tem a ver com a subordinação do poder económico ao poder político legitimado em eleições pluralista. Se um modelo económico aponta para a exclusão de pessoas (não suficientemente produtivas) ele está em tensão permanente com aquilo que são as exigências postas pelo sistema político ou por um modelo político democraticamente legitimado. A questão personalista, a questão solidarista e a questão democrática são três interrogações ao modelo da União Europeia de protecção dos direitos da pessoa com deficiência. Quer o Direito Internacional quer o direito interno conjugam-se no mesmo sentido. E, portanto, estas compreensões não são alheias ao Direito da União Europeia. Estão vertidas no enunciado dos objectivos e princípios da União Europeia¹¹⁰. A Carta dos Direitos Fundamentais organiza os direitos das pessoas na União Europeia sobre os valores da dignidade, das liberdades, da igualdade, da solidariedade, da cidadania e da justiça¹¹¹. Recorde-se, depois, que o desenvolvimento da protecção dos direitos fundamentais pelo Tribunal de Justiça se fez, em parte, com base na CEDH e na respectiva jurisprudência e que estes são, enquanto princípios gerais do Direito da EU, parâmetro de validade e de interpretação dos actos jurídicos da União e um dos parâmetro de aferição do cumprimento do Direito da União¹¹², assim como relevantes no escrutínio de actos ou medidas nacionais de execução ou de excepções ou derrogações a partir dos Tratados¹¹³. As tradições constitucionais comuns reflectiram-se, igualmente, na identificação de direitos fundamentais da União, permanecendo como seus parâmetros interpretativos¹¹⁴, não necessariamente pela emersão de um mínimo denominador comum¹¹⁵.

¹⁰⁹. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, 2009, pp. 208 e segs.

¹¹⁰. Cf., *v.g.*, artigos 3.º, 6.º e 10.º do TUE.

¹¹¹. Correspondem, respectivamente, aos títulos I, II, III, IV, V e VI da Carta dos Direitos Fundamentais.

¹¹². Destaca Romain Tinière que o mecanismo das questões prejudiciais e a acção por incumprimento estão ao serviço, também, da aplicação do direito da CEDH e que a sua não aplicação, enquanto parte do Direito da União, por um tribunal nacional que intervenha enquanto juiz comunitário, gera responsabilidade do Estado. Cf. *L'Office du Juge ...*, cit., p. 501.

¹¹³. Antonio Tizzano, "The Role of the ECJ ...", cit., pp. 129 e 130.

¹¹⁴. Cf. artigo 52.º, n.ºs 4 e 6, da Carta.

¹¹⁵. Cf. considerando 37 do Acórdão do TJCE de 14-10-2001, *Omega Spielhallen und AutomatenaufstellungsgmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, e Antonio Tizzano, "The Role of the ECJ ...", cit., p. 128 (a atenção do Tribunal aos instrumentos internacionais, em especial, à CEDH tem, nota o autor, uma explicação pragmática: "as tradicionais constitucionais comuns dos Estados Membros não são sempre assim tão comuns").

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

A protecção no Direito da União Europeia dos direitos fundamentais tem, por sua vez, um sentido ampliativo e complementar de direitos conferidos pela protecção jurídica nacional e pela protecção jurídica convencional¹¹⁶.

Em relação aos direitos das pessoas com deficiência, pode dizer-se que há um ganho, pela enunciação de concretos direitos cuja consideração apenas poderia ser percebida pelo conteúdo de outros direitos ou como sua decorrência (pense-se, por exemplo, nos vários direitos relativos ao transporte aéreo ou no direito do trabalhador a adaptações razoáveis por parte do empregador como garantia do direito à não discriminação no acesso ao emprego). No plano processual, pode falar-se no reforço da tutela de direitos, por exemplo, pela previsão da legitimidade dos “actores associativos” para agir judicial ou administrativamente em nome e em representação da pessoa com deficiência e na inversão ou redistribuição do ónus da prova da discriminação.

No confronto com o âmbito de protecção do TEDH, é de notar que, também, a jurisprudência do Tribunal de Justiça influencia a daquele, que está atento à sua jurisprudência, no tratamento dos casos que lhe são submetidos, e já reconsiderou alguns dos seus entendimentos à luz daquela¹¹⁷. É, nalguns casos, mais favorável, designadamente, para os interesses da pessoa com deficiência. Considere-se, por exemplo, que, “[n]o sistema convencional, a existência de um simples interesse não chega em princípio para fundar a substituição do actor associativo na defesa dos interesses de outrem quando a disposição violada respeita a um direito individual e não colectivo, como o direito à discriminação”, o que não acontece, no sistema jurídico da União, nas directivas anti-discriminação¹¹⁸. E tenha-se presente que o princípio da não discriminação no artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais tem uma “dimensão mais ampla do que aquela que decorre do artigo 14.º da CEDH e talvez mesmo dos Direitos dos Estados-Membros, designadamente no que respeita à referência à deficiência, à idade e à orientação sexual entre os motivos de não discriminação”¹¹⁹.

¹¹⁶. Lembre-se, por exemplo, no que à conformação interna respeita, na exigência, de “que na ordem jurídica de um Estado-Membro possam ser concedidas medidas provisórias até que o órgão jurisdicional competente se pronuncie sobre a conformidade das disposições nacionais com o direito comunitário, quando a concessão de tais medidas seja necessária para garantir a plena eficácia da decisão jurisdicional a tomar quanto à existência de tais direitos” – considerando 77 do Acórdão do TJCE de 13-03-2007, Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern, processo C-432/05.

¹¹⁷. Antonio Tizzano, “The Role of the ECJ ...”, cit., p. 129.

¹¹⁸. Edouard Dubout, L’Article 13 du Traité CE ..., cit., pp. 608 e 609 e considerando 72 do Ac. Do TEDH de 06-10-2005, caso Hirst c. The United Kingdom (n.º 2), processo n.º 74025/01.

¹¹⁹. Romain Tinière, L’Office du Juge Communautaire..., cit., p. 498.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

A referência dogmática e aplicativa mútua revela uma relação entre os sistemas de protecção de direitos fundamentais na Europa que é mais de complementaridade do que de conflito ou sobreposição¹²⁰.

5. A tipologia dos direitos da pessoa com deficiência

A presença e inter-relação de dimensões negativas e positivas nos direitos é evidente quando se trata do seu exercício pelas pessoas com deficiência¹²¹ e a questão é a da “protecção integral e completa de quem se encontra por ela afectado”¹²². Consideramos, assim, os direitos das pessoas com deficiência segundo as categorias básicas de posicionamento jurídico de um sujeito: os direitos pessoais, os direitos de cidadania e os direitos de trabalhador.

5.1. Os direitos pessoais do indivíduo com deficiência

Os direitos aqui considerados são os direitos da pessoa enquanto ser humano, direitos relativos à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade¹²³.

Como expressão de liberdade e do direito à dignidade humana, destaca-se o respeito da individualidade jurídica da pessoa deficiente, sujeito de direito, dotado de personalidade e capacidade jurídica, sem prejuízo do apoio e suprimento que sejam necessários ao exercício desta¹²⁴. Trata-se de assegurar o direito das pessoas com deficiência a viver de forma autónoma e de participação “em todos os aspectos da vida”¹²⁵, de proporcionar as mesmas escolhas e controlo individuais de que usufruem as pessoas sem deficiência¹²⁶, como, por exemplo, no que se refere à administração do seu património pessoal¹²⁷)¹²⁸ e à mobilidade através do transporte aéreo (para o que têm o direito a assistência e informação gratuitas nos aeroportos¹²⁹ e por parte das transportadoras aéreas e o direito

¹²⁰. Como demonstra Romain Tinière, *L’Office du Juge Communautaire...*, cit., pp. 488 e segs.

¹²¹. Cf. considerando 33 do Ac. do TEDH de 24-02-1998, caso *Botta c. Itália*, processo n.º 153/1996/772/973.

¹²². E não o do reconhecimento, assente, dos mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais – Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obras”, in *Derecho Privado y Constitución* 23, enero/diciembre, 2009, p. 336.

¹²³. Cf. artigos 1.º a 25.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

¹²⁴. Cf. artigo 1.º da Carta de Direitos Fundamentais e artigo 12.º da CDPD, Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, “La Convención Internacional ...”, cit., pp. 340 e segs. e Pedro Correia Gonçalves, *O Estatuto Jurídico do Doente Mental com referência à Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Quid Juris?* – Sociedade Editora, 2009, pp. 125, 142 e 148.

¹²⁵. Cf. artigo 9.º, n.º 1, da CDPD e artigo 26.º da Carta de Direitos Fundamentais.

¹²⁶. Cf. n.º 3.5.2 do Parecer do Comité Económico e Social 2007/ C 93/08, de 24.05.2006.

¹²⁷. Cf. Ac. do TEDH de 24-10-1979, caso *Winterwerp v. The Netherlands*, processo n.º 630/73.

¹²⁸. Para tanto, é, designadamente, necessário “assegurar a presença de serviços de apoio às pessoas com deficiência” – cf. n.º 3.3.6 do Parecer do Comité Económico e Social cit. ult.

¹²⁹. Para o que os responsáveis dos aeroportos e as transportadoras aéreas devem dar formação ao seu pessoal.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

a que não lhe seja recusado o transporte, salvo por razões de segurança ou dimensões (insuficientes) da aeronave¹³⁰).

No plano do direito à dignidade e integridade pessoal do ser humano, na dimensão da proibição da tortura e dos tratamentos ou penas desumanos ou degradantes, releva a este último título a actuação contrária a detenção de uma pessoa com deficiência física grave em condições em que “sofre perigosamente de frio, com risco de ter lesões cutâneas sérias por o seu leito ser inacessível e duro e não poder senão muito dificilmente utilizar os sanitários ou se lavar”¹³¹. O juízo de censura não é determinado pela capacidade mental, física ou legal, podendo, antes, ser agravado ou propiciado pela situação de vulnerabilidade¹³². A integridade física e mental¹³³ pode ser vista como parte do direito ao respeito pela vida privada, que “assegura o desenvolvimento, sem ingerências exteriores, da personalidade de cada indivíduo com outros”, mas que pode envolver, também, “obrigações positivas inerentes ao respeito efectivo da vida privada”. Nesta perspectiva, o TEDH analisou a queixa de pessoa deficiente contra o Estado italiano pela não adopção de medidas que lhe permitissem, numa instância balnear por si habitualmente frequentada, aceder durante as férias à praia e ao mar¹³⁴.

Entre as manifestações de liberdade e igualdade¹³⁵ figuram o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de aprender e o conexo direito à educação – designadamente, pela inclusão no ensino regular e num ensino que seja orientado para que a pessoa com deficiência se torne membro activo da sociedade, com redução da sua dependência¹³⁶ – e de aprendizagem ao longo da vida¹³⁷.

¹³⁰. Devem existir órgãos de execução de queixa.

¹³¹. Considerando 30 do Acórdão do TEDH de 10-07-2001, processo n.º 33394/96, Price c Reino Unido, e artigos 1.º e 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

¹³². Pedro Correia Gonçalves, *O Estatuto Jurídico ...*, cit., pp. 119 e 120 e Ac. do TEDH de 24-09-1992, caso Herczegfalvy c. Austriche, processo n.º 10533/82.

¹³³. Cf. artigo 3.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais.

¹³⁴. Considerandos 31 e segs. do Ac. de 24-02-1998, caso Botta c. Itália, processo n.º 153/1996/772/973. AC.26.3.1985, X C. Y PAYS-BAS.

¹³⁵. O Parecer do Comité Económico e Social 2007/ C 93/08, de 24.05.2006, identifica como um “obstáculo importante à igualdade de oportunidades ...a dificuldade com que as pessoas com deficiência têm acesso à educação” (3.3.3).

¹³⁶. Cf. n.º 3.1.2 do Parecer cit. ult. – “Sem uma educação inclusiva das crianças e dos jovens com deficiência, a sua integração no mercado de trabalho será difícil. A melhoria do acesso à educação por parte das pessoas com deficiência deverá assim constituir tarefa prioritária dos planos de acção e das estratégias a conceber futuramente nesta área”.

¹³⁷. O ensino e a aprendizagem ao longo da vida são uma forma de participação na sociedade e de melhoria da qualidade de vida.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

No quadro da igualdade, de oportunidades e de tratamento, compreendem-se os direitos ligados à integração social e à integração profissional¹³⁸ e, aqui, devem ser contempladas, desde logo, medidas de garantia do respectivo exercício, que não se confundem, como destacado, com medidas de promoção positiva da igualdade.

Em sede de direitos pessoais, destaca-se o direito da pessoa com deficiência e dos pais a serem indemnizados, com carácter reparatório, quando a situação de deficiência resultou directamente de acção ou omissão ilícita de outrem¹³⁹. Os prejuízos em causa, no caso dos pais, no essencial, são consubstanciados pelas “alterações nas condições de vida”, pelos encargos particulares em matéria de cuidados e de educação especializada ao longo de toda a vida da criança e pelos prejuízos morais¹⁴⁰. No plano já da solidariedade social, enquadra-se a indemnização compensatória, que atende às consequências da deficiência, independentemente da sua origem e natureza e procura responder às necessidades inerentes de ensino e educação, na primeira infância, de inserção profissional, de apoio domiciliário, de apoio para o pleno exercício da cidadania e da sua capacidade para ser autónomo¹⁴¹. A pessoa com deficiência tem “o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais ..., de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais”. Nos termos destes, “[t]odas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no interior da União têm o direito às prestações de segurança social e às regalias sociais”¹⁴². A regra aqui – sendo a perspectiva a de contribuir para a liberdade de circulação de pessoas, designadamente dos trabalhadores, que não querem perder os “benefícios de segurança social que lhe são assegurados pela legislação de um Estado-membro” – é a de que “as prestações de segurança social são

¹³⁸. Cf. artigo 26.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

¹³⁹. Por exemplo, por erro na análise de exame pré-natal não foi detectada deficiência no nascituro, a qual tornava possível a interrupção voluntária da gravidez

¹⁴⁰. No Ac. do TEDH de 06-10-2005, caso Draon c. França, processo n.º 1513/03, considerou contrário ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à CEDH norma legal francesa que “suprimiu, com efeito retroactivo, uma parte essencial dos direitos de reparação, de montante muito elevado, que os pais das crianças cuja deficiência não foi detectada antes do nascimento por erro poderiam ter feito valer contra o estabelecimento hospitalar responsável”, notando que o legislador francês os privou de “um «valor patrimonial» preexistente e integrante parte dos seus «bens», o direito à reparação estabelecido de acordo com o qual poderiam legitimamente esperar ver determinado o montante conformemente à jurisprudência fixada pelas altas instâncias jurisdicionais nacionais” (considerando 82 do TEDH de 06-10-2005, caso Draon c. França, processo n.º 1513/03). Sobre situação semelhante, relativa à mesma legislação e no mesmo sentido, ver Ac. do TEDH de 06-10-2005, caso Maurice c. França, processo n.º 11810/03, e Ac. do Conseil d’État 24 février 2006, M e M^{me} Levenez., 250704, e Séverine Brondel, “Enfants nés handicapés: le Conseil d’État se rallie à la CEDH”, AJDA n.º 10, 13 mars 2006, p. 520.

¹⁴¹. Considerando 55 do Ac. do TEDH de 06-10-2005, caso Draon c. França, processo n.º 1513/03, e considerandos 91 a 96 do Ac. do TJCE de 18-12-2007, processo C-135/06 P, Roderich WeiBenfels c. Parlamento europeu.

¹⁴². Cf. artigo 34.º, n.ºs 1 e 2, da Carta de Direitos Fundamentais.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

exportáveis”¹⁴³. As prestações especiais de carácter não contributivo¹⁴⁴, “devido à relação que ...têm com a assistência social”, constituem excepção¹⁴⁵, de “interpretação estrita”¹⁴⁶, admitindo o Tribunal de Justiça que “pode ser legitimamente imposta uma condição de residência no Estado da instituição competente para a [sua] concessão”¹⁴⁷. Entre estas prestações, são passíveis de serem incluídos um subsídio de subsistência e um subsídio de auxílio a pessoa com deficiência¹⁴⁸.

5.2. Os direitos do cidadão com deficiência

Os direitos da pessoa deficiente enquanto cidadão são os seus direitos enquanto membro de uma colectividade política. São direitos de participação na vida política e na vida pública, como o direito de votar e o direito de ser eleito^{149 150}, por um lado, e o direito de aceder ao exercício de cargos públicos. Inclui, também, o direito de participar em “organizações e associações não governamentais ligadas à vida pública e política do

¹⁴³. Considerandos 24, 25 e 54 do Ac. do TJCE de 21-02-2006, processo C-286/03, Silvia Hosse c. Land Salzburg.

¹⁴⁴. São como tal caracterizadas aquelas que “preenchem cumulativamente ...um carácter especial e não contributivo” (para além de mencionadas no Anexo II, secção III, do Regulamento n.º 1408/71) – considerandos 25 e 26 do Ac. do TJCE de 21-02-2006, processo C-286/03, Silvia Hosse c. Land Salzburg), isto é: i) que complementam ou substituem uma prestação de segurança social (a qual é “concedida aos beneficiários, sem se proceder a qualquer apreciação individual e discricionária das necessidades pessoais, com base numa situação legalmente definida e que se relaciona com um dos riscos enumerados expressamente no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1408/71 – considerando 37 do ac. cit. ult.), tendo as “características de um auxílio social justificado por razões económicas e sociais”; ii) o seu financiamento é assegurado exclusivamente “pela tributação obrigatória destinada a cobrir a despesa pública” (considerandos 30 e segs. das Conclusões da advogada-geral Juliane Kokott, de 20-10-2005, processo C-286/01, Silvia Hosse c. Land Salzburg, e considerandos 29 a 37 do Acórdão de 06-07-2006, processo C-154/05, J.J. Kersbergen-Lap e D. Dams-Schipper c. Raad van Bestuur ...).

¹⁴⁵. Considerando 29 e 30 das Conclusões do advogado-geral José Perez Naranjo, apresentadas em 13-07-2006, no processo C-265/05, e o artigo 10.º-A do Regulamento n.º 1408/71, de 14-06, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade.

¹⁴⁶. Considerando 25 do Acórdão do TJCE de 06-07-2006, processo C-154/05, J.J. Kersbergen-Lap e D. Dams-Schipper c. Raad van Bestuur ...

¹⁴⁷. Considerando 32 do Acórdão do TJCE de 31-05-2001, processo C-43/99, Ghislain Leclere, Alina Deaconescu e Caisse nationale des prestations familiales.

¹⁴⁸. Considerando 44 da advogada-geral Juliane Kokott, de 20-10-2005, processo C-286/01, Silvia Hosse c. Land Salzburg, e considerandos 28 e segs. do Acórdão do TJCE de 11-06-1998, processo C-297/96, Vera A. Partridge e Adjudication Officer.

¹⁴⁹. Ver, por exemplo, a “question écrite n.º 07602 de M. Jacky Le Menn (Ille-et-Vilaine-SOC)”, colocada à secretária de Estado da solidariedade, que reporta a “situação injusta dos eleitos adultos deficientes cujos recursos provenham da solidariedade nacional”, publicada no JO Sénat de 26/02/2009, p. 489 (06-09-2010 – disponível no sítio na Internet do Senado francês) e Tony Whitehead, *Mental Illness and the law*, cit., pp. 95, 96 e 134.

¹⁵⁰. Como refere o TEDH, no Ac. de 06-10-2005, caso Hirts c. The United Kingdom (n.º 2), “[n]o século vinte e um, a presunção num Estado democrático deve ser em favor da inclusão ... (...) A exclusão de quaisquer grupos ou categorias da população em geral deve ser compatível com os fins ... do artigo 3.º do Protocolo n.º 1” da CEDH (considerandos 59 e 62).

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

país e nas actividades e administração dos partidos políticos”¹⁵¹. A tónica é colocada na garantia da oportunidade do seu exercício.

Enquanto cidadãos da União Europeia têm o direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros nos termos gerais¹⁵². A atenção e o cuidado particulares na sua via quotidiana de que pode carecer uma pessoa com deficiência pode tornar devido que o ascendente que assegura a sua guarda goze do direito de residência nesta fundado, para além da sua maioridade¹⁵³.

O cidadão da União pode beneficiar de protecção diplomática e consular de outros Estados-Membros em países terceiros se não poder, em síntese, contar com a do Estado de que é nacional¹⁵⁴. No domínio diplomático e consular, a legislação da União Europeia contempla o dever funcional de não discriminação em razão, entre outras, da deficiência e compreende a dispensa, sem influencia na concessão ou na recusa de visto, da obrigação de fornecer impressões digitais de “pessoa fisicamente impossibilitada”¹⁵⁵. A qualidade de cidadão da União confere, ainda, direitos de interpelação dos poderes públicos europeus no sentido de atender às suas petições, queixas, pedidos, pronúncia ...¹⁵⁶, sendo, como tais, para além do mais, instrumentos de tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

5.3. Os direitos do trabalhador com deficiência

Os direitos em causa são, por um lado, direitos associados à livre circulação dos trabalhadores¹⁵⁷, expressão específica do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade¹⁵⁸. Neste âmbito, aos direitos gerais acrescem direitos específicos da pessoa deficiente trabalhadora. Estes são vistos e garantidos como necessários para se obter a livre circulação de trabalhadores, para além da melhoria da posição destes ou de

¹⁵¹. Cf. artigo 29.º alínea b), subalínea i), da CRP e artigos 39.º e 40.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

¹⁵². Cf. artigos 20.º e segs. do TFUE.

¹⁵³. Considerandos 105 a 198 das Conclusões do advogado-geral Juliane Kolott, de 20-10-2009, processo C-480/08, Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth e Secretary of State for the Home Department. Segundo o considerando 62, “o reconhecimento de um direito de residência do pai titular do direito de guarda é igualmente uma condição de integração óptima das crianças dos trabalhadores migrantes na sua vida social do Estado de acolhimento”.

¹⁵⁴. Cf. artigo 46.º da Carta dos Direitos Fundamentais e artigo 23.º do TFUE.

¹⁵⁵. Cf., v.g., n.º 5 da parte III, alínea b) do ponto I da Parte III e alínea b) do ponto B do Anexo 19 das Instruções Consulares destinadas às missões diplomáticas e postos consulares de carreira no que diz respeito à introdução de dados biométricos, incluindo as disposições relativas à organização da recepção e do tratamento dos pedidos de visto (na versão resultante do Regulamento (CE) n.º 390/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23-04-2009).

¹⁵⁶. Cf., v.g., artigos 41.º a 44.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

¹⁵⁷. Considerando 46 do Acórdão do TJCE de 11-09-2007, processo C-287/05, C. Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekering.

¹⁵⁸. Cf. artigos 45.º e segs. do TFUE.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

membros com deficiência da sua família. Considere-se, por exemplo, o direito do trabalhador com deficiência de permanecer no território de um Estado-Membro após um curto período de residência e o direito a uma pensão, se a mesma tem causa profissional¹⁵⁹. Considere-se, igualmente, o direito do trabalhador a uma prestação social de carácter não contributivo, não dependente da condição de residência, prestação atribuída aos trabalhadores que, por força de doença ou de deficiência, não podem auferir, através do seu trabalho, o mesmo que uma pessoa que não a tenha¹⁶⁰, quando seja qualificada como uma vantagem social reconhecida aos trabalhadores¹⁶¹. A igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que respeita aos “regimes profissionais de segurança social” compreende a protecção da deficiência. São aí consideradas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento as disposições que, fundando-se sobre o sexo prejudicam a manutenção ou a aquisição de direitos durante o gozo de licença por razões familiares, legalmente ou convencionalmente estabelecidas e remuneradas pelo empregador¹⁶². O acordo-quadro europeu¹⁶³ revisto sobre a licença parental¹⁶⁴, considerando que “importa ter em conta as necessidades especiais dos progenitores de filhos com deficiência ou uma doença prolongada”¹⁶⁵, estabelece, na sua cláusula terceira, disposição número três que “[o]s Estados membros e/ou os parceiros sociais avaliam a necessidade de adaptar as condições de acesso à licença parental e as suas modalidades de aplicação da licença parental às necessidades dos trabalhadores com filhos portadores de deficiência ou uma doença prolongada.

A Directiva 2000/78/CE, do Conselho de 27.11, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, oferece, em matéria de discriminação, quanto, designadamente, à deficiência, no domínio do emprego e no

¹⁵⁹. Lisa Waddington, “A European right to employment for disabled people?”, cit., pp. 106 e segs.

¹⁶⁰. Cf. considerandos 35 a 58 do Acórdão do TJCE de 11-09-2007, processo C-287/05, D.P.W. Hendrix C. Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen.

¹⁶¹. Um “trabalhador migrante beneficia das mesmas vantagens sociais que são concedidas aos trabalhadores nacionais”, entendendo-se pelas “mesmas vantagens” “todas as ... relacionadas ou não com um contrato de trabalho, que são geralmente reconhecidas aos trabalhadores nacionais em razão, principalmente, da sua qualidade de trabalhadores ou pelo simples facto de terem a sua residência normal no território nacional, e cuja extensão aos trabalhadores migrantes se mostra, portanto, susceptível de facilitar a sua mobilidade no interior da Comunidade”.

¹⁶². Cf. artigos 7.º, n.º 1, alínea a), subalínea ii), e 9.º, n.º 1, alínea g), da Directiva 2006/54/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 5-07-2006 relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho.

¹⁶³. Celebrado entre três organismos interprofissionais europeus de parceiros sociais de vocação geral e a União Europeia de ofícios e das pequenas e médias empresas.

¹⁶⁴. A Directiva 2010/18/EU do Conselho, de 8-03-2010, aplica este acordo-quadro.

¹⁶⁵. Considerando 17 do ponto I (“Considerações gerais”) acordo-quadro.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

trabalho, que anteriormente não existia. Visa promover a igualdade de oportunidades por via da igualdade de tratamento, isto é, que não sejam considerados por um empregador relativamente a um indivíduo com deficiência aspectos que sejam irrelevantes do ponto de vista da capacidade ou mérito para realizar a actividade em causa^{166 167}, seja quanto às condições e critérios de recrutamento, condições de contratação, condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento, a remuneração e a evolução profissional, e no que respeita à filiação em organização de trabalhadores.

A noção de trabalhador, para efeitos de aplicação desta directiva, é, aparentemente, mais ampla do que a comum definição no Direito da União Europeia¹⁶⁸. Abrange, também, o trabalhador independente, o trabalhador de emprego protegido e o indivíduo que realiza formação profissional¹⁶⁹.

É ainda de notar que a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, estabelece, no seu artigo 26.º, que todas as pessoas com deficiência, independentemente da natureza e origem desta, têm direito à adopção de medidas que promovam a sua integração social e profissional, medidas relativas à sua preparação profissional, ergonómicas, à acessibilidade, mobilidade, transportes, ... Não gera, no entanto, por si, direitos e obrigações juridicamente vinculativos.

6. A tutela dos direitos

6.1. Os meios de tutela

¹⁶⁶. Cf. considerando 17 da Directiva: “Sem prejuízo da obrigação de prever adaptações razoáveis para pessoas deficientes, a presente directiva não exige o recrutamento, a promoção ou a manutenção num emprego, nem 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”.

¹⁶⁷. Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., pp. 304 e 305.

¹⁶⁸. Cf. Acórdão do TJCE de 31-05-1989, I. Bettray c. Staatssecretaris Van Justiti, processo C-344/87 (: “1. A noção de trabalhador ... tem um alcance comunitário. Deve ser definida de acordo com critérios objectivos que caracterizam a relação de trabalho, tendo em consideração os direitos e deveres das pessoas em causa; a característica essencial da relação de trabalho é a circunstância de uma pessoa efectuar, durante um certo tempo, a favor de outra e sob a direcção desta, prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração. (...) // 2. As actividades desenvolvidas no âmbito de uma regulamentação nacional destinada a fornecer trabalho com o objectivo de manter, de restabelecer ou de promover a aptidão para o trabalho de pessoas que, por tempo indeterminado, não podem trabalhar em condições normais, devido a circunstâncias que se prendem com o seu estado, não podem ser consideradas como actividades económicas reais e efectivas, já que constituem apenas um meio de reeducação ou de reinserção das pessoas que as exercem. Por esta razão, a um nacional de um Estado-membro empregado noutro Estado-membro ao abrigo de um regime como esse, não pode ser reconhecida, apenas por esta razão, a qualidade de trabalhador na acepção do artigo 48.º, n.º 1, do Tratado.”) e considerandos 15 a 18 do Acórdão do TJCE de 23-03-1982, D.M. Levin c. Secrétaire d'État à la Justice, processo 53/81.

¹⁶⁹. Cf. artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2000/78/CE e Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., pp. 323 e 324.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

As pessoas devem dispor de meios de tutela contra a violação dos seus direitos¹⁷⁰ e os mesmos devem satisfazer a dupla exigência de efectividade e acessibilidade¹⁷¹.

A tutela dos direitos das pessoas com deficiência que relevam do Direito da União Europeia, como noutros domínios, é, primordialmente, assegurada órgãos jurisdicionais nacionais. Na resolução dos diferendos que o importem, devem considerar e aplicar o Direito da União. Impõem-se-lhes, fundamentalmente, as seguintes obrigações: i) atender ao sentido e alcance fixado jurisprudencialmente para as suas normas¹⁷²; ii) interpretar o direito nacional, na medida do possível, em sentido que seja lhe compatível¹⁷³; iii) e, não o sendo, deixar de aplicar norma nacional contrária¹⁷⁴; iv) aferir da observância e da responsabilidade do Estado por violação do Direito da União¹⁷⁵; v) atender ao efeito directo de disposições de directiva invocadas por particular na perspectiva do exercício de direitos que confira^{176 177 178}.

A responsabilidade pela decisão judicial a proferir no litígio é dos tribunais nacionais mesmo no caso do processo de questões prejudiciais, em que o Tribunal de Justiça se

¹⁷⁰. Cf. artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais, artigos 6.º e 13.º da CEDH e considerando 75 do Ac. do TEDH de 24-10-1979, caso Winterwerp v. The Netherlands, processo n.º 630/73.

¹⁷¹. É, assim, também, no caso da reacção contra a discriminação (artigos 7.º e 9.º das Directivas 2000/43 e 2000/78) e Edouard Dubout, L'Article 13 du Traité CE ..., cit., p. 608.

¹⁷². A propósito do princípio da proporcionalidade, Anastasia Iliopoulou nota que “a perspectiva do juiz comunitário constitui um incentivo permanente ao juiz nacional para evoluir na mesma direcção (...) que é tanto maior quando o juiz comunitário reenvia ao juiz *a quo*, em virtude de uma espécie de «subsidiariedade jurisdicional», o cuidado de apreciar a proporcionalidade da medida” – “Le principe d'égalité ...”, cit., pp. 448 e 449.

¹⁷³. Considerandos 57 e 58 do Acórdão do TJUE de 11-09-2007, processo C-287/05, D.P.W. HendriX ..., Acórdão do TJCE de 15-05-1986, Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, processo n.º 222/84, e Acórdão do TJCE de 10-04-1984, Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen, processo n.º 14/83).

¹⁷⁴. Acórdão do TJCE de 04-02-1988, Mary Murphy e outros c. Na Bord Telecom Eireann, processo n.º 157/86.

¹⁷⁵. Considerar, por exemplo, a adopção, mesmo que durante o prazo de transposição de directiva, se, durante esse prazo, o Estado-Membro adoptou “disposições susceptíveis de comprometer seriamente a realização ... do resultado nela prescrito (...), em especial, examinar se as disposições em causa se apresentam como uma transposição completa da directiva, bem como [se] os efeitos concretos da aplicação dessas disposições ... [são] conformes com a directiva e a sua duração no tempo” (considerandos 46 a 48 do Acórdão do TJCE de 18.12.1997, Inter-Environnement Wallonie ASBL contra Région Wallonne, processo C-129/96).

¹⁷⁶. Acórdão do TJCE de 02-10-1993, M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, processo C-271/91.

¹⁷⁷. Lisa Waddington observa que a garantia dos direitos conferidos por directivas nos tribunais nacionais tem um alcance limitado à possibilidade de efeito directo, em certas circunstâncias, a exigir do indivíduo a demonstração de que o Estado não cumpriu as obrigações que para si decorrem da mesma e ao princípio da interpretação conforme (“A European right to employment for disabled people?”, in Human Rights and Disabled, Essays and Relevant Human Rights Instruments, editado por Theresia Degener e Yolán Koster-Dreese, 1995, pp. 108 e 109).

¹⁷⁸. Cf. considerando 41 do Ac. do TJCE de 21-06-2007, Office National des Pensions contre Emilienne Jonkman e outros, processos juntos C-231/06 a C-233/06, e considerando do Acórdão do TJCE de 07-02-1991, Helga Nimz c. Freie und Hansestadt, processo C-184/89.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

pronuncia sobre a interpretação e/ou validade de norma jurídica da União¹⁷⁹. Os Estados têm autonomia para definir as regras de competência e processuais dos seus sistemas jurídicos, desde que, aplicados ao Direito da União Europeia, assegurem um nível de tutela paralelo ao que garantem ao direito interno e permitam a sua aplicação eficaz¹⁸⁰, isto é, garantam a tutela jurisdicional efectiva dos direitos que confere¹⁸¹.

Os meios e as regras processuais disponíveis devem tornar possível a protecção dos direitos mesmo depois de extinta a relação jurídica no âmbito da qual tenha ocorrido; contemplar a legitimidade das associações ou pessoas colectivas para instaurar acções, em nome ou em prol de uma vítima, sem prejuízo das regras processuais nacionais relativas à representação e à defesa em tribunal; prever que, se uma pessoa – que se considera lesada pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento – apresenta “factos constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta”, recaia sobre a outra parte o ónus de provar que não houve violação daquele princípio¹⁸²; garantir que a pessoa vítima de discriminação pode requerer indemnização e deve dispor de meios de protecção, incluindo judiciais, contra actos de retaliação desencadeados pela entidade patronal (por exemplo, despedimento ou assédio moral) por ter diligenciado, ao nível da empresa ou judicialmente, pelo “cumprimento do princípio da igualdade de tratamento”¹⁸³.

6.2. Regras de legitimidade

A pessoa com deficiência não está, inúmeras vezes, em condições de obter a tutela jurídica dos seus direitos, nomeadamente, por falta de recursos ou de apoio. As organizações com interesses legítimos neste domínio estão habilitadas, segundo as directivas anti-discriminação, a agir em representação ou em apoio daquela, desde que com a sua aprovação, em sede judicial e administrativa¹⁸⁴. A intervenção pode ser complementar e substitutiva da acção individual, reconhecendo-se legitimidade e interesse em agir a “actores associativos” na defesa de interesses individuais, e não

¹⁷⁹. Considerando 21 do Acórdão do TJCE de 06-07-2006, processo C-154/05, J. J. Kersbergen-Lap e D. Dams-Schipper c. Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekering.

¹⁸⁰. Acórdão do TJCE de 26-10-1983, processo n.º 163/82, Comissão das Comunidades Europeias c. República italiana, Acórdão do TJCE de 01-12-1998, B.S. Levez C. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd., processo C-326/96, e considerandos 71, 77 e 83 do Acórdão do TJCE de 13-03-2007, Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern, processo C-432/05.

¹⁸¹. Acórdão do TJCE de 15-05-1986, Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, processo n.º 222/84.

¹⁸². Considerandos 52 a 54 do Acórdão da Grande Secção do TJCE de 17-07-2008, processo C-303/06, s. Coleman contra Attridge Law, Steve Law.

¹⁸³. Cf. considerando 30 e artigo 11.º da Directiva 2000/78/CE.

¹⁸⁴. Cf. artigo 9.º, n.º 2, da Directiva 2000/78/CE.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

apenas colectivos. Para além do direito autónomo de estar em juízo¹⁸⁵, de acordo com o qual intervêm a título próprio, para a defesa dos seus interesses, segundo disposto no Direito interno, ao qual cabe delimitar as organizações (por exemplo, sindicatos e organizações não governamentais) que têm interesses legítimos, isto é, relevantes, para o efeito¹⁸⁶.

6.3. Regras de prova

As directivas comunitárias de luta contra a discriminação e jurisprudência eurocomunitária, em matéria de prova, estabelecem a regra do “reequilíbrio do ónus da prova” ou da sua partilha: aquele que invoca discriminação deve apresentar elementos de facto que a façam presumir, por referência a um *tertium comparationis*¹⁸⁷; aquele a quem é imputada, deve demonstrar que a justifica um fim legítimo e que não é desproporcionada à luz deste¹⁸⁸, isto é, o princípio da igualdade de tratamento não foi violado¹⁸⁹ 190. A demonstração por aquele que a invoca do carácter discriminatório injustificável e desproporcionado tornaria essa prova muito difícil e, conseqüentemente, obstará à eficácia do direito a não ser discriminado, em particular “nas relações horizontais interindividuais”¹⁹¹. A possibilidade de averiguação oficiosa dos factos esbate esta dificuldade de prova e, por isso, pode prevalecer sobre aquela repartição do ónus da prova¹⁹².

¹⁸⁵. Edouard Dubout, L'Article 13 du Traité CE ..., cit., pp. 608 e 610.

¹⁸⁶. Richard Whittle, "The Framework Directive ...", cit., p. 317.

¹⁸⁷. Edouard Dubout, L'Article 13 du Traité CE ...cit., p. 615.

¹⁸⁸. Cf. artigo 10.º da Directiva 2000/78/CE.

¹⁸⁹. Não bastam simples afirmações gerais relativas à idoneidade da medida para demonstrar que o objectivo da mesma é estranha à discriminação fundada na deficiência e que é determinada por tal objectivo. Neste sentido, quanto à discriminação fundada no género, ver Acórdão de 09-02-1999, Regina c. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez, processo C-167/97, e Acórdão do TJCE de 10-05-2005, Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, processo C-196/02 (considerando 75).

¹⁹⁰. Trata-se, não tanto de fazer a prova da ausência de discriminação, mas a da existência “de justificações estranhas a toda a discriminação” – Edouard Dubout, L'Article 13 du Traité CE ..., cit., p. 613.

¹⁹¹. Edouard Dubout, L'Article 13 du Traité CE ..., cit., pp. 612 e 613, Acórdão do TJCE de 17-10-1989, Danfoss, processo n.º 109/88, considerando 13 (: o Tribunal notou que os trabalhadores femininos “[n]ão dispõem de qualquer meio eficaz para fazer respeitar o princípio de igualdade de remuneração perante os tribunais nacionais, caso o facto de fornecer essa prova não tivesse por efeito impor ao empregador o ónus de demonstrar que a sua prática salarial não é, efectivamente, discriminatória”) e Acórdão do TJCE de 27.10.1993, Pamela Mary Enderby c. Frenchay Health Authority e Secretary of State for Health, processo c-127/92.

¹⁹². Daí a previsão no artigo 10.º, n.º 5, da Directiva 2000/78/CE da possibilidade de os Estados-Membros afastarem a repartição do ónus da prova nos termos vistos.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

A repartição do ónus da prova, nos termos vistos, “aplica-se a todos os processos onde se alegue infracção do princípio da igualdade de tratamento”¹⁹³ (excluindo os processos penais, dada a gravidade dos interesses em causa e a garantia dos direitos de defesa¹⁹⁴); é, assim, também aplicável (porque se colocam no quadro da igualdade de tratamento) à situação de assédio e à situação em que está em causa o dever de fazer adaptações que permitam a igualdade de tratamento¹⁹⁵; e é extensível às acções judiciais intentadas por organizações com fins relevantes no domínio da deficiência em representação de pessoa lesada pela violação do princípio da igualdade de tratamento¹⁹⁶.

O princípio da tutela jurisdicional efectiva, refira-se ainda, exclui a atribuição do valor de “prova irrefutável” – que, portanto, o subtraia ao controlo jurisdicional – a documento de uma autoridade nacional que dê por verificada derrogação ao princípio da igualdade de tratamento¹⁹⁷.

7. Conclusões:

7.1. As questões da deficiência são tratadas na União Europeia em vários domínios, como, por exemplo, o dos transportes e o do trabalho e emprego, na medida da extensão e das regras de exercício das respectivas competência, sem que exista uma base jurídica própria ou específica.

7.2. O Direito da União Europeia tem um sentido ampliativo e complementar da protecção jurídica nacional e internacional dos direitos das pessoas com deficiência.

7.2.1. A protecção resulta, por um lado, do tratamento jurídico da princípio da não discriminação aplicado à deficiência.

7.2.2. Os Estados-Membros devem, seja na execução do mesmo, seja no exercício das suas competências, respeitar o Direito da União Europeia, nomeadamente as disposições relativas ao princípio da não discriminação.

7.2.3. Por outro lado, a protecção jurídica é assegurada pela atenção, em disposições sectoriais, à situação das pessoas com deficiência, traduzida na atribuição de direitos

¹⁹³. Cf. Explicação da disposição do artigo 8.º, relativa ao ónus da prova, da proposta de directiva do Conselho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, COM(2008) 426 final, citada.

¹⁹⁴. Edouard Dubout, *L’Article 13 du Traité CE ...*, cit., pp. 619 a 623. O autor defende que a exclusão da regra de partilha da prova nos processos penais em sede de proibição de discriminação prejudica a eficácia da tutela judicial dirigida a sancionar a violação de um direito fundamental, levando, no limite, à procura da tutela civil em detrimento da penal.

¹⁹⁵. Richard Whittle, “The Framework Directive ...”, cit., pp. 316 e 317.

¹⁹⁶. Cf. artigo 10.º, n.º 4, da Directiva 2000/78/CE.

¹⁹⁷. Acórdão do TJCE de 15-05-1986, Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, processo n.º 222/84.

Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia

específicos, na imposição de obrigações às entidades públicas e privada e na previsão de incentivos.

7.2.4. O Direito da União Europeia depõe, ainda, no sentido do reforço da tutela judicial dos direitos da pessoa com deficiência, com destaque para as regras de legitimidade e de prova.

7.3. Constituem princípios de compreensão e intervenção jurídica nas questões da deficiência o princípio da igualdade, o princípio da participação, o princípio da integração e o princípio da acessibilidade.

7.4. Os direitos das pessoas com deficientes evidenciam o entrecruzamento entre dimensões negativas e positivas dos direitos fundamentais, independentemente das suas categorias.

7.5. Reflecte igualmente a referência dogmática e aplicativa mútua e a relação de complementaridade entre sistemas de protecção de direitos fundamentais na Europa.

Lisboa, 15-05-2010 (revisto em 30-09-2010)

Ana Fernanda Neves