1. Não constitui um regime de segurança social directamente regulado pela lei — e, por isso, subtraído ao âmbito de aplicação do artigo 119.° do Tratado — mas, pelo contrário, é abrangido por esta disposição um regime de pensões de empresa que, embora adoptado em conformidade com as disposições estabelecidas pelo legislador, tem a sua origem num acordo entre a entidade patronal e um órgão representativo dos trabalhadores, faz parte integrante dos contratos de trabalho e destina-se a complementar as prestações sociais devidas por força da legislação nacional, de aplicação geral, com prestações cujo financiamento é suportado unicamente pela entidade patronal.

2. Viola o artigo 119.° do Tratado CEE uma empresa que exclui os empregados a tempo parcial do regime de pensões de empresa quando esta medida abrange um número muito mais elevado de mulheres do que de homens, salvo se a empresa provar que tal medida se explica por factores objectivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo.

   Tais factores podem resultar do facto de a empresa pretender empregar o menor número possível de trabalhadores a tempo parcial, desde que se demonstre que este objectivo corresponde a uma verdadeira necessidade da empresa e que os meios escolhidos para o alcançar são simultaneamente adequados e necessários.

3. O artigo 119.° do Tratado não obriga as entidades patronais a organizar os regimes de pensões de empresa que instituem para os seus empregados de modo a tomar em consideração as dificuldades particulares que enfrentam os trabalhadores com encargos familiares para preencher as condições que dão direito a tal pensão.

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON
apresentadas em 15 de Outubro de 1985 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Por despacho de 5 de Junho de 1984, o Bundesarbeitsgericht colocou-vos as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 119.° do Tratado CEE é infringido, por "discriminação indirecta", quando uma sociedade de grandes armazéns que emprega principalmente mulheres exclui os empregados a tempo parcial do benefício do regime de pensões da empresa, não obstante o facto de essa exclusão atingir, de modo desproporcionado, mais mulheres do que homens?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão 1

   a) A empresa pode justificar essa discriminação alegando que pretende ter o menor número possível de empregados a tempo parcial, quando o interesse da empresa não impõe tal po-

* Tradução do francês.

lítica de pessoal no sector dos grandes armazéns?

b) A empresa deve organizar o seu regime de pensões de forma a tomar devidamente em consideração as dificuldades particulares que enfrentam os empregados com encargos familiares para preencher as condições que dão direito a uma pensão da empresa?»

Este processo vai essencialmente levar o Tribunal a precisar o alcance do seu acórdão 96/80 (Jenkins/Kingsgate, de 31 de Março de 1981, Recueil, p. 911), relativo ao trabalho a tempo parcial, largamente evocado pelo tribunal do reenvio e por todas as partes que intervieram no processo. Mas vejamos, em primeiro lugar, os elementos de facto.

2. Ré no processo principal e recorrente no recurso de revista, a firma Bilka-Kaufhaus GmbH (a seguir designada por Bilka) faz parte de uma cadeia de grandes armazéns da República Federal da Alemanha, o grupo Hertie, que emprega vários milhares de trabalhadores.

Autora no processo principal e recorrida no recurso de revista, Karin Weber von Hartz, nascida em 1930, foi, desde 15 de Abril de 1961, empregada a tempo inteiro como vendedora da Bilka. Esta situação manteve-se durante onze anos e meio.

A partir de 1 de Outubro de 1972, passou a ocupar, a seu pedido, um lugar a tempo parcial, que correspondia a cerca de metade das horas exigidas por um emprego a tempo inteiro. Três anos e meio mais tarde, em 14 de Abril de 1976, Karin Weber, então com quarenta e seis anos de idade, deixou a empresa a que tinha pertencido durante quinze anos.

O litígio nasceu do regime de pensões aplicado aos empregados a tempo parcial na sociedade recorrente. O regime de pensões do grupo de grandes armazéns de que faz parte a Bilka tem a forma legal de um acordo de empresa que impõe a esta sociedade o pagamento de prestações complementares de reforma. Durante o período de actividade da autora, o regime de pensões evoluiu do seguinte modo:

— segundo uma convenção de 31 de Dezembro de 1962, beneficiavam dessas prestações os empregados que tivessem trabalhado ininterruptamente durante vinte e cinco anos na empresa e se tivessem reformado depois de completarem sessenta e cinco anos de idade;

— por acordos de 3 de Setembro de 1966 e de 17 de Janeiro de 1969, foram introduzidas as seguintes alterações: de futuro, para poderem beneficiar do direito à pensão complementar, os trabalhadores deveriam ter trabalhado na empresa pelo menos vinte anos a *tempo inteiro* e reformar-se ao atingirem sessenta e cinco anos de idade. Os trabalhadores do sexo feminino podiam beneficiar de uma reforma complementar antecipada aos sessenta anos. Este regime era aplicável a todos os trabalhadores e excluía do direito à pensão complementar os empregados a tempo parcial. O regime de 1969 foi expressamente declarado como fazendo parte integrante do novo contrato de trabalho celebrado em 1972 entre Karin Weber e a Bilka;

— por último, uma convenção de 26 de Outubro de 1973 oferecia novamente aos empregados a tempo parcial a possibilidade de beneficiarem de uma pensão de reforma se tivessem trabalhado na empresa pelo menos vinte anos, quinze dos quais a tempo inteiro. Apenas os empregados que já tivessem um contrato de trabalho a tempo parcial antes de 30 de Setembro de 1966 ficavam dispensados da condição de um período de quinze anos de emprego a tempo inteiro.

Foi recusado a Karin Weber o direito à pensão pelo facto de não preencher as condições convencionalmente exigidas, referentes ao trabalho a tempo inteiro.

3. A questão de uma «discriminação indirecta» dos trabalhadores femininos em relação aos trabalhadores masculinos foi suscitada pelo Bundesarbeitsgericht num primeiro recurso de apelação. O tribunal de trabalho de segunda instância em que corria o processo deu razão à autora, mas com o fundamento de que a convenção de 26 de Outubro de 1973 tinha reintegrado de modo limitado os empregados a tempo parcial no seu regime de pensões e que teria sido arbitrário incluir uma data de referência — o dia 30 de Setembro de 1966 —, ocasionando uma discriminação em relação aos empregados a tempo inteiro que só posteriormente tinham começado a trabalhar a tempo parcial. Em contrapartida, não admitiu a existência de uma violação dos princípios da igualdade de tratamento e da igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos.

Por ocasião de um segundo recurso, de revista, o Bundesarbeitsgericht, criticando a fundamentação seguida pelo tribunal *a quo*, submeteu o presente pedido prejudicial ao Tribunal de Justiça.

4. O Bundesarbeitsgericht considerou que resultaria do acórdão Worringham e Humphreys/Lloyd Bank Ltd (processo 69/80, acórdão de 11 de Março de 1981, Recueil, p. 767) que as prestações de reforma constituem uma remuneração, na acepção do segundo parágrafo do artigo 119.° do Tratado CEE. Em seguida, procedeu a uma análise dos factos, fazendo referência ao acórdão Jenkins, de que citou em primeiro lugar o n.° 13, assim redigido:

«... se se verificar que uma percentagem consideravelmente menor de trabalhadores femininos do que de trabalhadores masculinos efectua o número mínimo de horas de trabalho semanal exigido para ter direito ao salário horário à taxa máxima, a desigualdade de remuneração é contrária ao artigo 119.° do Tratado quando, tendo em consideração as dificuldades que enfrentam os trabalhadores femininos para poderem efectuar esse número mínimo de horas semanais, a prática salarial da empresa em causa não puder explicar-se por factores que excluam uma discriminação baseada no sexo»[1] (Recueil 1981, p. 925 e 926).

Dos dados fornecidos ao tribunal nacional resulta que, durante nove anos, a Bilka teve, em média, 72 % de trabalhadores do sexo feminino e 28 % do sexo masculino; destes, 90 % trabalhavam a tempo inteiro e 10 % a tempo parcial, enquanto 61,5 % das mulheres ocupavam um lugar a tempo inteiro e 38,5 % um lugar a tempo parcial. Daí resultava, em relação aos efectivos globais, que estavam ocupados a tempo parcial 2,8 % dos trabalhadores masculinos e 27,7 % dos trabalhadores femininos, ou seja, uma relação de um homem para dez mulheres.

O tribunal do reenvio considera que este regime de pensões prejudicaria, portanto, dez vezes mais as mulheres do que os homens. Entende que os princípios enunciados «até agora» pela jurisprudência do Tribunal de Justiça não lhe permitem resolver o litígio que lhe foi submetido e que convém que o Tribunal dê, a este respeito, algumas «indicações complementares».

No que se refere ao acórdão Jenkins, pergunta-se, no essencial, se ele visa apenas uma discriminação «dissimulada», portanto intencional, ou se também pode abranger uma discriminação «indirecta», ou seja, simplesmente objectiva. Em tal caso, existiria discriminação, dado que, devido às obriga-

1 — Tradução provisória.

ções familiares que tradicionalmente estão a seu cargo, as mulheres seriam excluídas *de facto* do benefício de um direito.

Tendo o próprio Tribunal de Justiça insistido, no acórdão Jenkins, sobre a natureza determinante da «percentagem consideravelmente menor de trabalhadores femininos do que de trabalhadores masculinos (que efectuam) o número mínimo de horas de trabalho... exigido» (n.° 13, supracitado) o tribunal do reenvio desejaria saber qual o alcance que convém atribuir a esta circunstância. A primeira questão prejudicial visaria clarificar este ponto.

No mesmo acórdão, de resto, diz-se que:

«11) ... o facto de conceder, pelo trabalho pago à hora, uma remuneração horária diferente consoante o número de horas de trabalho por semana não ofende... o princípio da igualdade de remunerações consignado no artigo 119.° do Tratado, desde que a diferença de remuneração entre o trabalho a tempo parcial e o trabalho a tempo inteiro se explique pela intervenção de factores objectivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo.

12) Pode ser esse o caso, designadamente, quando a entidade patronal, ao conceder para o trabalho a tempo parcial uma remuneração horária inferior à que é concedida para o trabalho a tempo inteiro, tem em vista, por razões económicas objectivamente justificadas, encorajar o trabalho a tempo inteiro, independentemente do sexo do trabalhador».

Pode-se, assim — pergunta o tribunal *a quo* —, tomar em consideração uma política de pessoal que consiste em privilegiar o emprego a tempo inteiro, ou deve-se, além disso, considerar que tal política só se justifica se se fundar em motivos económicos? É este o sentido da questão 2, alínea a).

Finalmente, o tribunal do reenvio interroga-se sobre se, de qualquer modo, não incumbiria à entidade patronal organizar o seu regime de pensões de modo a prevenir os efeitos que dele poderiam resultar em relação aos empregados com obrigações familiares, ou seja, às mulheres. Por isso, apresentou ao Tribunal a questão 2, alínea b).

5. As observações escritas e orais do Governo do Reino Unido suscitam uma questão prévia. Efectivamente, este alegou que nem as condições de acesso a um regime de reforma nem mesmo as respectivas prestações se inserem no âmbito de aplicação do artigo 119.°

Este artigo, portanto, não seria aplicável no caso vertente.

A primeira questão prejudicial respeitaria ao *acesso* a um regime de reforma. O acórdão Defrenne III (processo 149/77, de 15 de Junho de 1978, Recueil, p. 1365) corroboraria a tese sustentada pelo Governo do Reino Unido, que dele cita integralmente os n.^{os} 19 a 22 (Recueil, p. 1377 e 1378). O Tribunal teria confirmado essa jurisprudência no acórdão Burton (processo 19/81, de 16 de Fevereiro de 1982, Recueil, p. 555). O Governo interveniente refere-se aos n.^{os} 7 e 8 dessa decisão, nos quais o Tribunal considerou que a diferença de idade mínima — sessenta anos para os homens, cinquenta e cinco anos para as mulheres — para beneficiar de uma compensação por rescisão voluntária do contrato de trabalho não suscitava um problema de interpretação do artigo 119.°, pois tal matéria — a existência ou não de uma discriminação no respeitante às condições de acesso ao regime da rescisão voluntária do contrato de trabalho — estaria abrangida pela Directiva 76/207 do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, rela-

tiva à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05, fasc. 02, p. 70).

Ainda que o Tribunal de Justiça entendesse que a questão que lhe é colocada se refere, não às condições de acesso, mas às prestações, dever-se-ia — diz o Governo do Reino Unido — considerar que essa matéria não é regida pelo artigo 119.° Esta última disposição, com efeito, aplicar-se-ia apenas às remunerações e não às reformas, que seriam do domínio da segurança social e se inseririam, portanto, no âmbito de aplicação do artigo 117.° De resto, a existência de uma proposta de directiva do Conselho tendente a aplicar o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos regimes profissionais de segurança social (apresentada em 5 de Maio de 1983 pela Comissão ao Conselho, JO C 134 de 21.5.1983, p. 7) provaria — se ainda fosse necessário — que esta matéria ultrapassa o âmbito de aplicação do artigo 119.°

Além disso, qualquer outra solução fundamentada no efeito directo do artigo 119.° nesta matéria poria em perigo o equilíbrio das empresas, ao impor-lhes encargos financeiros imprevistos. Seria esse o sentido das disposições do artigo 10.° da proposta de directiva acima referida.

Esta posição, além disso, estaria de acordo com o espírito do acórdão Defrenne I (processo 80/70, G. Defrenne/Estado belga, acórdão de 25 de Maio de 1971, Recueil, p. 445). O presente caso poderia ser a ocasião para o Tribunal pôr termo às incertezas que subsistem, afastando expressamente do âmbito de aplicação do artigo 119.° os regimes de reforma em matéria de emprego.

6. Apenas a Comissão tomou uma posição fundamentada a respeito dos problemas levantados pelas condições de acesso às prestações da pensão de reforma em causa e pela natureza jurídica desta.

Na sua opinião, a decisão do Tribunal no processo Burton não poderia abranger o presente caso. Tal decisão diria respeito à diferença de idades para *receber* uma prestação. Ora, neste processo, a questão não seria a de saber *em que momento*, mas *se* Karin Weber pode, como trabalhadora a tempo parcial, obter uma pensão de reforma. O Bundesarbeitsgericht considerou que, por força da lei alemã de 19 de Dezembro de 1974, relativa ao aperfeiçoamento dos regimes de reforma de empresa, Karin Weber seria titular de uma expectativa de pensão, à qual apenas obstava a condição da duração do trabalho a tempo inteiro estipulada na convenção de 1973.

Quanto à natureza jurídica da prestação em causa, a Comissão considera que o tribunal do reenvio tinha razão para se reportar ao acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo Worringham e Humphreys. É certo que, no caso vertente, ao contrário do processo 69/80, não estamos em presença de uma «quotização para um regime de reforma paga pela entidade patronal, em nome dos empregados, através de um montante complementar do salário bruto e que, por isso, (concorrendo) para a determinação do montante desse salário, constitui uma "remuneração", na acepção do segundo parágrafo do artigo 119.° do Tratado CEE» (n.° 17, Recueil 1981, p. 790). Todavia, o princípio assim traçado deveria abranger o presente processo.

Com efeito, resultaria da jurisprudência do Tribunal que a noção de remuneração deve ser entendida em sentido amplo. A Comissão cita a este respeito o n.° 7 do acórdão Defrenne I (Recueil, p. 452), onde se estabelece:

«que, embora certas regalias, integráveis no conceito de prestações de segurança social, não sejam..., em princípio, estranhas à noção de remuneração, não se pode, no entanto, incluir nesta noção, tal como está delimitada no artigo 119.°, os regimes ou prestações de segurança social, designadamente as pensões de reforma, directamente regulados pela lei, sem qualquer elemento de concertação no seio da empresa ou do sector profissional interessado, e obrigatoriamente aplicáveis a categorias gerais de trabalhadores».

O sistema de pensões de reforma da Bilka não preencheria nenhuma das condições susceptíveis de afastar a aplicação do artigo 119.° Estaria em conformidade com os critérios enumerados pelo advogado-geral Dutheillet de Lamothe, nas conclusões apresentadas no processo Defrenne I, para se inserir no âmbito de aplicação daquela disposição. Finalmente, a discriminação em causa não faria parte dos casos em que a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres está dependente da adopção da proposta de directiva atrás citada, relativa aos regimes profissionais de segurança social.

7. A minha posição, quanto a esta questão prévia, é a seguinte:

Tal como a Comissão, e em primeiro lugar pelas razões por ela indicadas, considero que o acórdão Burton, deste Tribunal, não determina a solução do presente processo. Não estava em causa o *direito* do Sr. Burton de beneficiar da possibilidade de reforma antecipada, mas somente o *momento* a partir do qual o podia fazer. Neste caso, é o *próprio direito* à pensão de reforma que é negado a Karin Weber.

Mais ainda, o Tribunal enuncia claramente nesse acórdão a razão pela qual considerou que a fixação de diferentes idades mínimas para a reforma dos homens e das mulheres no âmbito da segurança social, não constituía, no caso concreto, uma discriminação proibida pelo direito comunitário.

O n.° 13 precisa, efectivamente, que «a Directiva 79/7 do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO L 6, p. 24; EE 05, fasc. 02, p. 174), afirma no seu artigo 7.° que não prejudica a possibilidade que têm os Estados-membros de excluir do seu âmbito de aplicação a fixação da idade de reforma para a concessão das pensões de velhice e de reforma...» (Recueil 1982, p. 576). Por conseguinte, existia nesse caso uma disposição comunitária expressa, autorizando a medida impugnada.

Resta, assim, o problema de saber se uma pensão de reforma deve ser considerada como uma remuneração, na acepção do artigo 119.° Ainda aqui, tal como a Comissão, considero que convém ter uma concepção ampla da noção de remuneração.

Para tanto, devemos reportar-nos ao vosso acórdão Defrenne I e, especialmente, ao seu n.° 7, citado pela Comissão, com cuja análise concordo.

Recordemos que, por essa decisão, o Tribunal excluiu do âmbito de aplicação do artigo 119.° os regimes legais de pensões de reforma, especificando (no n.° 8) que a contribuição financeira que lhes prestam os trabalhadores, as entidades patronais e, eventualmente, os poderes públicos «está menos em função da relação laboral entre a entidade patronal e o trabalhador do que de considerações de política social».

Nesta óptica, deve-se poder considerar que o regime de pensões de reforma em causa, de carácter essencialmente convencional, não pode deixar de estar abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 119.°

Nas conclusões que apresentou naquele processo, o advogado-geral Dutheillet de Lamothe afirmou que, em seu entender, uma das razões da conexão do artigo 119.° com as reformas complementares deste tipo resultaria do «vínculo necessário entre o benefício, a entidade patronal, o trabalhador e o emprego», inerente àquela disposição (Recueil 1971, p. 460). Esse vínculo existe inegavelmente no caso em apreço. Recorde-se que se trata de um regime voluntário, que acresce, para o melhorar, ao regime legal, mesmo que tenha sido inspirado ou enquadrado pelos poderes públicos, e cuja aplicação está subordinada à sua integração na relação de trabalho, depois de negociações entre a entidade patronal e os trabalhadores.

Por último, embora seja verdade que os regimes legais de reforma se inserem, em princípio, no âmbito de aplicação do artigo 117.° do Tratado CEE — relativo, em especial, à harmonização dos sistemas sociais —, não deixa de ser necessário, como fez a Comissão, investigar caso a caso, em função de cada legislação nacional, se um regime de pensões corresponde, ou não, aos critérios fixados pelo acórdão Defrenne I.

A jurisprudência do Tribunal nesta matéria é suficientemente flexível para permitir respeitar a diversidade dos sistemas nacionais. Portanto, foi com razão, na minha opinião, que o tribunal do reenvio situou as suas questões no âmbito do artigo 119.° do Tratado.

Examinemos, pois, os argumentos que suscitaram.

8. Para Karin Weber, resultaria do acórdão Jenkins que não há necessidade de distinguir entre discriminação directa e discriminação «indirecta». No caso em apreço, a estrutura do pessoal da empresa seria suficiente para revelar que se está em presença de uma discriminação. O trabalho a tempo parcial confirmaria a repartição tradicional das tarefas entre o homem e a mulher, sem garantir a independência económica desta. Traduziria, assim, o conflito inerente à sua situação: família e tarefas domésticas, por um lado, actividade profissional, por outro. Além disso, favoreceria, nas actuais condições económicas, a ocupação pelos homens de lugares a tempo inteiro.

O objectivo alegado pela Bilka — lutar contra o trabalho a tempo parcial — não pode justificar a discriminação em causa. A entidade patronal que queira aplicar uma política que privilegie a actividade a tempo inteiro pode sempre renunciar à admissão de trabalhadores a tempo parcial. Mas não pode, sem infringir o disposto no artigo 119.°, agravar a situação desta categoria de trabalhadores que, já em desvantagem no que se refere aos seus direitos à pensão, devido às condições do seu emprego, não poderiam, além disso, ver-se excluídos do benefício de uma reforma complementar. Qualquer outra solução seria discriminatória. Ora, a proibição de discriminação não pode ser objecto de transacção. Portanto, haveria que aplicar regras de compensação, como as evocadas pelo Bundesarbeitsgericht.

9. A Bilka alegou que existia antes de 1977 uma grande falta de mão-de-obra, especialmente no comércio a retalho, cujos horários de trabalho, em particular ao fim da tarde ou ao sábado, não atraíam muito os candidatos. Portanto, teria sido necessário favorecer a admissão de empregados a tempo inteiro. Esta preferência, independente do sexo dos trabalhadores, deveria ser considerada como uma razão económica objectivamente justificada, na acepção do n.° 12 do acórdão Jenkins.

A recorrente no recurso de «revista» concluiu daqui que a primeira questão prejudicial deveria obter uma resposta negativa. Na audiência, acrescentou que a mesma resposta deveria ser dada à questão 2, alínea b), que derivaria de uma manifesta confusão entre as funções que incumbem a um Estado-membro e a uma empresa.

10. Ao analisar, a título subsidiário, a questão de uma eventual discriminação «indirecta», o representante do Reino Unido sustentou na audiência que o acórdão Jenkins afirmava claramente que a aplicação das disposições do artigo 119.° estaria dependente da existência de um elemento intencional. A intenção resultaria da ausência de qualquer outra razão plausível que pudesse justificar a medida impugnada, e não se deduziria do facto de o resultado previsto não ter sido atingido, nem mesmo da existência de outro meio para o alcançar. Efectivamente, o juiz não deveria poder substituir-se à entidade patronal, no que respeita à apreciação da escolha da sua política comercial.

Mais genericamente, o artigo 119.° não seria aplicável em matéria de «discriminação indirecta». Em especial, não poderia fundamentar uma compensação do tipo da referida pelo tribunal do reenvio na questão prejudicial 2, alínea b).

11. Em relação aos n.^{os} 10 e 11 do acórdão Jenkins, a Comissão considera que as noções de «discriminação dissimulada», por um lado, e de «discriminação indirecta», por outro, utilizadas pelo Bundesarbeitsgericht, seriam pouco adequadas para precisar o alcance dos princípios enunciados pela jurisprudência do Tribunal.

No acórdão Defrenne II (processo 43/75, G. Defrenne/Sabena, de 8 de Abril de 1976, Recueil, p. 455, n.° 18, p. 474), o Tribunal teria efectuado uma distinção entre as discriminações «directas e manifestas» e as discriminações «indirectas e dissimuladas», e afirmado:

«... que uma aplicação integral do objectivo pretendido pelo artigo 119.°, mediante a eliminação de quaisquer discriminações entre trabalhadores femininos e trabalhadores masculinos, directas ou indirectas..., pode implicar, em certos casos, a determinação de critérios cuja aplicação necessite da intervenção de medidas comunitárias e nacionais adequadas» (n.° 19).

O n.° 17 dos fundamentos do acórdão Jenkins (Recueil 1981, p. 926) parece acrescentar uma distinção entre as discriminações que podem ser verificadas pelo juiz, sem necessidade de mais elementos, e as que só poderão sê-lo recorrendo a critérios mais precisos, fixados pelo direito comunitário ou nacional.

O Bundesarbeitsgericht, na sua resolução de reenvio, teria interpretado de modo demasiado estrito a noção de discriminação dissimulada, circunscrita às discriminações especificamente baseadas no sexo. O acórdão Jenkins, segundo a Comissão, permitiria pensar que estão igualmente abrangidas pelo efeito directo do artigo 119.° as disposições que originem discriminações fundadas noutro critério, que não o do sexo, quando a sua aplicação conduza *de facto* ao mesmo resultado e sem que para tal exista qualquer justificação objectiva. O Tribunal de Justiça, ao contrário do que aparentemente supuseram o Bundesarbeitsgericht e o juiz inglês do reenvio, após o acórdão Jenkins, não limitou os casos de violação do artigo 119.°

às discriminações intencionais, nem excluiu aquela hipótese nos casos em que a entidade patronal demonstrou que pretendia alcançar outro objectivo, que não a discriminação dos trabalhadores femininos. Conviria, a este respeito, relacionar as conclusões do advogado-geral Warner (ver Recueil 1981, p. 936 e 937), que se referia a um acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, Griggs/Duke Power, com os n.os 11 e 12 do acórdão Jenkins. Verificar-se-ia, assim, que o Tribunal de Justiça quis afirmar que a ausência de intenção discriminatória por parte da entidade patronal não basta para que seja declarada compatível com o princípio da não discriminação uma disposição que desfavorece efectivamente as mulheres. A intenção de discriminar os trabalhadores femininos constituiria apenas um dos casos de aplicação do artigo 119.°

Ao tratar da questão 2, alínea a), a Comissão, referindo-se ao acórdão Defrenne II, alega que o artigo 119.° visaria um duplo objectivo: económico, por um lado, ao evitar as práticas salariais que tenham por efeito falsear o funcionamento da livre concorrência; social, por outro, ao favorecer a melhoria das condições de vida e de emprego dos povos europeus. Quanto a este último aspecto, o referido artigo apenas poderia ter efeito útil se a política salarial dos empregadores tomasse efectivamente em consideração as condições de vida e de trabalho das mulheres empregadas a tempo parcial. O acórdão Jenkins inscrever-se-ia na esteira dessa jurisprudência. Os seus n.os 11 a 13 imporiam, efectivamente, uma justificação objectiva, excluindo qualquer diferenciação baseada no sexo, entre trabalho e tempo parcial e trabalho a tempo inteiro.

A questão prejudicial 2, alínea b) não necessitaria de resposta, visto que a escolha da política salarial não é deixada à inteira discrição da entidade patronal.

Para a hipótese de não ser essa a opinião do Tribunal de Justiça, a Comissão, a título subsidiário, considera que haveria que aplicar os princípios da necessidade e da proporcionalidade. Estes princípios imporiam que se tomasse em consideração a fidelidade à empresa dos trabalhadores a tempo parcial, na maioria femininos. Ainda que esta pudesse não ser geral, deveria pelo menos evitar os efeitos discriminatórios relativamente às mulheres.

12. O Tribunal, no seu acórdão Defrenne II, declara que se deve:

> «18) ... estabelecer uma distinção, no interior do campo de aplicação global do artigo 119.°, entre, por um lado, as discriminações directas e manifestas, susceptíveis de verificação apenas com a ajuda dos critérios da identidade de trabalho e da igualdade de remunerações, consagrados pelo artigo citado, e, por outro lado, as discriminações indirectas e dissimuladas, que só podem ser identificadas em função de disposições de aplicação mais explícitas, de carácter comunitário ou nacional» (Recueil 1976, p. 474).

Resulta desta decisão que o artigo 119.° só tem efeito directo em relação às «discriminações directas», o que foi confirmado pelos acórdãos Macarthys (processo 129/79, de 27 de Março de 1980, Recueil, p. 1275; ver designadamente o n.° 10, p. 1288) e Worringham e Humphreys, já citado (n.° 23, Recueil 1981, p. 791 e 792).

Mas o que se deve entender por «discriminação directa»? A jurisprudência do Tribunal de Justiça definiu como tal a que é detectável pelo juiz nacional a partir «apenas dos critérios da identidade de trabalho e da

igualdade de remunerações» consagrados pelo artigo 119.° (Defrenne II, n.° 18, supracitado), «sem necessitar de medidas de aplicação mais detalhadas por parte da Comunidade ou dos Estados-membros» (Macarthys, n.° 10).

Desde que o juiz possa qualificar a situação que lhe é submetida apenas com a ajuda destes critérios, o princípio do artigo 119.° pode aplicar-se directamente.

Convém averiguar agora se o tribunal do reenvio está em condições, no caso vertente, de apreciar os factos que lhe foram submetidos apenas com a ajuda desses critérios. Este parece ser o caso, pois trata-se de uma prática salarial que dá origem, para um *trabalho idêntico*, exercido de formas diferentes — tempo inteiro ou parcial —, a *remunerações* («lato sensu») *diferentes*.

Seja-nos permitido chamar aqui a atenção para a ambiguidade terminológica que revela a questão apresentada pelo tribunal *a quo*. Com efeito, pergunta ao Tribunal de Justiça se pode conhecer de uma «discriminação indirecta» — quando, como acabei de recordar, o Tribunal considera que o efeito directo do artigo 119.° não se estende a esse tipo de discriminação. Mas a discriminação indirecta, tal como é descrita pelo tribunal do reenvio, não é, na realidade, uma discriminação directa, na acepção do acórdão Defrenne II?

De qualquer modo, não é a *natureza* da discriminação que deve condicionar a competência do juiz. Como dizia o advogado-geral Jean-Pierre Warner, nas suas conclusões apresentadas no processo Jenkins, o critério de competência é o do *efeito directo* do artigo 119.° Este efeito não se produz, diz o advogado-geral Warner, «quando um órgão jurisdicional não pode aplicar as suas disposições simplesmente com base nos critérios que elas próprias fixam e quando, por conseguinte, se torna necessária uma legislação de execução, comunitária ou nacional, para estabelecer os critérios aplicáveis na matéria» (Recueil 1981, p. 911 e 938).

Esta posição — que, com uma preocupação de clareza em relação ao juiz nacional, privilegia o efeito directo em relação à natureza da discriminação — é fiel ao espírito da jurisprudência do Tribunal. Perfilhamo-la e pedimos ao Tribunal que a mantenha.

13. De qualquer modo, o tribunal *a quo* terá de apreciar a medida litigiosa tomada pela Bilka, levando em conta as particularidades da composição do pessoal que exerce funções a tempo parcial nessa empresa.

Deverá fazê-lo segundo as seguintes regras, enunciadas pelo acórdão Jenkins:

— uma desigualdade salarial, indiferentemente aplicável aos trabalhadores dos dois sexos, não é, em si, contrária às disposições do artigo 119.° (n.^{os} 10 e 11); pode, «designadamente», fundar-se «em razões económicas objectivamente justificadas» (n.° 12);

— contudo, se essa desigualdade afectar mais o pessoal feminino, é contrária ao artigo 119.°, excepto se for justificada por «factores que excluam uma discriminação baseada no sexo» (n.° 13);

— o *juiz nacional* é o *único competente* para apreciar «em cada caso concreto... se, tendo em consideração as *circunstâncias de facto*, os *antecedentes* e os *motivos* da entidade patronal», a desigualdade sala-

rial «constitui ou não, na realidade, uma discriminação» em razão do sexo (n.° 14; o sublinhado é nosso).

O órgão jurisdicional *a quo* pede ao Tribunal que vá mais longe. Deseja saber, na hipótese de a Bilka conseguir provar, perante o tribunal que decidirá do mérito da causa, que o seu real objectivo consistia, através do seu regime de pensões, em encorajar a celebração de contratos de trabalho a tempo inteiro, se é necessário, além disso, investigar se tal decisão é determinada por razões económicas. Este é, atendendo aos fundamentos do despacho de reenvio, o alcance da expressão «o interesse da empresa», que figura na questão 2, alínea a).

Na minha opinião, deve responder-se negativamente a esta questão. Na falta de uma disposição expressa e no estádio actual do direito comunitário, não se pode, através do efeito directo do artigo 119.°, excluir como justificação, na acepção do n.° 13 do acórdão Jenkins, um fundamento que não é de natureza económica. Com efeito, nada parece proibir a uma entidade patronal que aplique uma política de pessoal que favoreça o emprego a tempo inteiro, desde que essa escolha, respeitando as normas legais em vigor, esteja isenta de qualquer intenção discriminatória.

As pressões socioculturais que recaem sobre as mulheres trabalhadoras, que estão subjacentes tanto no caso Jenkins como no presente processo, não devem poder ser exploradas pela entidade patronal. Mas não lhe podem impor uma obrigação suplementar que restrinja as suas opções normais em matéria de política de pessoal.

14. A questão prejudicial 2, alínea b) não carece de largas considerações. Quaisquer que sejam o mérito e o interesse das iniciativas levadas a cabo a este respeito, não se pode impor à entidade patronal que se substitua aos poderes públicos, organizando um regime de pensões que compense as dificuldades específicas dos empregados com encargos familiares. O artigo 119.° apenas inclui obrigações de *facere* a cargo dos Estados-membros, e não das empresas, às quais só incumbe, nos limites indicados, uma obrigação de não discriminação.

15. Tendo em consideração as observações antecedentes, proponho ao Tribunal que responda do seguinte modo às questões colocadas pelo Bundesarbeitsgericht:

1) Um regime complementar de pensões de reforma, instituído por uma empresa, que favoreça os trabalhadores a tempo inteiro, será contrário às disposições do artigo 119.° do Tratado CEE se, embora indistintamente aplicável aos trabalhadores de ambos os sexos, visar na realidade reduzir os direitos das mulheres trabalhadoras que, tendo em consideração as suas obrigações, constituem, de modo exclusivo ou preponderante, o efectivo do pessoal a tempo parcial.

2) As disposições do artigo 119.° aplicam-se directamente a uma tal situação, na medida em que o juiz nacional pode fundamentar a sua decisão em critérios de identidade do trabalho e de igualdade de remuneração, sem necessidade de recorrer a medidas comunitárias ou nacionais.

3) A entidade patronal pode justificar a medida em questão, provando que se fundamenta em razões que excluem uma discriminação em razão do sexo.

4) No estádio actual do direito comunitário, a entidade patronal não pode ser obrigada a compensar, mediante a instituição de regimes de reforma de empresa, as dificuldades específicas dos trabalhadores que exercem a sua actividade a tempo parcial devido aos seus encargos familiares.