Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 14 de maio de 2020[1]

Processo C-30/19

Diskrimineringsombudsmannen
contra
Braathens Regional Aviation AB

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Högsta domstolen (Supremo Tribunal, Suécia)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2000/43/CE — Igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica — Artigo 7.º — Defesa dos direitos — Artigo 15.º — Sanções — Ação de indemnização por discriminação — Mecanismo de aquiescência — Recusa do demandado em reconhecer a existência de uma discriminação não obstante o pedido expresso formulado pelo demandante — Relação entre a sanção e a discriminação — Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Direito a uma proteção jurisdicional efetiva — Impossibilidade de fazer com que a existência de discriminação seja constatada»

I. Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial submetido pelo Högsta domstolen (Supremo Tribunal, Suécia) diz respeito à interpretação da Diretiva 2000/43/CE[2], que proíbe a discriminação que tenha origem racial ou étnica, e tem por objeto o direito de uma pessoa que considera ser vítima de tal discriminação a que essa discriminação seja examinada e, eventualmente, que seja constatada por um juiz a existência dessa discriminação. O pedido de decisão prejudicial visa, mais precisamente, determinar se essa pessoa goza, no âmbito de uma ação de indemnização, deste direito quando o demandado aquiesça e paga a indemnização pedida, mas não reconhece ter cometido uma discriminação.

2. Esta problemática é suscitada no âmbito de um litígio que opõe um passageiro aéreo, representado pelo Diskrimineringsombudsmannen (autoridade sueca responsável pela luta contra as discriminações; a seguir «Provedor»), à companhia aérea Braathens Regional Aviation AB (a seguir «Braathens»).

3. O presente processo suscita mais especificamente a questão de saber se um mecanismo processual nacional, nos termos do qual o demandado pode, aquiescendo e pagando um pedido de indemnização por discriminação, pôr termo ao litígio, sem que contudo seja constatada a existência de uma discriminação, e sem que o demandante tenha a possibilidade de fazer com que um juiz examine e constate a existência dessa discriminação, para que este último invoque plenamente os direitos que decorrem da Diretiva 2000/43, lida à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

1 Língua original: francês.

2 Diretiva do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (JO 2000, L 180, p. 22).

4. Pelas razões que exporei no seguimento das presentes conclusões, considero que há que responder de forma negativa a esta questão.

5. Este processo deve levar o Tribunal de Justiça a examinar a margem de manobra de que os Estados-Membros dispõem quando estabelecem as suas regras processuais, atendendo aos requisitos da Diretiva 2000/43, lida à luz da Carta.

6. No termo da minha análise, proporei ao Tribunal de Justiça que declare que uma pessoa que considere ter sofrido uma discriminação em razão da origem étnica deve, quando o demandado não reconheça essa discriminação, ter a possibilidade de que um juiz examine e, eventualmente, constate a existência dessa discriminação. Um mecanismo processual de resolução de litígios não pode conduzir a que este direito lhe seja negado.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

7. Os considerandos 19 e 26 da Diretiva 2000/43 enunciam:

«(19) As pessoas que tenham sido objeto de discriminação baseada na origem racial ou étnica devem dispor de meios adequados de proteção jurídica. Além disso, a fim de garantir um nível de proteção mais eficaz, devem ser cometidas às associações ou entidades jurídicas competências para, nos termos determinados pelos Estados-Membros, intervir em processos judiciais, em defesa ou apoio de qualquer vítima, sem prejuízo das normas processuais nacionais relativas à representação e defesa em tribunal.

[…]

(26) Devem ser estabelecidas pelos Estados-Membros sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, em caso de incumprimento das obrigações decorrentes da presente diretiva.»

8. Nos termos do artigo 1.º desta diretiva, com a epígrafe «Objetivo»:

«A presente diretiva tem por objetivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.»

9. O artigo 2.º da referida diretiva, com a epígrafe «Conceito de discriminação», dispõe, no seu n.º 1:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por "princípio da igualdade de tratamento" a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão da origem racial ou étnica.»

10. O artigo 7.º desta mesma diretiva, com a epígrafe «Defesa dos direitos», prevê:

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

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

3. Os n.os 1 e 2 não prejudicam as regras nacionais relativas aos prazos para a interposição de ações judiciais relacionadas com o princípio da igualdade de tratamento.»

11. O artigo8.° da Diretiva 2000/43, com a epígrafe «Ónus da prova», enuncia:

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

[…]

3. O n.º 1 não se aplica aos processos penais.

[…]»

12. O artigo 15.º desta diretiva, com a epígrafe «Sanções», dispõe:

«Os Estados-Membros determinarão os regimes das sanções aplicáveis às violações das disposições nacionais adotadas em execução da presente diretiva e adotarão as medidas necessárias para assegurar a aplicação dessas disposições. As sanções, em que se pode incluir o pagamento de indemnizações à vítima, devem ser eficazes, proporcionais e dissuasivas […]»

B. Direito sueco

13. Em conformidade com o § 4, n.º 1, do capítulo 1 da diskrimineringslagen (2008:567) (Lei contra a Discriminação), constitui nomeadamente uma discriminação a situação na qual uma pessoa se encontra numa situação de desvantagem por ser objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é conferido ou seria conferido a outra pessoa numa situação comparável, quando a diferença de tratamento esteja relacionada com o sexo, a identidade ou a expressão de género, com a pertença a uma etnia, com a religião ou com convicções religiosas, com uma deficiência, com a orientação sexual ou com a idade.

14. Nos termos do § 12 do capítulo 2 desta mesma lei, a discriminação é especialmente proibida a quem, fora da sua esfera privada ou familiar, forneça bens, preste serviços ou forneça habitação ao público.

15. O capítulo 5 da Lei contra a Discriminação prevê as sanções aplicáveis a qualquer pessoa que discrimine outrem. Estas sanções podem revestir a forma de uma indemnização, dita «indemnização por discriminação», de uma alteração e de uma anulação de contratos, bem como de outros atos jurídicos.

16. Resulta do § 1, segundo período, do capítulo 6 desta lei que os litígios relativos à aplicação do § 12 do capítulo 2 da referida lei devem ser examinados pelos órgãos jurisdicionais comuns nos termos das disposições do rättegångsbalken (1942:740) (Código de Processo Civil) relativas ao contencioso cível, em cujo âmbito é permitida a resolução extrajudicial dos litígios.

17. Nos termos do § 1 do capítulo 13 deste código, o demandante pode, desde que reunidas as condições enumeradas nesta disposição, intentar uma ação de execução que tenha por objeto o cumprimento de uma obrigação, nomeadamente a condenação do demandado no pagamento de uma quantia monetária a título da indemnização por discriminação.

18. O § 7 do capítulo 42 deste mesmo código prevê que, na audiência, o demandado deve apresentar imediatamente a sua defesa. Em alternativa, o demandado pode, nesta fase, optar por aquiescer o pedido formulado pelo demandante. Da aquiescência resulta a extinção da instância. A aquiescência pode basear-se num fundamento de direito ou de facto específico invocado pelo demandante, mas também pode não estar relacionado com os fundamentos invocados em apoio do pedido deste último.

19. Em conformidade com o § 18 deste capítulo 42 do Código de Processo Civil, após a aquiescência formulada pelo demandado, o juiz pode proferir uma decisão que assente nesta aquiescência.

20. Nos termos do § 2, primeiro período, do capítulo 13 deste código, o demandante pode intentar uma ação declarativa em cujo âmbito seja constatada a existência de uma relação jurídica específica quando haja incerteza quanto a esta relação jurídica e o prejudique.

III. Litígio no processo principal, questão prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça

21. Em julho de 2015, um passageiro de origem chilena residente em Estocolmo (Suécia) que estava a viajar num voo interno Gotemburgo-Estocolmo (a seguir «passageiro»), operado pela Braathens, foi submetido por decisão do comandante, juntamente com outro passageiro, a um controlo de segurança adicional.

22. O Provedor intentou uma ação no Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo, Suécia) em cujo âmbito pediu a condenação da Braathens no pagamento ao passageiro de uma indemnização por discriminação no montante de 10 000 coroas suecas (SEK) (cerca de 1 000 euros). Em apoio da sua ação, esta autoridade alegou que o passageiro tinha sido objeto de discriminação direta por parte da Braathens, em violação do § 12, do capítulo 2, e do § 4 do capítulo 1, da Lei contra a Discriminação. A Braathens entendera que o passageiro era árabe e muçulmano, tendo-o, por este motivo, submetido a um controlo de segurança adicional, e, por conseguinte, prejudicou-o por motivos relacionados com a aparência física e com a pertença a uma etnia, tendo-lhe concedido um tratamento menos favorável do que aquele que foi conferido a outros passageiros que se encontravam numa situação comparável.

23. Perante aquele órgão jurisdicional e atento o pedido de execução do pagamento da indemnização pedida, a Braathens aquiesceu, embora tenha contestado a existência de uma discriminação.

24. O Provedor opôs-se a que o Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo) se pronunciasse com base naquela aquiescência sem proceder ao exame do mérito da alegada discriminação. Contudo, na hipótese de aquele órgão jurisdicional decidir não examinar o mérito da causa no âmbito da ação de execução [3], o Provedor pediu, primeiro, que o referido órgão jurisdicional

3 Trata-se de uma ação cível em cujo âmbito é pedido o cumprimento da obrigação de reparar o dano causado.

proferisse uma decisão declarativa na qual constatasse que a Braathens era responsável pelo pagamento de uma indemnização por discriminação devido ao seu comportamento discriminatório ou, segundo, que, naquela decisão, o mesmo órgão jurisdicional se limitasse a constatar que o passageiro tinha sido objeto de discriminação por parte da companhia aérea.

25. O Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo) condenou a Braathens, no n.º 1 do dispositivo da sua decisão, no pagamento da quantia de 10 000 SEK ao passageiro, acrescida de juros, e, no n.º 2 deste dispositivo, no pagamento das despesas. No n.º 3 do mesmo dispositivo, O Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo) julgou inadmissíveis os pedidos, formulados pelo Provedor, de obtenção de decisão declarativa. O Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo), sublinhando que estava vinculado pela aquiescência da Braathens, considerou que os litígios, como o que estava em apreço, que tenham por objeto direitos e obrigações cíveis que estejam na livre disposição das partes devem, em caso de aquiescência pelo demandado do pedido formulado pelo demandante, ser julgados sem que se proceda ao exame do mérito.

26. O Svea hovrätt (Tribunal de Recurso de Svea, Suécia) negou provimento ao recurso interposto pelo Provedor, tendo considerado que este recurso era inadmissível relativamente aos n.os 1 e 2 do dispositivo da decisão de primeira instância, que esta decisão respeitava o direito processual civil sueco e que, tendo em conta à sua aquiescência, a posição da Braathens não era pertinente no que se referia à alegação de um comportamento discriminatório. O mesmo órgão jurisdicional negou igualmente provimento ao pedido de prolação de uma decisão declarativa, formulado em sede de recurso e que dizia respeito ao n.º 3 do referido dispositivo.

27. O Provedor interpôs recurso deste acórdão do órgão jurisdicional de segunda instância, tendo pedido ao Högsta domstolen (Supremo Tribunal) que submetesse ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial, que anulasse aquele acórdão, que revogasse a Decisão do Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo) e que remetesse o processo a este último tribunal para exame quanto ao mérito de pelo menos um dos seus pedidos destinados a obter uma decisão declarativa, além do pedido de pagamento da indemnização por discriminação. A Braathens pediu que estes pedidos fossem julgados improcedentes.

28. O órgão jurisdicional de reenvio refere que a Lei contra a Discriminação tem por objetivo combater a discriminação e promover a igualdade de direitos e oportunidades das pessoas sem distinção em função do sexo, da identidade ou da expressão de género, da pertença a uma etnia, da religião ou das convicções religiosas, de deficiências, da orientação sexual ou da idade. Esta lei, de natureza obrigatória, abrange vários domínios de atividade, aplica-se tanto ao setor público como ao setor privado, por ocasião da sua elaboração foram tomados em consideração os motivos de discriminação previstos nas Convenções das Nações Unidas e do Conselho da Europa, bem como, designadamente, os diferentes atos da União Europeia, como a Diretiva 2000/43, e visa permitir, segundo os seus trabalhos preparatórios, a aplicação de sanções gravosas e dissuasivas em caso de discriminação.

29. Este órgão jurisdicional acrescenta, no âmbito da transposição para o direito sueco da Diretiva 2000/43, designadamente do seu artigo 15.º, que as sanções previstas na referida lei que podem ser aplicadas a qualquer pessoa que exerça uma discriminação são: as sanções de indemnização, designadas de «indemnização por discriminação», assim como a sanção de alteração e a sanção de anulação de contratos, bem como de outros atos jurídicos. Em especial, aquele que violar a proibição prevista no § 12 do seu capítulo 2 é obrigado a pagar semelhante indemnização. Esta deve ser determinada de forma casuística para que constitua uma indemnização razoável para a vítima e contribua para o combate à discriminação na sociedade, de modo a garantir uma dupla função de

reparação e de prevenção [4]. O órgão jurisdicional de reenvio precisa que os litígios que tenham por objeto a aplicação deste § são da competência dos órgãos jurisdicionais comuns, que se pronunciam ao abrigo das disposições do Código de Processo Civil relativas aos processos cíveis em cujo âmbito esteja prevista a resolução extrajudicial dos litígios, uma vez que os direitos estão na livre disposição das partes.

30. O Högsta Domstolen (Supremo Tribunal) sublinha ainda certos aspetos processuais decorrentes do direito nacional. Refere que o demandado pode optar por aquiescer e pagar o pedido de indemnização do demandante, não sendo obrigado a indicar os seus motivos nem tendo de se basear num fundamento invocado pelo demandante. Tal aquiescência pode assim não estar relacionada com os motivos que fundamentaram o pedido deste último. Na prática, esta aquiescência destina-se a que seja decretada a extinção da instância sem que seja necessário prosseguir com o exame do processo. O juiz deve homologar a aquiescência sem proceder a uma apreciação real dos factos ou da questão jurídica. Por conseguinte, não é possível retirar nenhuma conclusão com um mínimo de certeza no que se refere ao mérito dos argumentos apresentados pelo demandante, relativos às circunstâncias do litígio.

31. O Högsta domstolen (Supremo Tribunal) acrescenta que a ação declarativa prevista no § 2 do capítulo 13 do Código de Processo Civil se destina a constatar a existência de uma relação jurídica entre as partes. Todavia, esta ação é facultativa. O juiz pode apreciá-la se houver uma incerteza quanto a essa relação, e se desta última resultar um dano para o demandante que, designadamente, torne mais difícil o planeamento da sua atividade económica. A apreciação de tal ação deve, por conseguinte, afigurar-se oportuna à luz dos factos, devendo o juiz ponderar, por um lado, o interesse em agir do demandante e, por outro lado, os prejuízos que o demandado pode sofrer, em razão, nomeadamente, da probabilidade de outros processos.

32. O órgão jurisdicional de reenvio refere que, no processo principal, os órgãos jurisdicionais de primeira e de segunda instância proferiram decisões de condenação da Braathens no pagamento da indemnização pedida com base na sua aquiescência, sem que a questão da existência da discriminação invocada pudesse, segundo estes órgãos jurisdicionais, ser examinada no âmbito de um processo declarativo.

33. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre este resultado atendendo às exigências do artigo 15.º da Diretiva 2000/43, em matéria de sanção das discriminações, lido à luz da obrigação que incumbe aos Estados-Membros de garantirem a qualquer pessoa o direito à ação perante um órgão jurisdicional para ser ouvida em caso de violação dos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União, em conformidade com o artigo 47.º da Carta. O órgão jurisdicional de reenvio considera que importa saber se um juiz deve poder examinar a questão da existência da discriminação se lhe for apresentado um pedido por parte da pessoa que se considera lesada e se a resposta depender do facto de o presumível autor admitir ou não a respetiva existência.

4 O Governo sueco, o Provedor e a Braathens precisaram que, em conformidade com a jurisprudência do Högsta domstolen (Supremo Tribunal), a indemnização está dividida em duas partes, a saber, uma indemnização a título de reparação e uma majoração a título de prevenção. A indemnização de reparação deve corresponder a uma quantia que seja considerada necessária para reparar a discriminação. O seu montante não é limitado. A majoração a título de prevenção é, em princípio, equivalente à indemnização de reparação, pelo que conduz à duplicação desta última.

34. Nestas condições, o Högsta domstolen (Supremo Tribunal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Num processo relativo à violação de uma proibição prevista na [Diretiva 2000/43], em que o lesado apresenta um pedido de indemnização por discriminação, deve um Estado-Membro, se assim lhe for requerido pelo lesado, apreciar sempre se houve discriminação — e, se necessário, concluir que houve efetivamente discriminação — independentemente de a pessoa acusada de discriminação ter ou não admitido que essa discriminação ocorreu, para que se considere preenchido o requisito de sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, previsto no artigo 15.º [dessa diretiva]?»

35. Foram apresentadas observações escritas pelo Provedor, pela Braathens, pelos Governos sueco e finlandês e pela Comissão Europeia. Com exceção do Governo finlandês, estas partes e os interessados estiveram representados na audiência de alegações realizada em 11 de fevereiro de 2020.

IV. Análise

A. Observações preliminares

36. Através da ação que intentou em nome do passageiro, o Provedor pede que a Braathens seja condenada a pagar ao passageiro uma indemnização por discriminação. Um aspeto importante desta ação consiste no facto de através desta ação não se pretender simplesmente o pagamento de uma quantia monetária, pretendendo-se também que a Braathens reconheça que esta quantia é paga *em razão* de uma discriminação ou, em alternativa, que o juiz declare que houve uma violação do direito à igualdade de tratamento do passageiro.

37. Ora, a Braathens recusa reconhecer uma qualquer discriminação. Declarou-se pronta a pagar e, com efeito, pagou a indemnização pedida, mas unicamente para mostrar «a sua boa vontade» e evitar um processo eventualmente longo e dispendioso que a obrigasse a defender-se da alegação de discriminação.

38. Não obstante esta recusa em reconhecer a existência de uma discriminação, os juízes da primeira e da segunda instância, em conformidade com as regras processuais nacionais, declararam que, ao aquiescer pagar o pedido apresentado pelo Provedor, no âmbito de uma ação que se considera estar limitada ao pedido de indemnização, foi posto termo ao litígio, embora o Provedor também tenha pedido que fosse constatada a existência de uma discriminação. Por conseguinte, estes juízes ordenaram o pagamento da indemnização, mas julgaram improcedentes os pedidos do Provedor de constatação da violação do direito à igualdade de tratamento do passageiro.

39. Sublinho que resulta das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça que uma ação declarativa destinada a obter semelhante constatação é facultativa [5] e não é «habitual» em casos de litígios em matéria de discriminação [6]. Neste tipo de litígios, podendo a indemnização por discriminação, em princípio, ser determinada diretamente, a ação declarativa, que implica frequentemente um processo em duas fases respeitante, primeiro, à constatação da discriminação e, em seguida, a determinação do

5 V. n.º 31 das presentes conclusões.

6 Nas suas observações escritas, o Provedor indica que formulou os seus pedidos sabendo perfeitamente que, em princípio, não seriam admitidos devido às regras processuais nacionais. Resulta igualmente dos debates realizados na audiência no Tribunal de Justiça que, tanto quanto é do conhecimento das partes no processo principal e do Governo sueco, o Högsta domstolen (Supremo Tribunal) nunca se pronunciou sobre a possibilidade de obter uma decisão declarativa no âmbito de uma ação de indemnização por discriminação não foi objeto de nenhuma Decisão do Högsta domstolen (Supremo Tribunal).

montante da indemnização, é geralmente considerada inoportuna [7] e, por conseguinte, inadmissível. Só é considerada oportuna se, por exemplo, a extensão do dano material ou moral não puder ser determinada no momento em que a ação é intentada e esta não puder ser diferida por razões relacionadas com o prazo de prescrição [8].

40. Em resumo, nos termos do direito sueco, conforme interpretado pelos juízes da primeira e da segunda instância no processo principal, uma pessoa que considere ser vítima de discriminação em razão da origem racial ou étnica, na aceção do artigo 2.º desta diretiva, não pode, na prática, obter em juízo, exceção feita à indemnização, a constatação da existência em si mesma desta discriminação quando o presumível autor desta discriminação aceite pagar a indemnização pedida, embora conteste a existência de uma qualquer discriminação. A questão central que se coloca no presente processo é a de saber se um mecanismo processual de extinção da instância, como a aquiescência, pode conduzir a semelhante resultado sem violar as exigências constantes da Diretiva 2000/43.

41. Sublinho que o recurso que o Provedor interpôs no órgão jurisdicional de reenvio tem unicamente por objeto uma situação na qual uma pessoa que considere ser vítima de uma discriminação recebe uma indemnização do demandado *sem* que este *reconheça* que teve um comportamento discriminatório. O recurso não tem por objeto a situação na qual o demandado reconhece a existência de tal discriminação. Nesta última hipótese, o Provedor considera que, se o recorrente tiver obtido vencimento no que se refere à totalidade dos seus pedidos, os órgãos jurisdicionais nacionais já não são obrigados a examinar se ocorreu efetivamente uma discriminação, e não seria nesse caso útil interrogar o Tribunal de Justiça sobre esta questão.

42. Atendendo ao âmbito do litígio no processo principal, considero que há que examinar a questão prejudicial unicamente na perspetiva do não reconhecimento da existência de uma discriminação por parte do seu presumível autor.

43. Para poder apreciar a margem de manobra de que os Estados-Membros dispõem no plano processual, para aplicar a Diretiva 2000/43, há que examinar as exigências desta última.

B. Exigências da Diretiva 2000/43

44. Como resulta do seu preâmbulo, a Diretiva 2000/43 visa proteger todas as pessoas singulares contra as discriminações em razão da origem racial ou étnica e, desta forma, assegurar o respeito de um direito fundamental da pessoa humana. A Diretiva 2000/43 concretiza assim, no domínio por si abrangido, o princípio geral da não discriminação que passou a estar consagrado no artigo 21.º da Carta [9]. Como resulta do considerando 12 e do artigo 3.º desta diretiva, este direito estende-se aos

7 V. n.º 31 das presentes conclusões.

8 O Provedor apresenta dois exemplos de processos em que o demandante, por considerar ter sofrido um dano moral, tentou em vão obter uma decisão declarativa ou fazer com que o mérito da sua ação fosse examinado. No *primeiro processo*, o demandante tinha pedido que fosse reconhecida a responsabilidade extracontratual do Estado, por violação dos direitos de um cidadão em matéria de proteção de dados pessoais, conforme garantida pelo direito da União. O juiz chamado a pronunciar-se considerou que, por se tratar de um *dano moral*, a *ação declarativa não era oportuna*, e convidou o ora recorrente a apresentar um pedido de execução a título de indemnização desse dano [Decisão do Svea hovrätt (Tribunal de Recurso de Svea), de 10 de janeiro de 2008, no processo Ö 9152-07, J.S. c. staten genom Justitiekanslern]. O *segundo processo* tinha por objeto um caso de assédio sexual que opunha um estudante a um professor de uma universidade do setor público. Depois de, num primeiro momento, ter contestado a *ação de execução* em que era pedido o pagamento de uma indemnização, o Estado optou por aquiescer, embora apenas de forma abstrata, ao pedido apresentado pelo Provedor em nome do estudante, pedindo que o juiz mencionasse expressamente que o Estado não reconhecia o alegado assédio. Embora o Provedor tenha indicado que o principal interesse do estudante não era um interesse económico, *não conseguiu que o juiz examinasse o mérito* da alegação segundo a qual o estudante tinha sido vítima de assédio. Foi indeferido um requerimento de apresentação de um pedido de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça e foi proferida decisão em primeira instância sem que o estudante, que se considerou ter obtido ganho de causa, tenha podido interpor recurso [Acórdão do Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo), de 5 de outubro de 2017, Diskrimineringsombudsmannen mot staten genom Justitiekanslern (T 16908-15)].

9 V., por analogia, no que respeita à Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO 2000, L 303, p. 16), Acórdão de 23 de abril de 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, n.º 38).

mais variados domínios da sociedade. Neste contexto, os artigos 7.º e 15.º da referida diretiva, relativos às vias de recurso e às sanções aplicáveis, desempenham um papel central para assegurar o respeito do direito à igualdade de tratamento ao exigirem aos Estados-Membros que prevejam meios adequados de proteção jurídica [10] a favor das vítimas de tais discriminações.

45. O artigo 7.º da Diretiva 2000/43 impõe aos Estados-Membros que prevejam procedimentos judiciais ou administrativos para que as pessoas que se considerem lesadas pela não aplicação, no que lhes diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento para exigirem o cumprimento das obrigações impostas por esta diretiva.

46. Nos termos do artigo 15.º da referida diretiva, os Estados-Membros devem prever sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, em que se pode incluir o pagamento de indemnizações à vítima.

47. Essas duas disposições estão ligadas entre si, como resulta do Acórdão doutrinário von Colson e Kamann [11], relativo à interpretação da Diretiva 76/207/CEE [12] consagrada à proibição de discriminação entre homens e mulheres. Este acórdão interpreta, mais especificamente, o artigo 6.º desta diretiva, relativo ao direito de as pessoas vítimas de discriminação fazerem valer os seus direitos, cujos termos são próximos dos utilizados no artigo 7.º da Diretiva 2000/43.

48. Naquele acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que os Estados-Membros devem, por força do artigo 6.º da Diretiva 76/207, introduzir na respetiva ordem jurídica as medidas necessárias para permitir que qualquer pessoa que se considere lesada por uma discriminação faça valer judicialmente os seus direitos, precisando que estas medidas devem ser suficientemente *eficazes* para atingirem o objetivo da diretiva e poderem ser invocadas de maneira *efetiva* perante os tribunais nacionais pelas pessoas interessadas. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça indicou que de entre essas medidas podem constar disposições que assegurem uma indemnização pecuniária adequada, e sejam reforçadas, sendo caso disso, por um sistema de coimas [13].

49. O Tribunal de Justiça acrescentou que a sanção deve, além disso, produzir relativamente ao autor da discriminação um *efeito dissuasivo real* [14].

50. O legislador da União tomou em consideração aquele acórdão e a jurisprudência que lhe sucedeu nas novas diretivas adotadas em matéria de igualdade de tratamento [15], entre as quais a Diretiva 2000/43.

51. Assim, por uma questão de clareza, o legislador da União passou a prever não apenas uma única disposição, mas duas disposições distintas, neste caso os artigos 7.º e 15.º da Diretiva 2000/43. Estas têm por objeto, respetivamente, a «defesa dos direitos», incluindo os processos judiciais ou administrativos, e as «sanções» [16].

10 V. considerando 19 da Diretiva 2000/43.

11 Acórdão de 10 de abril de 1984 (14/83, EU:C:1984:153).

12 Diretiva do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO 1976, L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

13 Acórdão de 10 de abril de 1984, von Colson e Kamann (14/83, EU:C:1984:153, n.º 18).

14 Acórdão de 10 de abril de 1984, von Colson e Kamann (14/83, EU:C:1984:153, n.º 23).

15 V. Diretiva 2000/78; Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (JO 2004, L 373, p. 37); Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (JO 2006, L 204, p. 23); e Diretiva 2010/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente e que revoga a Diretiva 86/613/CEE do Conselho (JO 2010, L 180, p. 1).

16 Estas disposições figuram, respetivamente, nos artigos 9.º e 17.º da Diretiva 2000/78, nos artigos 8.º e 14.º da Diretiva 2004/113, nos artigos 17.º, 18.º e 25.º da Diretiva 2006/54, bem como nos artigos 9.º e 10.º da Diretiva 2010/41. Embora haja algumas diferenças de uma diretiva para a outra entre os termos utilizados, estas não são significativas no âmbito da presente análise.

52. Na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça precisou as características destes conceitos. Noto que os mesmos termos de eficácia e de efetividade são utilizados para qualificar tanto a defesa dos direitos [17] como as sanções [18].

53. No que respeita à defesa dos direitos, o Tribunal de Justiça refere-se, em geral, ao direito a uma proteção jurisdicional efetiva [19].

54. O Tribunal de Justiça interpretou uma disposição redigida em termos idênticos ao artigo 7.º da Diretiva 2000/43, a saber, o artigo 9.º da Diretiva 2000/78 [20]. Declarou que este artigo 9.º prevê um direito a ação, à semelhança do que está consagrado no artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta [21]. Nos termos desta última disposição, toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal.

55. Sublinho que, embora se trate de um direito fundamental consagrado no direito primário, que qualquer pessoa pode invocar, o legislador da União considerou necessário reafirmá-lo tanto na Diretiva 2000/43 como nas outras diretivas em matéria de igualdade de tratamento, prevendo que este direito fundamental deve ser implementado através de vias processuais. Estas últimas refletem as vias de recurso que cabe aos Estados-Membros prever nos termos do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, para assegurar uma proteção jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.

56. O Tribunal de Justiça declarou assim no Acórdão Leitner [22] que o respeito pelo princípio da igualdade exige, no que diz respeito às pessoas que tenham sido vítimas de discriminação, no caso então em apreço em razão da idade, «que seja *garantida* uma proteção jurisdicional efetiva do seu direito à igualdade de tratamento» [23].

57. Daqui resulta que uma pessoa que considere ser vítima de discriminação em razão da origem étnica deve poder, nos termos do artigo 7.º da Diretiva 2000/43, invocar perante um juiz o seu direito à igualdade de tratamento para que este examine se houve discriminação e imponha o respeito do seu direito [24].

58. O legislador reforçou ainda mais a proteção jurisdicional da pessoa que considere ser vítima de discriminação, facilitando-lhe a produção da prova. Assim, o artigo 8.º da Diretiva 2000/43 prevê que quando uma pessoa que se considere vítima de discriminação apresentar elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação, incumbe à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

17 V. Acórdãos de 8 de novembro de 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, n.º 23); de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, EU:C:1993:335, n.ºs 22 e 24); de 22 de abril de 1997, Draehmpaehl (C-180/95, EU:C:1997:208, n.º 39); de 10 de julho de 2008, Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397, n.º 37); de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 63); e de 17 de dezembro de 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, n.º 31).

18 V. Acórdãos de 2 de outubro de 1993, Marshall (C-271/91, EU:C:1993:335, n.º 22); de 22 de abril de 1997, Draehmpaehl (C-180/95, EU:C:1997:208, n.º 25); de 10 de julho de 2008, Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397, n.º 38); e de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 73).

19 V., no que respeita à Diretiva 2000/43, Acórdão de 10 de julho de 2008, Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397, n.º 37).

20 Acórdão de 8 de maio de 2019, Leitner (C-396/17, EU:C:2019:375).

21 V., neste sentido, Acórdão de 8 de maio de 2019, Leitner (C-396/17, EU:C:2019:375, n.º 61).

22 Acórdão de 8 de maio de 2019 (C-396/17, EU:C:2019:375, n.º 62).

23 O sublinhado é meu.

24 O direito de acesso à justiça para invocar o direito à igualdade de tratamento está exposto na Proposta de diretiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de raça ou origem étnica [COM (1999) 566 final]. Corresponde a jurisprudência constante sobre o direito à ação; v., em último lugar, Acórdão de 26 de março de 2020, Reapreciação Simpson e HG/Conselho e Comissão (C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, n.º 55).

59. No que respeita às sanções previstas no artigo 15.º da Diretiva 2000/43, o Tribunal de Justiça sublinhou, a respeito de disposições análogas, que os Estados-Membros devem, em primeiro lugar, assegurar-se de que a vítima possa obter a *reparação integral* [25] do prejuízo sofrido. Por conseguinte, esta indemnização não pode ser limitada [26].

60. As sanções devem, em segundo lugar, produzir um efeito realmente *dissuasivo* [27]. Por conseguinte, não podem ser puramente simbólicas [28] e devem ser adequadas à gravidade das violações [29], embora respeitando o princípio da proporcionalidade [30]. Considera-se que medidas de publicidade são suscetíveis de desempenhar um papel dissuasivo [31]. As sanções também podem assumir uma função punitiva [32].

61. Sublinho que, embora a proteção jurisdicional e as sanções devam ser eficazes e efetivas, os Estados-Membros são, em contrapartida, livres de escolher as medidas que se lhes afigurem adequadas, desde que lhes permitam atingir os resultados pretendidos pelo direito da União [33].

62. No presente processo, é precisamente o alcance desta liberdade de escolha que está em causa no que se refere às obrigações impostas pelo legislador da União na Diretiva 2000/43.

63. Resulta das explicações do órgão jurisdicional de reenvio que um regime de sanções como o que está em causa no processo principal visa, por um lado, reparar o dano sofrido pela vítima e, por outro, punir o autor da discriminação, dissuadindo-o de no futuro se comportar de forma discriminatória. Além disso, está prevista uma via de recurso, a ação de execução, para a aplicação dessas sanções.

64. A Braathens, o Governo sueco e a Comissão deduzem daqui que semelhante sistema de sanções e de vias de recurso, que inclui um mecanismo processual de extinção da instância, que a aquiescência constitui, preenche os requisitos previstos na Diretiva 2000/43.

65. À semelhança do Provedor, considero, pela minha parte, contrariamente à Braathens, ao Governo sueco e à Comissão, que não é assim.

25 V. Acórdãos de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, EU:C:1993:335, n.os 26, 31 e 34), e de 17 de dezembro de 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, n.os 33 e 37).

26 V. Acórdão de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, EU:C:1993:335, n.os 30 e 32).

27 V. Acórdãos de 8 de novembro de 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, n.º 23); de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, EU:C:1993:335, n.º 24); de 22 de abril de 1997, Draehmpaehl (C-180/95, EU:C:1997:208, n.º 40); de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 63); e de 17 de dezembro de 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, n.º 31). Noto que esta dupla função da sanção está, ela própria, refletida em duas disposições distintas da Diretiva 2006/54, a saber, nos artigos 18.º e 25.º, com a epígrafe, respetivamente, «Indemnização ou reparação» e «Sanções». O termo «sanção» passou, assim, a estar reservado unicamente para as medidas que têm uma função dissuasiva.

28 V. Acórdão de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 64).

29 V. Acórdão de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 63).

30 V. Acórdão de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 63).

31 V. Acórdão de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 68).

32 V. Acórdão de 17 de dezembro de 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, n.º 40).

33 V. Acórdãos de 8 de novembro de 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, n.º 26); de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, EU:C:1993:335, n.º 23); de 10 de julho de 2008, Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397, n.º 37); de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 61); e de 17 de dezembro de 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, n.º 30).

C. Consequências sobre a autonomia processual decorrentes da Diretiva 2000/43

66. Recordo que segundo o princípio da autonomia processual e por força de jurisprudência constante, na falta de regulamentação da União para garantir a proteção jurisdicional dos direitos que decorrem para os cidadãos do direito da União, cabe ao ordenamento jurídico de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a proteção desses direitos [34].

67. Esta liberdade dos Estados-Membros está sujeita aos princípios da equivalência e da efetividade, a saber, no que se refere ao primeiro, à obrigação de garantir que aquelas modalidades processuais não sejam menos favoráveis do que as que dizem respeito a ações judiciais semelhantes de natureza interna e, no que se refere ao segundo, à obrigação de essas modalidades não tornarem impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União.

68. O Tribunal de Justiça foi progressivamente levado, em numerosos processos, a aplicar outro critério, o da proteção jurisdicional efetiva, que passou a estar consagrada no artigo 47.º da Carta [35]. Este critério consiste em examinar se o direito interno em causa garante uma proteção jurisdicional efetiva, permitindo que o interessado invoque perante um juiz os direitos que o direito da União lhe confere. Este último critério é considerado mais estrito. Só admite limitações nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, a saber, que esta limitação esteja prevista na lei, que respeite o conteúdo essencial dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta bem como o princípio da proporcionalidade.

69. Um e/ou outro critério serão normalmente aplicados consoante as regras examinadas ponham ou não em causa o direito a uma proteção jurisdicional efetiva na aceção do artigo 47.º da Carta [36].

70. Na medida em que o presente processo tem por objeto regras de direito derivado em matéria de sanções e de vias de recurso que visam garantir uma proteção jurisdicional efetiva, é o critério da proteção jurisdicional efetiva que, na minha opinião, se deve aplicar.

71. Considero, no entanto, que neste caso não há que colocar os dois critérios frente a frente, uma vez que o conceito de «efetividade» no âmbito do princípio da autonomia processual vai ao encontro do de «proteção jurisdicional efetiva».

72. Os Estados-Membros são, por conseguinte, livres de adotar as regras processuais que se lhes afigurem adequadas, sob reserva das exigências decorrentes da Diretiva 2000/43.

73. Observo, a este respeito, que os artigos 7.º, 8.º e 15.º da Diretiva 2000/43, lidos à luz do artigo 47.º da Carta, contêm disposições explícitas ou implícitas em matéria regulamentar.

74. Em primeiro lugar, em conformidade com o disposto nos artigos 7.º e 15.º desta diretiva, os Estados-Membros devem prever vias de recurso e medidas reparadoras e sancionatórias que permitam garantir uma proteção jurisdicional efetiva. Em segundo lugar, o artigo 8.º da referida diretiva prevê expressamente uma regra processual em matéria de ónus da prova.

34 V., designadamente, Acórdãos de 16 de dezembro de 1976, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188), e de 13 de março de 2007, Unibet (C-432/05, a seguir «Acórdão Unibet», EU:C:2007:163, n.º 39).

35 V., designadamente, Acórdãos de 15 de setembro de 2016, Star Storage e o. (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688), e de 8 de novembro de 2016, Lesoochranárske zoskupenie VLK (C-243/15, EU:C:2016:838).

36 A título exemplificativo, v., *em primeiro lugar*, quanto à aplicação exclusiva do critério da autonomia processual, Acórdãos de 27 de fevereiro de 2003, Santex (C-327/00, EU:C:2003:109), e de 6 de outubro de 2015, Târşia (C-69/14, EU:C:2015:662); *em segundo lugar*, quanto à aplicação exclusiva do critério da proteção jurisdicional efetiva, Acórdãos de 15 de setembro de 2016, Star Storage e o. (C-439/14 e C-488/14, EU:C:2016:688), e de 8 de novembro de 2016, Lesoochranárske zoskupenie VLK (C-243/15, EU:C:2016:838); e, *em terceiro lugar*, quanto à aplicação dos dois critérios, Acórdão de 18 de março de 2010, Alassini e o. (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146).

75. Examinarei em seguida as consequências práticas que daqui decorrem para as medidas adotadas pelos Estados-Membros ao abrigo desta diretiva em matéria de sanções (secção 1), de vias de recurso (secção 2) bem como, de forma mais geral, para a sua faculdade de prever mecanismos destinados a facilitar a resolução de litígios, baseados no princípio dispositivo (secção 3).

1. Quanto à «livre» determinação pelos Estados-Membros das medidas sancionatórias

76. Resulta da jurisprudência constante à qual se fez referência na nota de rodapé n.º 33 das presentes conclusões que os Estados-Membros gozam de uma margem de manobra para escolherem as sanções que considerem ser adequadas. No que respeita à Diretiva 2000/43, o Tribunal de Justiça declarou no Acórdão Feryn [37] que esta não impõe sanções específicas, antes deixando aos Estados-Membros a liberdade de escolherem de entre as diferentes soluções suscetíveis de realizar o objetivo por aquela estabelecido.

77. Naquele acórdão, que dizia respeito a uma discriminação no âmbito da seleção dos candidatos com vista a um recrutamento, o Tribunal de Justiça precisou, no n.º 39, que as sanções podem consistir na constatação da discriminação pelo órgão jurisdicional ou pela autoridade administrativa competente, acompanhada do grau de publicidade adequado, na intimação dirigida à entidade patronal para pôr fim à prática discriminatória constatada, acompanhada, quando necessário, de uma sanção pecuniária compulsória ou ainda na concessão de uma indemnização ao organismo que instaurou o processo [38].

78. Daqui resulta que um Estado-Membro pode prever nomeadamente o pagamento de uma indemnização a título de sanção e que a declaração da discriminação é apenas uma das possibilidades de sanção que lhe são conferidas.

79. Todavia, resulta daquele acórdão que a sanção aplicada tem de estar estreitamente relacionada com a existência de uma discriminação [39]. O referido acórdão não pode ser interpretado no sentido de que uma indemnização pode constituir uma sanção efetiva na aceção do artigo 15.º da Diretiva 2000/43 sem que uma violação do direito à igualdade de tratamento seja reconhecida pelo presumível autor da discriminação ou seja constatada por uma autoridade administrativa ou judicial.

80. Considero que a inexistência de relação entre o pagamento de uma indemnização e uma violação do direito à igualdade de tratamento através do reconhecimento ou da constatação desta última prejudicaria tanto a função reparadora como a função dissuasiva da sanção.

a) Quanto à função reparadora da sanção

81. O Tribunal de Justiça declarou no Acórdão Marshall que a reparação pecuniária pode ser a medida escolhida para restabelecer a igualdade de tratamento, no caso então em apreço, entre homens e mulheres, tendo sublinhado que tal reparação deve ser adequada face ao dano sofrido [40].

82. Mas de que forma poderá haver reparação *do* dano sofrido se este não for reconhecido nem constatado?

37 Acórdão de 10 de julho de 2008 (C-54/07, EU:C:2008:397, n.º 37).

38 Acórdão de 10 de julho de 2008, Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397).

39 A relação estreita entre o direito e a medida reparadora é sublinhada por van Gerven, W., no seu artigo «Of rights, remedies and procedures», *CMLRev*, 2000, vol. 37, p. 525: «The close link between right and remedy lies in the fact that a right must necessarily give rise to a remedy which allows the right to be enforced through the judicial process».

40 V., neste sentido, Acórdão de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, EU:C:1993:335, n.ºs 30 e 34).

83. Esta questão coloca-se de forma mais específica quando esteja em causa um dano moral, como sucede no presente caso. Afigura-se que o pagamento de um montante pecuniário não é, em geral, suficiente, por si só, para reparar o dano sofrido. Como o Provedor alega, o principal interesse do passageiro e da maioria das vítimas de discriminação por si representadas não é económico.

84. Ora, se o demandado paga a quantia pedida embora recuse reconhecer a existência de um dano, é certo que a vítima recebe uma quantia monetária, mas uma vez que esta não está relacionada com o dano sofrido, esta quantia está dissociada da realidade vivida pela vítima. Se o juiz, contra a vontade do demandante, menciona na sua decisão que a discriminação não é reconhecida [41] e não se exprime, ele próprio, sobre a realidade ou não da discriminação alegada, esta não tem existência jurídica.

85. A necessidade de estabelecer uma relação entre a medida sancionatória, no caso em apreço uma indemnização, e a existência de uma discriminação é corroborada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»).

86. Recordo que, em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, da Carta, na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos pela referida Convenção.

87. Ora, o direito a uma proteção jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 47.º da Carta, reflete os direitos enunciados nos artigos 6.º e 13.º da CEDH relativos, respetivamente, ao direito a um processo equitativo e ao direito a um recurso efetivo [42]. Por outro lado, o direito à igualdade de tratamento sem distinção de origem racial ou étnica, que a Diretiva 2000/43 visa proteger e que se encontra consagrado no artigo 21.º da Carta, reflete o disposto no artigo 14.º da CEDH [43]. Por conseguinte, a referência à jurisprudência do TEDH é pertinente neste domínio.

88. O TEDH considerou que uma pessoa que considere ser «vítima», na aceção do artigo 34.º [44] da CEDH, de uma discriminação e que peça a respetiva reparação sob a forma de uma indemnização só perde o seu estatuto de vítima se estiverem preenchidas duas condições. Deve não apenas receber a indemnização pedida, como as autoridades nacionais devem também ter reconhecido a violação alegada da CEDH [45].

89. Considero que esta jurisprudência é pertinente quando estejam em causa vítimas de discriminação na aceção da Diretiva 2000/43. O conceito de «pessoa que se considere lesada» no âmbito desta diretiva corresponde ao de «[pessoa] que se considere vítima» de uma discriminação na aceção da CEDH [46].

90. Se transpusermos esta jurisprudência do TEDH para o âmbito de um processo como o que está em causa no processo principal, isto implica que, para obter a reparação efetiva do prejuízo sofrido, essa pessoa deve poder pedir a um juiz que constate que foi vítima de discriminação. Esta jurisprudência demonstra, por conseguinte, a importância de constatar a existência de uma relação entre a indemnização paga à pessoa que considera ter sido lesada por não ter sido respeitado, em relação a si, o princípio da igualdade de tratamento e a violação do seu direito à igualdade de tratamento.

41 A decisão de primeira instância contém, no presente caso, semelhante menção.

42 V. Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO 2007, C 303, p. 17) respeitantes ao artigo 47.º desta.

43 V. Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO 2007, C 303, p. 17) respeitantes ao artigo 21.º desta.

44 Nos termos do artigo 34.º da CEDH, o TEDH pode receber petições de qualquer pessoa singular que se considere vítima de violação por qualquer «Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos».

45 V., designadamente, Decisão TEDH, 25 de novembro de 2004, Nardone c. Itália (CE:ECHR:2004:1125DEC003436802, § 1 da parte «O Direito»), e Acórdão TEDH, 7 de junho de 2012, Centro Europa 7.S.R.L e Di Stefano c. Itália (CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, §81 e jurisprudência referida, bem como §87 e 88).

46 Noto que tanto o considerando 24 da Diretiva 2000/43 como os seus trabalhos preparatórios empregam o termo «vítima».

91. Não pode proceder a posição do Governo sueco e da Braathens segundo a qual a jurisprudência do TEDH não é pertinente no âmbito de um litígio entre duas pessoas privadas, no caso em apreço uma sociedade privada e um particular, uma vez que apenas diz respeito às relações entre o Estado e um particular.

92. Com efeito, por um lado, os ensinamentos resultantes da jurisprudência do TEDH relativa à proibição de violações dos direitos fundamentais também se podem aplicar às relações entre particulares através da doutrina das «obrigações positivas» que esta Convenção impõe aos Estados Contratantes — em especial, a obrigação positiva de garantir que um particular não seja discriminado por outro particular no exercício dos direitos previstos na referida Convenção [47]. Por outro lado, em todo o caso, as limitações previstas na CEDH a respeito do âmbito de aplicação de um direito previsto nesta Convenção [48] não se podem aplicar aos direitos equivalentes que figuram na Carta, se estes não previrem essa limitação. Aliás, o Tribunal de Justiça interpretou os artigos 21.º e 47.º da Carta em numerosos litígios entre particulares [49].

93. Daqui resulta que, no caso de um litígio relativo a uma discriminação em razão da origem étnica, um demandante como o passageiro deve poder ter direito a que seja constatado que a indemnização pedida a uma sociedade privada, como a companhia aérea em causa no processo principal, tem origem nessa discriminação. Se esta última aquiescer pagar o pedido de indemnização sem reconhecer a discriminação, o demandante que se considerar lesado deve poder pedir ao juiz que verifique a existência de discriminação.

94. A relação entre a indemnização e a existência de uma discriminação através do reconhecimento ou da constatação desta última é importante não apenas para que a vítima possa obter uma reparação adequada, mas também para que a sanção possa assumir a sua segunda função, a saber, a sua função dissuasiva, em conformidade com o disposto no artigo 15.º da Diretiva 2000/43.

b) Quanto à função dissuasiva da sanção

95. Há que aplicar considerações análogas às que desenvolvi na secção a), relativas à necessidade de uma relação entre a sanção e o direito que foi violado, através do reconhecimento ou da constatação desta violação, para garantir que a sanção desempenha a sua função de dissuasão tanto em relação ao demandado como em relação a outros autores de discriminações semelhantes,

96. Com efeito, de que forma pode o pagamento de uma quantia ter um efeito suficientemente dissuasivo relativamente ao demandado, incentivando-o a não reproduzir o seu comportamento discriminatório e prevenindo assim novas discriminações da sua parte ou por parte de outras pessoas, se este não reconhece que teve semelhante comportamento e se o juiz não constatar a existência de uma discriminação?

47 V., neste sentido, Acórdão TEDH, 12 de abril de 2016, R.B. c. Hungria (CE:ECHR:2016:0412JUD006460212, § 81).

48 Recordo, por exemplo, que o princípio da proibição de discriminação previsto no artigo 14.º da CEDH só se aplica quando conjugado com um dos outros direitos e liberdades reconhecidos por esta Convenção. Por outro lado, em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, segunda frase, da Carta, nada impede o direito da União de prever direitos mais amplos.

49 Embora não sugira ao Tribunal de Justiça que aplique diretamente os artigos 21.º e 47.º da Carta, mas que interprete a Diretiva 2000/43 à luz destes artigos, sublinho que o Tribunal de Justiça declarou que estes têm um efeito direto horizontal, pelo que se podem prestar a semelhante aplicação direta num litígio entre duas pessoas privadas. V. Acórdãos de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, n.º 76), e de 22 de janeiro de 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, n.º 76).

97. O Governo finlandês sustenta que o autor da discriminação toma consciência do seu ato quando paga uma indemnização majorada, ficando assim dissuadido de reproduzir no futuro um comportamento discriminatório idêntico. No entanto, é precisamente esta tomada de consciência que não se verifica quando, como no caso em apreço, a parte demandada recusa reconhecer que houve uma discriminação e o montante pedido não tem sobre si um impacto económico vincado [50].

98. Se a sanção não estiver claramente associada a um comportamento discriminatório, há que constatar que o efeito dissuasivo será fortemente atenuado. O autor da discriminação poderá ser tentado a ignorá-lo no futuro e a reproduzir comportamentos idênticos, uma vez que não terá sido punido «por» discriminação.

99. Se, no âmbito de uma ação de indemnização, o demandado pudesse, através do pagamento da indemnização, abster-se de reconhecer a existência de uma discriminação e se esta não pudesse ser constatada por um juiz, as medidas impostas pela Diretiva 2000/43 ficariam amplamente desprovidas do seu efeito útil e não permitiriam combater de maneira efetiva as discriminações porque estas poderiam ser ignoradas.

100. Nesse caso, o demandado poderia, de certo modo, «comprar» o seu comportamento discriminatório, uma vez que este não seria reconhecido nem constatado.

101. Pelo contrário, o reconhecimento ou a constatação de uma violação do direito fundamental à igualdade de tratamento são suscetíveis de incitar este último a não reproduzir no futuro os mesmos comportamentos discriminatórios. O efeito dissuasivo poderá ainda ser reforçado através de uma comunicação, ou inclusivamente através de publicidade, a este respeito.

102. Por conseguinte, convido o Tribunal de Justiça a declarar que deve existir uma relação entre a sanção e a existência de uma discriminação, seja através do reconhecimento da discriminação pelo seu autor, seja através da constatação desta efetuada por uma autoridade judicial ou administrativa, para que a sanção possa assumir plenamente as suas funções reparadoras e dissuasivas em conformidade com o disposto nos artigos 7.º e 15.º da Diretiva 2000/43.

2. Quanto à «livre» determinação das vias de recurso

103. As considerações precedentes sobre o reconhecimento ou a constatação de uma discriminação também são pertinentes no que respeita à verificação da existência de vias de recurso eficazes e efetivas nos termos do artigo 7.º da Diretiva 2000/43. Com efeito, são duas faces do mesmo problema, uma vez que uma violação do dever de prever sanções efetivas se traduz num dano que afeta a efetividade das vias de recurso.

104. Como indiquei no n.º 71 das presentes conclusões, o conceito de «efetividade» junta-se aqui ao conceito de «proteção jurisdicional efetiva».

105. Embora os Estados-Membros disponham, em princípio, de liberdade de escolha das vias de recurso e das modalidades processuais a que estas estão sujeitas, tal sucede sob reserva de não violarem o direito a uma proteção jurisdicional efetiva previsto no artigo 7.º da Diretiva 2000/43, lido à luz do artigo 47.º da Carta.

50 Sem me pronunciar sobre o caráter adequado do nível da sanção, noto que a própria Braathens sublinhou o caráter muito reduzido do montante da indemnização pedida.

106. Segundo a Braathens, resulta do Acórdão Unibet que os Estados-Membros não estão obrigados a prever uma via de recurso autónoma para que seja verificada a conformidade do direito nacional com o direito da União. Daqui, a Braathens deduz que uma via de recurso, como a ação de execução prevista no direito processual sueco, e as modalidades processuais que lhe estão associadas, como no caso em apreço o mecanismo de aquiescência, são conformes com o direito da União.

107. A este respeito, recordo que é certo que o direito da União não pretendeu criar vias de recurso diferentes das previstas no direito nacional. Todavia, resulta daquele acórdão que esta consideração se aplica na condição de existirem vias de recurso nos termos do direito nacional, nem que seja a título incidental, para assegurar o respeito dos direitos de que os cidadãos gozam e que têm origem no direito da União [51].

108. Ora, resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que se o demandado aquiescer ao pedido de indemnização apresentado pelo demandante, embora negue ter tido um comportamento discriminatório, este último fica, na prática, privado da faculdade de fazer com que um juiz examine, ou inclusivamente que este constate, a existência de uma discriminação, ainda que a título incidental.

109. Cabe, evidentemente, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se é efetivamente esse o efeito do direito nacional. Noto, de qualquer modo, que, segundo as explicações dadas por este órgão jurisdicional no seu pedido de decisão prejudicial, a ação declarativa destinada a constatar a existência de uma discriminação é facultativa e está nas mãos do juiz que decide da sua oportunidade, pelo que a pessoa que se considere lesada não dispõe de um *direito* [52] de fazer com que seja examinada e, se for caso disso, constatada a existência de uma discriminação.

110. Há que constatar que tal situação não confere à pessoa que se considera lesada uma garantia de acesso ao juiz para que seja declarada a existência de uma discriminação, em conformidade com o artigo 7.º da Diretiva 2000/43 e com o artigo 47.º da Carta [53].

111. O critério aplicável é estrito. A pessoa que considere ser lesada deve ter um direito de acesso ao juiz. Este acesso ao juiz constitui, com efeito, o conteúdo essencial do direito a uma proteção jurisdicional efetiva previsto no artigo 7.º da Diretiva 2000/43 e no artigo 47.º da Carta, pelo que um mecanismo processual de extinção da instância que conduza a que a discriminação não seja reconhecida nem declarada não preenche o critério previsto no artigo 52.º, n.º 1, da Carta [54].

112. Além do facto de um mecanismo processual de extinção da instância poder criar um obstáculo no acesso ao juiz conforme exigido no artigo 7.º da Diretiva 2000/43 e no artigo 47.º da Carta, observo que, se puser termo à ação sem que o demandado tenha reconhecido a existência de uma discriminação, esse mecanismo também pode impedir a aplicação efetiva do artigo 8.º da Diretiva 2000/43, que visa reforçar a proteção jurisdicional.

113. Recordo que, segundo este artigo, quando uma pessoa que se considere lesada apresentar perante um tribunal ou outra instância competente elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação, incumbe à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

114. Ora, a pessoa que se considere lesada não pode sequer apresentar esses factos perante um órgão jurisdicional, uma vez que a sua ação termina na fase da aquiescência.

51 V., neste sentido, Acórdão Unibet, n.ºs 42 e 65.

52 V., neste sentido, Acórdão de 25 abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 69), do qual resulta que a simples existência de uma ação de responsabilidade civil, nos termos do direito interno em causa, não pode, enquanto tal, suprir eventuais insuficiências no plano da efetividade da sanção se, na prática, devido às regras do direito nacional pertinentes, essa via de recurso não puder proceder.

53 V., neste sentido, Acórdão de 8 de maio de 2019, Leitner (C-396/17, EU:C:2019:375, n.º 62), e n.º 56 das presentes conclusões.

54 V. n.º 68 das presentes conclusões.

115. Com efeito, embora o Provedor tenha considerado que, à luz do problema de discriminação suscitado pelo passageiro, este merecia o seu apoio, o órgão jurisdicional competente não examinou se o passageiro tinha apresentado factos suscetíveis de criar uma presunção de discriminação. Os juízes de primeira e de segunda instância consideraram que tinha sido dado provimento ao pedido do demandante, pelo que já nada restava examinar. Por conseguinte, o passageiro não pôde apresentar a sua causa a respeito da existência de uma discriminação.

116. Neste caso, há que constatar que o artigo 8.º da Diretiva 2000/43 fica privado do seu efeito útil e que à pessoa que se considera lesada é negada a possibilidade de ser ouvida sobre um dos seus pedidos essenciais.

117. A Braathens, o Governo sueco e a Comissão alegam ainda que, para apreciar se regras processuais, como as que estão em causa no processo principal, permitem assegurar a efetividade do direito da União, há que situá-las no conjunto do direito interno em causa e tomar em consideração, em especial, a existência de outras vias de recurso [55], neste caso as previstas em matéria penal para combater a discriminação ilícita.

118. A este respeito, saliento que a Diretiva 2000/43 não diz respeito aos procedimentos penais [56] e que, de resto, o órgão jurisdicional de reenvio não os mencionou, tendo antes sublinhado as vias de recurso cíveis destinadas a dar execução a esta diretiva. A possibilidade de dar início a uma ação penal foi, no entanto, debatida na audiência, na sequência de uma pergunta do Tribunal de Justiça dirigida ao Governo sueco para resposta escrita. Este último indicou que a discriminação ilícita é passível de procedimento penal. Se, depois de um particular ter apresentado queixa à polícia, o Ministério Público não promover esse procedimento, este Governo precisou que o particular tem a possibilidade de promover o processo penal mediante acusação particular. O Provedor não contesta a possibilidade de uma ação penal, mas sublinha que a probabilidade de esta ser procedente é reduzida devido à afetação de recursos públicos, que limita o número de casos suscetíveis de serem objeto de procedimento penal e a dificuldade de uma pessoa privada apresentar as provas exigidas.

119. Todavia, independentemente da facilidade ou da dificuldade de acesso ao referido procedimento, observo que semelhante via de recurso não permite que se considere que a pessoa que se considere lesada dispõe de uma proteção jurisdicional efetiva, na aceção do artigo 8.º da Diretiva 2000/43.

120. Com efeito, a ação penal apresenta determinados constrangimentos em matéria de produção da prova, que a Diretiva 2000/43 procurou precisamente evitar no que respeita às vítimas de discriminação no âmbito de uma ação cível [57]. Assim, inverteu expressamente o ónus da prova *a seu favor* para as ajudar a que seja constatada a existência de uma violação do seu direito à igualdade de tratamento.

121. Por conseguinte, a existência de uma ação penal não permite de modo nenhum suprir a inexistência de vias de recurso em matéria cível, que sejam conformes com as regras relativas às provas previstas no artigo 8.º da Diretiva 2000/43, destinadas a constatar a existência de uma discriminação, em caso de aquiescência, quando não haja reconhecimento de discriminação por parte do demandado.

55 Baseiam-se, a este respeito, no Acórdão Unibet, n.º 54.

56 As regras da prova em matéria penal não são afetadas pela Diretiva 2000/43, conforme resulta do seu artigo 8.º, n.º 3.

57 V. também as afirmações do órgão jurisdicional de reenvio no n.º 29 das presentes conclusões.

3. Quanto à «livre» determinação de um mecanismo de resolução rápida dos litígios baseado no princípio dispositivo

122. A Braathens considera, por último, que o mecanismo de aquiescência previsto no direito do Estado-Membro em causa permite uma boa administração da justiça, no sentido de que permite uma rápida resolução dos litígios em conformidade com o princípio dispositivo. É especialmente útil no caso de diferendos qualificados de «pequenos litígios», devido aos montantes em causa e contribui, através da possibilidade de resolver extrajudicialmente o litígio, para evitar o congestionamento dos tribunais.

123. A preocupação de assegurar uma boa administração da justiça é, com efeito, um objetivo legítimo à luz do direito da União [58], mas considero que a análise precedente é plenamente conciliável com este objetivo.

124. O direito da União reconhece cada um dos instrumentos processuais mencionados pela Braathens. O princípio dispositivo, nos termos do qual a iniciativa processual pertence às partes e do qual resulta que o poder do juiz de suscitar oficiosamente fundamentos está limitado pela obrigação que lhe é imposta de se ater ao objeto do litígio e de basear a sua decisão nos factos que lhe foram apresentados, foi admitido enquanto instrumento processual partilhado pela maioria dos Estados-Membros [59]. Por seu turno, a resolução extrajudicial está prevista no artigo 7.º da Diretiva 2000/43, através da menção à possibilidade de os Estados-Membros preverem processos de conciliação. Por outro lado, a resolução amigável entre as partes é expressamente encorajada no regulamento consagrado às ações de pequeno montante [60].

125. Todavia, estas ferramentas não se opõem de modo nenhum à interpretação da Diretiva 2000/43, conforme proposta na presente análise.

126. O princípio dispositivo no qual a Braathens se baseia deve ser aplicado atendendo aos direitos conferidos pela Diretiva 2000/43.

127. Daqui resulta que, quando uma pessoa que se considere lesada, como o passageiro, pede uma indemnização por discriminação e o reconhecimento desta discriminação, só poderá ser celebrado um acordo entre as partes desde que, no mínimo, o seu adversário aceite as duas partes do seu pedido.

128. O objeto do seu pedido não pode ser limitado ao pagamento da indemnização sem que se prejudique o objetivo da Diretiva 2000/43. Como foi demonstrado, o direito a que um juiz constate a existência de uma discriminação em caso de contestação a este respeito está no cerne desta diretiva, examinada à luz do artigo 47.º da Carta, e afeta o conteúdo essencial do direito que a mesma visa proteger. Por conseguinte, uma limitação deste direito não respeita uma das condições do artigo 52.º, n.º 1, da Carta [61].

129. Quando não haja acordo, resulta da análise da Diretiva 2000/43, lida à luz do artigo 47.º da Carta, que o demandante deve poder invocar o seu direito à igualdade de tratamento perante um juiz para que este examine e, se for caso disso, que este constate a existência de uma discriminação.

58 V. Acórdãos de 18 de março de 2010, Alassini e o. (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, n.º 64), e de 6 de setembro de 2012, Trade Agency (C-619/10, EU:C:2012:531, n.ºs 57 e 58).

59 V., neste sentido, Acórdãos de 14 de dezembro de 1995, van Schijndel e van Veen (C-430/93 e C-431/93, EU:C:1995:441, n.º 21), e de 7 de junho de 2007, van der Weerd e o. (C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318, n.º 35).

60 Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante (JO 2007, L 199, p. 1). V., igualmente, as considerações do Tribunal de Justiça no Acórdão de 18 de março de 2010, Alassini e o. (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, n.º 64), segundo as quais disposições nacionais que visem uma resolução mais rápida e menos dispendiosa de litígios, bem como o descongestionamento dos tribunais prosseguem objetivos legítimos de interesse geral.

61 *A contrario*, no que se refere a uma situação em que o conteúdo essencial do direito a uma proteção jurisdicional efetiva não é afetado por uma regra processual nacional, v. Acórdão de 18 de março de 2010, Alassini e o. (C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, n.º 65).

V. Conclusão

130. Proponho, por conseguinte, ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma à questão prejudicial submetida pelo Högsta domstolen (Supremo Tribunal, Suécia):

As disposições da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, em especial os seus artigos 7.º, 8.º e 15.º, lidos à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretadas no sentido de que, num processo relativo à violação de uma proibição de discriminação em razão da origem étnica no qual a pessoa que se considera lesada pede uma indemnização por motivo de discriminação, esta pessoa tem o direito, se o presumível autor da discriminação aceitar pagar a indemnização, mas recusar reconhecer a discriminação, a que um juiz examine e, se for caso disso, constate essa discriminação. Um mecanismo processual de extinção da instância, como a aquiescência, não deve conduzir a outro resultado.