# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 29 de Maio de 1991 *

*Senhor Presidente,*
*Senhores Juízes,*

1. As questões prejudiciais submetidas nos processos apensos C-87/90, C-88/90 e C-89/90 pelo Raad van Beroep te 's-Hertogenbosch, levando a que vos debruceis sobre as dificuldades da aplicação judiciária do princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores masculinos e femininos, conduzem, além disso, o Tribunal a precisar mais profundamente as formas por que o órgão jurisdicional deve atender ao direito comunitário.

2. Os três processos pendentes no órgão jurisdicional *a quo* têm por objecto os efeitos, a partir de 23 de Dezembro de 1984, data da entrada em vigor da Directiva 79/7/CEE 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 [1], das disposições da Algemene Ouderdomswet (lei geral relativa ao seguro de velhice, a seguir «AOW»), na versão anterior à reforma decorrente da lei de 28 de Março de 1985 e do decreto real de 26 de Abril de 1985.

3. Esta legislação não é desconhecida do Tribunal de Justiça [2]. No acórdão Koks [3], de 23 de Setembro de 1982, o Tribunal de Justiça constatou que a AOW

«concede a pensão de velhice, em princípio, aos segurados que atinjam a idade de 65 anos. São designadamente considerados segurados os residentes nos Países Baixos, mas não os residentes nos Países Baixos vinculados por um contrato de trabalho e seguros, em consequência, nos termos de disposições legislativas estrangeiras. As mulheres casadas residentes nos Países Baixos, cujo marido não esteja seguro nos termos das disposições da legislação neerlandesa, também não são consideradas como seguradas. As mulheres casadas, em geral, não beneficiam, por si próprias, de pensão de velhice. Em contrapartida, a pensão de um homem casado é superior à de um celibatário. Está prevista também a redução da pensão, à razão de 1 % por ano civil completo em que o titular do direito masculino casado com idade entre 15 e 65 anos não tenha estado seguro. A mesma redução é aplicável à esposa do titular do direito por cada ano civil em que não tenha estado segura, dentro dos mesmos parâmetros de idade» [4].

4. Nas conclusões que apresentámos no processo Achterberg-te Riele e outros [5], concluímos que os períodos durante os quais o homem casado não esteve seguro,

* Língua original: francês.

1 — JO 1979, L 6, p. 24; EE 05 F2 p. 174.

2 — Ver, por exemplo, acórdãos de 20 de Abril de 1988, Bakker (151/87, Colect., p. 2009); de 2 de Maio de 1990, Winter-Lutzins (293/88, Colect., p. I-1623).

3 — 275/81, Recueil, p. 3013.

4 — N.° 5.

5 — Acórdão de 27 de Junho de 1989 (48/88, 106/88 e 107/88, Colect., p. 1963); conclusões (Colect., p. 1977, n.° 2).

designadamente em virtude de estada profissional noutro Estado, eram deduzidos do cálculo dos direitos à pensão de sua mulher, mas que, em contrapartida, a estada profissional no estrangeiro de uma mulher casada não tinha qualquer consequência para a constituição dos direitos à pensão do seu cônjuge, visto este, trabalhador ou residente, estar segurado ao abrigo da AOW de forma autónoma. É certo que o decreto real de 26 de Abril de 1985, como sublinhámos [6], suprimiu, a partir de 1 de Abril de 1985, a possibilidade de se excluir a mulher casada do regime da AOW por o marido não estar segurado, mas o artigo 24.°, n.° 1, da lei de 28 de Março de 1985 estabelece que as novas disposições não se aplicam, no que se refere ao direito à pensão de velhice, aos períodos anteriores a 1 de Abril de 1985.

5. No processo Achterberg-te Riele e outros, o Tribunal de Justiça não foi chamado a decidir quanto à compatibilidade com a Directiva 79/7 de uma legislação do tipo da AOW na redacção anterior a 1 de Abril de 1985, na medida em que as demandantes nos processos pendentes nos órgãos jurisdicionais *a quo* não estavam abrangidas pelo âmbito de aplicação, *ratione personae*, do texto normativo comunitário. Com efeito, o Tribunal de Justiça, seguindo neste ponto as nossas conclusões, considerou que a Directiva 79/7

«não se aplica a pessoas que nunca tenham estado disponíveis no mercado de trabalho ou que tenham deixado de o estar sem que a causa seja a ocorrência de um dos riscos referidos na directiva» [7].

6. Esta proposta, que decorre aliás do próprio texto da directiva [8], suscita, contudo, algumas dificuldades face a uma legislação, como a AOW, que conceda prestações a segurados que, sendo caso disso, jamais integraram a população activa.

7. Assim, no processo C-88/90, T. H. M. Van Wetten-Van Uden jamais exerceu qualquer actividade profissional, com excepção de algumas semanas durante a segunda guerra mundial. De 1 de Março a 1 de Agosto de 1959 e de 1 de Agosto de 1961 a 1 de Outubro de 1965, o marido trabalhou na República Federal da Alemanha e, em consequência, não esteve seguro durante esses períodos, nos termos da AOW. A interessada, que enviuvou entretanto e atingiu a idade de 65 anos, recebe desde 1 de Novembro de 1988 uma pensão de velhice afectada de uma redução de 8 %, atendendo aos quatro anos em que o marido não esteve seguro.

8. Também no processo C-89/90, G. H. Heiderijk jamais esteve disponível no mercado de trabalho, desde o seu casamento em 19 de Janeiro de 1949. De 1 de Outubro de 1965 a 1 de Abril de 1969 e de 1 de Fevereiro de 1981 a 1 de Abril de 1982, o marido exerceu uma actividade profissional na República Federal da Alemanha, continuando, no entanto, a residir nos Países Baixos. Em consequência de não ter estado seguro nos termos da AOW durante esses períodos, o acréscimo da pensão que passou a receber por conta de seu marido a partir de 1 de Dezembro de 1987 foi reduzida à razão de 2 % por ano de não seguro.

9. Pelo contrário, os factos do processo C-87/90 apresentam-se de forma diversa. A. Verholen esteve empregada na comuna de

6 — Colect. 1989, p. 1977, n.° 3.

7 — N.° 11.

8 — Ver a conjugação entre os artigos 2.° e 3.° do diploma comunitário.

Roosendaal e Nispen desde 1 de Junho de 1974, beneficiando de uma reforma antecipada em 1 de Julho de 1984 ao atingir a idade de 61 anos. A partir de 1 de Abril de 1988, adquiriu o direito a uma pensão de reforma nos termos da AOW. Contudo, essa pensão de velhice foi também objecto de uma redução de 16 % em função dos oito anos (de 1 de Outubro de 1976 a 1985) em que o marido exerceu uma actividade profissional na Bélgica, não estando, em consequência, seguro nos termos da AOW.

10. A única questão prejudicial colocada no processo C-87/90 refere-se à compatibilidade com o princípio da igualdade de tratamento em matéria de segurança social de uma legislação como a AOW. Examina-la-emos *in fine*. As questões colocadas nos processos C-88/90 e C-89/90 convidam, com efeito, o Tribunal de Justiça a precisar previamente as formas por que o órgão jurisdicional nacional deve tomar em consideração o direito comunitário.

## I — Quanto ao processo C-88/90

11. A primeira questão colocada no processo C-88/90 refere-se à competência do órgão jurisdicional nacional para apreciar *oficiosamente* a incompatibilidade de uma norma interna com uma directiva cujo prazo de transposição expirou, apesar de as partes no processo não a terem invocado.

12. É legítimo espantarmo-nos de que uma questão desta importância não tenha ainda sido, enquanto tal, resolvida pelo Tribunal de Justiça.

13. É certo que, no acórdão de 16 de Janeiro de 1974, Rheinmühlen[9], o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 177.° do Tratado CEE

«atribui aos órgãos jurisdicionais a faculdade e, sendo caso disso, impõe-lhes a obrigação de reenvio a título prejudicial, desde que o julgador verifique, *quer oficiosamente* quer a pedido das partes, que a questão de fundo do litígio inclui um aspecto referido pelo primeiro parágrafo» [10].

Nesse processo, contudo, apenas estava em causa a possibilidade de o órgão jurisdicional nacional se dirigir ao Tribunal de Justiça a título de reenvio prejudicial. Tem, apesar disso, de se constatar que o Tribunal de Justiça admitiu já expressamente o direito de o órgão jurisdicional nacional suscitar *oficiosamente* a questão da existência de uma norma comunitária para demandar o Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.° Atendendo à jurisprudência do Tribunal de que o Tribunal de Justiça é competente

«para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação das normas adoptadas pelas instituições da Comunidade, independentemente do facto de serem ou não directamente aplicáveis» [11],

pode considerar-se adquirido que um órgão jurisdicional nacional tem a faculdade de suscitar oficiosamente a questão da existência de uma norma comunitária, inclusive quando não tenha efeito directo, a fim de submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial.

14. Mas o facto de o órgão jurisdicional suscitar oficiosamente a questão da exis-

9 — 166/73, Recueil, p. 33.

10 — N.° 3, sublinhado nosso.

11 — Acórdão de 20 de Maio de 1976, Mazzalai, n.° 7 (111/75, Recueil, p. 657).

tência de uma norma comunitária não se reduz, quanto às consequências, à *exclusiva* faculdade de aplicar o mecanismo de cooperação judiciária previsto no artigo 177.° do Tratado. Com efeito, tal invocação pode conduzir também o órgão jurisdicional nacional a afastar, por sua iniciativa, uma lei interna contrária à norma comunitária, desde que esta tenha efeito directo. Tal faculdade decorre da natureza imediata reconhecida pelo Tribunal de Justiça, designadamente no acórdão Simmenthal [12], à aplicação do direito comunitário. Com efeito, nesse acórdão o Tribunal de Justiça salientou sucessivamente que a aplicabilidade directa

«abrange [...] qualquer órgão jurisdicional que, demandado no âmbito da sua competência, tenha por missão, enquanto órgão de um Estado-membro, proteger os direitos conferidos pelo direito comunitário aos particulares» [13]

e que o efeito útil do artigo 177.°

«ficaria diminuído se o órgão jurisdicional fosse impedido de proceder imediatamente a uma aplicação do direito comunitário conforme com a decisão ou a jurisprudência do Tribunal de Justiça» [14],

para concluir que

«o órgão jurisdicional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições do direito comunitário tem obrigação de garantir o pleno efeito dessas normas, não aplicando se necessário, *por sua própria autoridade*, qualquer disposição contrária da legislação nacional» [15].

12 — Acórdão de 9 de Março de 1968 (106/77, Recueil, p. 629).

13 — N.° 16.

14 — N.° 20.

15 — N.° 24, sublinhado nosso.

15. A presente questão prejudicial não distingue, contudo, consoante a norma comunitária tenha ou não efeito directo. Apesar de o Tribunal de Justiça ter já reconhecido efeito directo ao artigo 4.° da Directiva 79/7 [16], que parece dever aplicar-se também no presente caso, julgamos útil sublinhar que, em nossa opinião, a faculdade de suscitar oficiosamente a questão da existência de uma norma comunitária dever ser atribuída ao órgão jurisdicional nacional, *ainda que tal norma não tenha efeito directo.* Como dissemos, o Tribunal de Justiça reconheceu já implicitamente tal faculdade para efeitos de reenvio a título prejudicial ao Tribunal de Justiça. Mas essa possibilidade pode também conduzir a que o órgão jurisdicional nacional interprete o direito interno, «em toda a medida do possível» [17], à luz do texto e finalidade de uma directiva, como o exije a jurisprudência do Tribunal de Justiça dita de «interpretação conforme» [18], quer o prazo de transposição da directiva tenha ou não expirado [19].

16. Como assinalámos nas conclusões apresentadas nos processos Decker e Herz [20], convém evidenciar uma distinção subjacente a toda a construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça entre, por um lado, a *faculdade de invocação* de uma norma comunitária, ainda que desprovida de efeito directo, para efeito da correcta interpretação do direito nacional ou de reenvio a título prejudicial ao Tribunal de Justiça, e, por outro, a *aplicação directa* de uma disposição comunitária, face à inexistência de qualquer regula-

16 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1986, FNV, n.° 21 (71/85, Colect., p. 3855).

17 — Acórdão de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135).

18 — Acórdãos de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891) e Harz (79/83, Recueil, p. 1921); acórdão de 4 de Fevereiro de 1988, Murphy (157/86, Colect., p. 673).

19 — Acórdão de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, n.° 15 (80/86, Recueil, p. 3969).

20 — Acórdãos de 8 de Novembro de 1990 (C-177/88, Colect., p. I-3941, e C-179/88, Colect., I-3979) conclusões, n.os 7 a 15.

mentação nacional ou em presença de normas de direito interno incompatíveis, aplicação essa que pressupõe necessariamente o reconhecimento do efeito directo dessa disposição.

17. Existem, além disso, fora das hipóteses de recurso ao artigo 177.° ou da obrigação dita «de interpretação conforme», outras circunstâncias em que o órgão jurisdicional nacional pode ser conduzido a examinar oficiosamente a compatibilidade de uma norma interna com uma disposição de direito comunitário desprovida de efeito directo. Tal sucede essencialmente na hipótese de acção de responsabilidade do Estado por violação das suas obrigações comunitárias intentada por um particular num órgão jurisdicional nacional. É certo que, no estádio actual do direito comunitário, tais acções estão submetidas ao direito interno de cada Estado-membro [21]. Apesar disso, e nos direitos nacionais que admitem a responsabilidade do Estado, pode ser útil ao órgão jurisdicional constatar a incompatibilidade do direito interno com uma norma comunitária, ainda que desprovida de efeito directo, para apurar *a falta* da administração nacional susceptível de conduzir à responsabilidade do Estado.

18. Estas precisões não são despiciendas. Se o direito neerlandês tivesse transposto correctamente a Directiva 79/7, não seria evidente, atendendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça consagrada no acórdão Marshall [22], a possibilidade de H. M. van Wetten-van Uden invocar o artigo 4.° daquele diploma contra a Sociale Verzekeringsbank. Caso o órgão jurisdicional nacional considere, à luz do acórdão do Tribunal de Justiça Foster [23], que esta instituição não é um organismo de Estado, poderá seguramente invocar oficiosamente a existência da Directiva 79/7, não para afastar a aplicação da lei interna, mas exclusivamente para tentar, «na medida do possível» [24], dar-lhe uma interpretação conforme com as exigências do texto comunitário.

19. Falta determinar se o órgão jurisdicional nacional *tem a obrigação* de invocar oficiosamente a existência de uma norma comunitária para os efeitos que acabámos de descrever. Parece impor-se uma resposta afirmativa. A primazia do direito comunitário não pode ser deixada à apreciação dos órgãos jurisdicionais nacionais, sob risco de se pôr seriamente em causa a *uniformidade* da respectiva aplicação. E essa obrigação impõe-se ao órgão jurisdicional tanto relativamente às normas comunitárias de efeito directo quanto às desprovidas de tal efeito.

20. Relativamente às primeiras, trata-se, para o órgão jurisdicional, de cumprir a «missão de proteger os direitos atribuídos pelo direito comunitário aos particulares» [25]. Os fundamentos do acórdão Salgoil demonstram, aliás, de que forma a primazia e o efeito directo estão «numa relação de gémeos» [26], mas também como esses dois princípios pressupõem necessariamente o reconhecimento de uma natureza de absoluta imediatividade à aplicação do direito comunitário. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que as disposições de direito comunitário

«obrigam as autoridades e, nomeadamente, os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-membros a salvaguardar os interesses dos particulares afectados pelo eventual in-

21 — Acórdão de 22 de Janeiro de 1976, Russo (60/75, Recueil, p. 45); ver, a este respeito, o processo em curso C-6/90, Francovitch.

22 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986 (152/84, Colect., p. 723).

23 — Acórdão de 12 de Julho de 1990 (C-188/89, Colect., I-3313).

24 — C-106/89, já citado, n.° 8.

25 — 106/77, já citado, n.° 16; ver também acórdão de 19 de Dezembro de 1968, Salgoil (13/68, Recueil, p. 661, 675).

26 — Kovar, R. «L'invocabilité du droit communautaire devant les juridictions nationales» in *L'avocat et l'Europe des 12 et des 21*, Actes du XII[e] congrès de l'association française des centres de formation professionnelle du barreau, 1988, p. 187.

cumprimento dessas disposições, assegurando-lhes protecção directa e imediata dos seus interesses» [27].

Os considerandos do acórdão Simmenthal são também particularmente claros a este respeito. O órgão jurisdicional nacional «tem [...] *por função* proteger os direitos atribuídos pelo direito comunitário aos particulares» [28]; existe «*a obrigação* de garantir o pleno efeito dessas normas» [29].

21. Relativamente às segundas, não está em causa a salvaguarda pelo órgão jurisdicional dos direitos dos particulares na medida em que a norma comunitária não tem efeito directo. Recorde-se, contudo, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça *obriga* a que o órgão jurisdicional nacional, quando confrontado com uma directiva desprovida desse efeito, interprete o direito nacional, na medida do possível, à luz do texto e finalidade da directiva. Tal regra é dedutível tanto do artigo 189.° quanto do artigo 5.° do Tratado. Como o Tribunal de Justiça constatou no acórdão Marleasing,

«a obrigação dos Estados-membros, decorrente de uma directiva, de atingir o resultado por ela prosseguido, bem como o seu dever, por força do artigo 5.° do Tratado, de tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar a execução dessa obrigação, impõem-se a todas as autoridades dos Estados-membros, incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais» [30].

Tal obrigação deduz-se, uma vez mais, da primazia do direito comunitário, que pressupõe que as respectivas normas sejam aplicadas de forma uniforme e imediata em todo o território da Comunidade. Se é certo que se encontram aqui, por ausência de efeito directo, os esquemas sem dúvida mais tradicionais do direito internacional, não é menos verdade que o órgão jurisdicional nacional, autoridade do Estado, deve garantir, no âmbito da sua competência, o cumprimento da lei comum.

22. É neste sentido que propomos que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão no processo C-88/90.

23. A segunda questão no mesmo processo refere-se à hipótese de a parte no processo principal não estar abrangida pelo âmbito de aplicação, *ratione personae,* de uma directiva, apesar de esta ter por objecto o regime de segurança social em causa. O órgão jurisdicional *a quo* interroga-se sobre a possibilidade de, em tal caso, apreciar a compatibilidade de uma norma de direito interno com a referida directiva.

24. Reconhece-se aqui a problemática do acórdão do Tribunal de Justiça Achterberg-te Riele e outros [31]. Como o órgão jurisdicional *a quo* constatou, T. H. M. Van Wetten-Van Uden não faz parte da população activa, na acepção do artigo 2.° da Directiva 79/7; apesar disso, os regimes legais que garantem protecção contra o risco de velhice são objecto da alínea a) do n.° 1 do artigo 3.° desse diploma. O acórdão Achterberg-te Riele e outros, como dissemos, entendeu que

«deduz-se [...] da conjugação dos artigos 2.° e 3.° da directiva que esta apenas se aplica às pessoas que ainda trabalham no momento

27 — 13/68, já citado, p. 675.
28 — 106/77, já citado, n.° 16, sublinhado nosso.
29 — N.° 24, sublinhado nosso.
30 — C-106/89, já citado, n.° 8.
31 — 48/88, 106/88 e 107/88, já citado.

em que adquirem o direito a uma pensão de velhice ou cuja actividade tenha sido previamente interrompida pela ocorrência de um dos outros riscos enumerados no artigo 3.°, n.° 1, alínea a)» [32].

25. Ora, a Directiva 79/7 exige a plena e total aplicação do princípio da igualdade de tratamento *dentro dos limites do seu âmbito de aplicação*. Desde que uma pessoa não esteja por ele abrangida, as normas de direito nacional em causa não fazem parte daquelas a que a directiva entendeu dever impor o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento. Nada proíbe que o legislador neerlandês conceda o benefício de prestações de segurança social a segurados que não sejam parte da população activa; deve, contudo, ter-se em conta que, relativamente a essas situações, o direito comunitário, no estado actual, não exige a aplicação do princípio da igualdade de tratamento. Como sublinhámos nas conclusões que apresentámos no processo Achterberg-te Riele e outros, pode parecer paradoxal que uma norma de direito nacional, que protege da forma mais eficaz o conjunto dos residentes de um Estado-membro contra o risco de velhice não tenha eco na legislação comunitária, no que se refere ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Temos, todavia, no caso em apreço, de nos limitar a constatar o avanço do direito neerlandês sobre o direito comunitário, no seu estado actual [33].

26. Sendo que a situação em causa no processo principal não cabe na previsão da Directiva 79/7, o órgão jurisdicional nacional não pode apreciar, neste caso, como é evidente, a compatibilidade do seu direito interno com aquele diploma.

27. A terceira questão é mais simples. O órgão jurisdicional *a quo* pergunta ao Tribunal de Justiça se o artigo 2.° da citada directiva define o âmbito de aplicação *ratione personae*, ou se diz respeito, como o artigo 3.°, à delimitação dos regimes de segurança social objecto da directiva.

28. Mais não nos é possível, a este respeito, do que reportarmo-nos ao acórdão do Tribunal de Justiça Achterberg-te Reiele e outros:

«O âmbito de aplicação pessoal da directiva»,

considerou o Tribunal de Justiça,

«está definido no artigo 2.°, por força do qual ela se aplica à população activa, à pessoa à procura de emprego, bem como aos trabalhadores cuja actividade tenha sido interrompida por um dos riscos enumerados no artigo 3.°, n.° 1, alínea a)» [34].

29. Torna-se difícil compreender por que forma o artigo 2.° pode ter também por objecto a determinação dos regimes de segurança social abrangidos pela directiva, visto que essa definição resulta expressamente da alínea a) do n.° 1 do artigo 3.°

32 — N.° 10.

33 — Colect. 1989, p. 1979, n.° 15.

34 — 48/88, 106/88 e 107/88, já citado, n.° 9.

## II — Quanto ao processo C-89/90

30. A única questão colocado no processo C-89/90 visa igualmente buscar paliativo aos inconvenientes que assinalámos no início destas conclusões. O órgão jurisdicional *a quo* interroga o Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de um particular invocar as disposições da Directiva 79/7 caso sofra as consequências de uma disposição nacional discriminatória relativa à sua esposa, que não é parte no processo.

31. Esta questão tem por origem as especificidades dos factos deste processo. Com efeito, G. H. Heiderijk não atingira ainda, na altura, a idade de 65 anos, diversamente do seu marido. Assim sendo, este recebeu, por si próprio, uma pensão de velhice que se viu aumentada de *um acréscimo*, atendendo à existência de uma pessoa a cargo que não atingira ainda a idade de 65 anos. Com efeito, as mulheres casadas apenas adquiriam direito a pensão pessoal a partir dos 65 anos, pensão essa que, aliás, era paga ao marido, com algumas excepções, designadamente em caso de falecimento deste [35]. Esse acréscimo sofreu uma redução, em atenção designadamente aos períodos em que G. H. Heiderijk não esteve segura nos termos da AOW em virtude de seu marido também não o ter estado. Só este é parte no processo principal. O direito processual neerlandês, no entender do órgão jurisdicional *a quo*, não autoriza a intervenção de G. H. Heiderijk no processo.

32. A questão é bastante delicada. Até ao presente, a discriminação foi invocada pela própria vítima [36]. Assim, o Tribunal de Justiça não teve ainda de pronunciar-se sobre a delicada questão de saber *quem* pode invocar o direito comunitário perante o órgão jurisdicional nacional. Com efeito, esta dificuldade foi até ao momento resolvida num âmbito puramente nacional, na medida em que o órgão jurisdicional em que o processo principal está pendente examina, sendo caso disso, a qualidade e interesse em agir judicialmente da pessoa em causa, à luz das normas processuais internas. Se pode validamente agir judicialmente, pode então, para defesa dos seus direitos, invocar a existência de uma norma comunitária de que pretenda retirar benefício. Quer isto dizer que só o direito nacional está em condições de decidir por quem pode ser invocado o direito comunitário? Não o cremos. Duas «correcções» foram já introduzidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

33. Por um lado, a legislação nacional não pode entravar o princípio do direito de acção judicial [37]. Tal sucederia, designadamente, se a vítima de uma discriminação proibida pelo direito comunitário não pudesse, por razões estritamente atinentes a normas processuais internas, fazer valer os seus direitos por via judicial.

34. Por outro lado, a aplicação de tais normas não pode conduzir a que se torne praticamente impossível o exercício dos direitos atribuídos pela ordem jurídica comunitária [38].

35 — Ver o relatório para audiência no processo Bakker (Colect. 1988, p. 2010) bem com a matéria de facto do processo Koks (Recueil 1982, p. 3015 e 3016); parece, de acordo com as informações fornecidas pelo Governo neerlandês na audiência, que a pensão é directamente paga à mulher nos casos em que o marido não é titular de uma pensão nos termos da AOW, quando o casamento tenha lugar após a liquidação da pensão, e, por último, quando a mulher é tida por chefe de família, o que parece abranger a hipótese de falecimento do marido.

36 — Ver, contudo, o acórdão de 17 de Outubro de 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes forbund i Danmark (109/88, Colect., p. 3199) em que o processo principal opunha duas federações sindicais.

37 — Acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651); e de 15 de Outubro de 1987, Heylens (222/86, Colect., p. 4097).

38 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio, n.° 12 (199/82, Recueil, p. 3595).

35. Contudo, no caso vertente, a questão colocada ao Tribunal de Justiça não consiste em saber se a eventual impossibilidade de G. H. Heiderijk, acaso vítima de discriminação, invocar judicialmente a incompatibilidade da lei nacional em causa é ou não contrária à jurisprudência acima citada. Com efeito, como recordámos nas conclusões apresentadas no processo Bakker, a legislação neerlandesa previa então o pagamento exclusivamente ao marido de uma pensão representativa dos direitos adquiridos por e relativos a cada um dos cônjuges [39]. Só em casos especiais a mulher casada recebia directamente a sua pensão de velhice. Assim, não somente os períodos de não seguro do trabalhador masculino tinham repercussão directa no montante das prestações devidas à sua esposa como também só ele recebia a pensão atribuída ao seu cônjuge. Sem que seja necessário determinar quem era o titular, em termos jurídicos, da pensão, o Tribunal de Justiça terá, contudo, de ter em conta que era o marido quem a recebia e quem, nos termos do direito processual neerlandês, podia fazer valer judicialmente os seus direitos. Assim sendo, deve poder, para defesa desses mesmos direitos, invocar as disposições da Directiva 79/7 de que pretende retirar benefício.

36. Temos, contudo, de acrescentar uma precisão, para que a resposta do Tribunal de Justiça seja útil ao órgão jurisdicional nacional para proferir a sua decisão. Com efeito, sendo que o marido de G. H. Heiderijk pode invocar a existência da Directiva 79/7, não é menos verdade que este diploma — será necessário recordá-lo uma vez mais? — não é aplicável aos segurados que não façam parte da população activa, na acepção do respectivo artigo 2.° Em consequência, o órgão jurisdicional nacional apenas poderá tomar em consideração a existência da directiva se entender que, à luz do direito neerlandês, *o titular* da pensão em causa é o marido de G. H. Heiderijk — o qual cai, sem dúvida, sob a alçada do âmbito de aplicação da directiva — e não a sua esposa, que não faz parte das pessoas a que se refere o artigo 2.° Se for esse o caso, competir-lhe-á então confrontar a AOW com o n.° 1 do artigo 4.° da directiva que proíbe qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa quer indirectamente, no que se refere, designadamente, «ao cálculo das prestações incluindo os acréscimos devidos na qualidade de cônjuge e por pessoa a cargo».

39 — 151/87, já citado, n.° 3 (Colect. 1988, p. 2015).

## III — Quanto ao processo C-87/90

37. Para o efeito, poderá ser seguramente auxiliado pela análise que o Tribunal de Justiça é levado a fazer pela única questão prejudicial colocada no processo C-87/90. A. Verholen, como dissemos, esteve empregada desde 1974, ficando em situação de reforma antecipada a partir de 1 de Julho de 1984. Estava ainda sob este regime quando adquiriu, em 1 de Abril de 1988, o direito a uma pensão de velhice nos termos da AOW. Embora o órgão jurisdicional *a quo* tenha considerado, na decisão de reenvio, que, em sua opinião, A. Verholen fazia parte da população activa, na acepção do artigo 2.° da Directiva 79/7, este ponto foi formalmente contestado pelo Governo neerlandês, tanto nas observações escritas como na audiência. Para este Governo, ao aceitar a reforma antecipada, A. Verholen abandonou voluntariamente o emprego, não podendo, pois, ser tida como fazendo parte da população activa.

38. Esta tese, diga-se de imediato, não pode, em nossa opinião, ser acolhida. Recorde-se que, no acórdão Acterberg-te Riele e outros, o Tribunal de Justiça considerou que

«as pessoas que ainda trabalham no momento em que adquirem o direito a uma pensão de velhice ou cuja actividade tenha sido previamente interrompida pela ocorrência de um dos outros riscos enumerados no artigo 3.°, n.° 1, alínea a)» [40]

caem sob a alçada da Directiva 79/7. Ora, o risco de velhice consta expressamente da alínea a) do n.° 1 do artigo 3.° No essencial, o Governo neerlandês entende que um assalariado que escolhe o benefício de um regime de pré-reforma não deixa o emprego em consequência da concretização do risco de velhice. Temos dificuldade em compreender, a este respeito, por que razões a cessação de uma actividade profissional aos 61 anos nada tem a ver com o risco de velhice, sendo que o contrário se daria se essa cessação ocorresse quatro anos mais tarde. A partir do momento em que uma pessoa deixa o emprego para beneficiar de uma prestação que lhe é concedida em função do facto de *ter atingido determinada idade* e, sendo caso disso, ter trabalhado durante determinado número de anos, essa pessoa cai sob a alçada do âmbito de aplicação da Directiva 79/7, tal como é definido no artigo 2.° As considerações atinentes ao financiamento do regime de pré-reforma e às suas formas têm, seguramente, manifesto interesse para determinar se essa prestação está abrangida pelo artigo 119.° do Tratado CEE ou se deve ser considerada como prestação de segurança social, mas não devem ser tomadas em consideração para efeitos de definição do âmbito de aplicação da Directiva 79/7. Aceitar a tese do Governo neerlandês conduziria a privar de protecção todos os assalariados em situação de pré-reforma. Entendemos pois, como o órgão jurisdicional *a quo*, que A. Verholen faz parte da população activa na acepção do artigo 2.° da directiva.

40 — 48/88, 106/88 e 107/88, já citado, n.° 10; ver n.° 24.

39. O Tribunal de Justiça é, pois, conduzido a colocar a questão da compatibilidade com o n.° 1 do artigo 4.° e com o artigo 5.° daquela directiva da *manutenção* dos efeitos de uma legislação nacional que, em certos casos, exclui do seguro as mulheres casadas.

40. O órgão jurisdicional *a quo* e o Sociale Verzekeringsbank [41] estão de acordo quanto à natureza discriminatória da AOW, na redacção anterior a 1 de Abril de 1985. Como dissemos, até essa data, a mulher casada cujo marido não estivesse seguro, designadamente em consequência de estada profissional noutro Estado-membro, via a sua pensão reduzida em função dos períodos de não seguro do cônjuge. Pelo contrário, os períodos de não seguro da mulher casada não tinham efeito quanto à aquisição dos direitos a pensão por parte do marido, visto que este, trabalhador ou residente, estava seguro de forma autónoma nos termos da AOW.

41. Já nos pronunciámos, nas conclusões apresentadas no processo Achterberg-te Riele e outros, quanto à manutenção de tais efeitos à luz do princípio da igualdade de tratamento. Como referimos, a jurisprudência do Tribunal de Justiça fornece já preciosas indicações a este respeito. Assim, no acórdão Dik e Menkutos-Demirci [42], o Tribunal de Justiça declarou que

«a Directiva 79/7 não prevê qualquer derrogação ao princípio da igualdade de tratamento, estabelecido pelo n.° 1 do artigo 4.° da directiva, que possa permitir o prolongamento dos efeitos discriminatórios de disposições nacionais anteriores. Daí resulta que

41 — N.° 12 das observações escritas.

42 — Acórdão de 8 de Março de 1988 (80/87, Colect., p. 1601).

um Estado-membro não pode manter após 23 de Dezembro de 1984 desigualdades de tratamento decorrentes do facto de as condições exigidas para o nascimento do direito à prestação serem anteriores a essa data. O facto de essas desigualdades resultarem de disposições transitórias não é uma circunstância susceptível de conduzir a uma apreciação diferente» [43].

Este acórdão constitui, aliás, reafirmação de uma jurisprudência constante [44].

42. Ora, o Governo neerlandês e o Sociale Verzekeringsbank entendem que esses acórdãos, que ora têm por objecto prestações de desemprego [45], ora condições de prova exigidas para efeitos de benefício de uma prestação não contributiva [46], não são aplicáveis a um regime de seguro social em sistema de capitalização. Em nossa opinião, é improcedente distinguir entre os regimes ditos «de risco» e os ditos «de contribuição». No citado acórdão Dik e outros, o Tribunal de Justiça referiu-se às «condições exigidas para a aquisição do direito à prestação» sem de qualquer forma distinguir entre os regimes de segurança social de repartição ou de de capitalização. Nenhuma distinção deste tipo consta, aliás, do texto da directiva.

43. É certo que a Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social [47], dispõe, no n.° 2 do artigo 8.°, que não impede que «os direitos e obrigações relativas a um período de filiação no regime profissional anterior à revisão deste regime continuem a ser regulados pelas disposições desse regime em vigor durante esse período». É compreensível que, relativamente aos regimes *profissionais* de segurança social, financeiramente a cargo da entidade patronal, o legislador comunitário tenha entendido dever aplicar progressivamente o princípio da igualdade de tratamento. Tal circunstância não tem, contudo, qualquer repercussão no caso presente, visto que, justamente, idêntica disposição não consta da Directiva 79/7. Se o legislador comunitário entendeu garantir a imediata aplicação da igualdade de tratamento em matéria de regimes *legais* de segurança social, a sua vontade tem de ser respeitada.

44. Aliás, num acórdão recente [48], o Tribunal de Justiça considerou que o princípio da igualdade de tratamento se devia aplicar imediatamente, [49] sendo que estava também em causa, como no presente processo, *um regime contributivo.* O Tribunal teve, aliás, o cuidado de precisar que:

«nenhuma limitação dos efeitos da referida interpretação pode ser aceite no que diz respeito à aquisição do direito a uma pensão a partir da data do presente acórdão» [50].

45. Examinaremos mais tarde a conveniência em limitar no tempo os efeitos do acórdão que vier a ser proferido no presente processo. Temos, contudo, de constatar que, a partir do acórdão Barber, as pessoas

43 — N.° 9.

44 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1986, FNV, n.os 21 e 22 (71/85, Colect., p. 3855); acórdão de 24 de Março de 1987, Mc Dermott e Cotter, n.os 18 e 19 (286/85, Colect., p. 1453); acórdão de 24 de Junho de 1987, Borrie Clarke, n.° 10 (384/85, Colect., p. 2865).

45 — 286/85, 71/85 e 80/87, já citados.

46 — 384/85, já citado.

47 — JO L 225, p. 40.

48 — Acórdão de 17 de Maio de 1990, Barber (C-262/88, Colect., p. I-1889).

49 — Na realidade, depois de pronunciado o acórdão, visto que o Tribunal de Justiça limitou os respectivos efeitos *ratione temporis*, excepto para quem tivesse já intentado acção judicial ou apresentado reclamação equivalente.

50 — C-262/88, já citado, n.° 44.

anteriormente discriminadas têm direito a uma pensão que deixe de atender às anteriores discriminações, mesmo que as cotizações anteriormente pagas não possam ter tido em consideração essa nova situação.

46. Contrariamente ao mencionado pelo Sociale Verzekeringsbank nas observações, não se trata de instituir, assim, a aplicação retroactiva da directiva [51]. Trata-se simplesmente de garantir a imediata entrada em vigor do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, o que pressupõe a imediata supressão das desigualdades que ainda subsistem. Seria privar a directiva de grande parte de sua eficácia entender-se que apenas lhe deve ser dada plena e total aplicação relativamente às pessoas cujos períodos de cotização só se tenham iniciado depois de 23 de Dezembro de 1984.

47. Como sublinhou o advogado-geral Cruz Vilaça nas conclusões que apresentou no processo Borrie Clarke,

«não está prevista qualquer derrogação que autorize a prolongar os efeitos discriminatórios de disposições nacionais anteriores, sendo tão contrário à directiva manter esses efeitos como manter as próprias disposições nacionais em causa» [52].

48. Nas observações escritas, o Governo neerlandês e o Sociale Verzekeringsbank esforçam-se por demonstrar que as consequências controversas não resultam de determinada disposição de direito transitório mas da aplicação do princípio de que qualquer situação passada deve ser apreciada à luz do direito então aplicável.

49. Pouco importa, a este respeito, que os efeitos impugnados resultem ou não de uma disposição tomada a título transitório. A eficácia do direito comunitário não pode variar consoante as categorias jurídicas do direito interno em que se concretizam as suas exigências. Além disso, pode seriamente contestar-se que se trate de dar execução ao direito aplicável a uma situação passada. Desde 23 de Dezembro de 1984, ou seja, actualmente, as mulheres têm direito a receber uma pensão em cujo cálculo não se atenda já às disposições discriminatórias. A situação *passada* consiste nas pensões pagas *antes* de 23 de Dezembro de 1984, relativamente às quais os beneficiários não podem reclamar o pagamento das somas não recebidas em consequência de discriminação, visto o princípio da igualdade de tratamento não ser ainda aplicável na altura.

50. Por último, o Governo neerlandês argumenta que, aquando do cálculo dos direitos de pensão de reforma adquiridos no estrangeiro por homens casados que aí trabalharam, se atende, regra geral, à existência do cônjuge ou de pessoa a cargo para efeitos de acréscimo da pensão. Este argumento não pode ser acolhido. Por um lado, determinadas legislações estabelecem que o homem e a mulher casados adquirem, cada um, direitos *autónomos* a uma pensão de velhice. Por outro, decorre de um dos recentes acórdãos do Tribunal de Justiça que o princípio da igualdade de tratamento instituído pela Directiva 79/7 deve ser imediata e integralmente aplicado desde a entrada em vi-

51 — N.° 26.

52 — Já citado, n.° 30 (384/85, Colect., p. 2872).

gor deste diploma «mesmo que daí resulte, em certas circunstâncias, um duplo pagamento» [53] das prestações ou se «viole a proibição de enriquecimento sem causa consagrada no direito nacional» [54].

51. Falta examinar a conveniência de o Tribunal de Justiça limitar no tempo os efeitos do acórdão quanto a este preciso aspecto. Com efeito, em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres, o Tribunal de Justiça recorreu a essa solução por duas vezes [55]. Parece-nos, contudo, que os imperativos de segurança jurídica que guiaram o Tribunal nesses dois acórdãos não se apresentam hoje com a mesma acuidade. No acórdão Defrenne II, o Tribunal de Justiça reconheceu pela primeira vez o efeito directo do artigo 119.° do Tratado, sendo que, estranhamente, essa disposição não havia ainda sido invocada até esse processo. No acórdão Barber, o Tribunal de Justiça considerou ser discriminatório

«que um homem despedido por motivos económicos só tenha direito a uma pensão cujo pagamento é diferido até à idade normal de reforma, enquanto uma mulher, nas mesmas condições, tem imediatamente direito a uma pensão de reforma, em resultado da aplicação de uma condição de idade que difere consoante o sexo» [56],

enquanto que, no precedente acórdão Burton [57], o Tribunal de Justiça considerou justificada a diferença entre as condições de idade exigidas para homens e mulheres para efeitos de reforma da cessação voluntária de funções. Em ambos esses processos, Defrenne II e Barber, os parceiros sociais e os legisladores nacionais não podiam, pois, prever antecipadamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

52. A situação vertente é radicalmente diversa. Desde o acórdão de 23 de Setembro de 1982, Koks, anterior, pois, à entrada em vigor da Directiva 79/7, o Governo neerlandês tem conhecimento da situação da AOW à luz das exigências desse diploma comunitário. Com efeito, a Comissão considerou, nesse processo, que «a regulamentação neerlandesa, nos termos da qual as mulheres casadas não são seguras salvo se, nos termos designadamente da AOW, o respectivo marido estiver seguro nos termos dessa mesma lei, é contrária à directiva em causa, devendo ser modificada dentro de um prazo que expira em 22 de Dezembro de 1984, visto que a notificação da directiva ocorreu em 22 de Dezembro de 1978» [58]. O acórdão Koks sublinhou, aliás, o alcance daquele diploma, precisando que:

«*abstracção feita da Directiva 79/7* [...] que concede aos Estados-membros um prazo de seis anos para adoptarem as disposições necessárias, não existe qualquer norma de direito comunitário que impeça que os Estados-membros façam depender o direito de um dos cônjuges beneficiar de um regime de segurança social da filiação do outro nesse mesmo regime» [59].

53. É certo não ser possível negar a importância das dificuldades descritas pelo Governo neerlandês, resultantes das consequências financeiras que mencionou na au-

53 — Acórdão de 13 de Março de 1991, Cotter e Mc Dermott, n.° 22 (C-377/89, Colect., p. I-1155).

54 — *Ibidem*, n.° 27.

55 — Acórdãos de 8 de Abril de 1976, Defrenne II (43/75, Recueil, p. 455), e C-262/88, já citado.

56 — C-262/88, já citado, n.° 35.

57 — Acórdão de 16 de Fevereiro de 1982 (19/81, Recueil, p. 555).

58 — 275/81, já citado, em matéria de facto do acórdão, Recueil, p. 3019.

59 — 275/80, já citado, n.° 11, sublinhado nosso.

diência. Tem, contudo, de se constatar que a recusa daquele Governo em conceder às mulheres em causa o efeito imediato do princípio de igualdade de tratamento não pode ser considerada consequência da ignorância das imperfeições apresentadas pela AOW à luz desse princípio. Convidamos, pois, o Tribunal de Justiça a não fazer uso da faculdade de limitar *ratione temporis* os efeitos do acórdão que proferir.

54. Concluímos, pois, no sentido de que o Tribunal de Justiça declare:

1) no processo C-88/90

a) o órgão jurisdicional nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições de direito comunitário está obrigado a garantir o pleno efeito dessas normas, afastando oficiosamente a aplicação de qualquer disposição de direito nacional incompatível com uma norma comunitária de efeito directo; está igualmente obrigado a interpretar oficiosamente, na medida do possível, as disposições de direito nacional à luz do texto e finalidade da norma de direito comunitário, mesmo que esta não tenha efeito directo;

b) o órgão jurisdicional nacional não pode apreciar a conformidade do direito interno com uma norma comunitária em benefício de um sujeito de direito que não caia sob a alçada do âmbito de aplicação pessoal dessa norma;

c) o artigo 2.° da Directiva 79/7/CEE 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, deve ser interpretado no sentido de que apenas define as pessoas que se podem prevalecer das disposições da directiva;

2) no processo C-89/90

a) as pessoas judicialmente admitidas, nos termos das normas processuais internas, a fazer valer os seus direitos a prestações que façam parte das abrangidas pelos n.os 1 e 2 do artigo 3.° da citada directiva podem invocar o benefício das disposições dessa directiva e, designadamente, o n.° 1 do artigo 4.°;

b) as disposições da directiva em causa apenas são, contudo, aplicáveis aos titulares das prestações referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 3.° que façam parte das pessoas referidas no artigo 2.°;

c) para esse efeito, compete ao órgão jurisdicional nacional determinar, à luz do direito nacional, quais são os titulares de um regime de pensão de velhice como o instituído pela Algemene Ouderdomswet;

3) no processo C-87/90

a citada directiva deve ser interpretada no sentido de não autorizar os Estados-membros a manter, seja por que período for, as desigualdades de tratamento que afectam as condições de aquisição dos direitos a uma pensão de velhice quando as correspondentes prestações foram ou serão pagas depois de 23 de Dezembro de 1984.