Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA FUNÇÃO PÚBLICA DA UNIÃO EUROPEIA (Segunda Secção)

14 de Outubro de 2010*

«Função pública — Agentes contratuais — Remuneração — Prestações familiares — Casal de pessoas do mesmo sexo — Abono de lar — Condição de concessão — Acesso ao casamento civil — Conceito — Artigo 1.º, n.º 2, alínea c), iv), do anexo VII do Estatuto»

No processo F-86/09,

que tem por objecto um recurso interposto nos termos dos artigos 236.° CE e 152.° EA,

W, agente contratual da Comissão Europeia, residente em Bruxelas (Bélgica), representado por É. Boigelot, advogado,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por J. Currall e D. Martin, na qualidade de agentes,

recorrida,

O TRIBUNAL DA FUNÇÃO PÚBLICA (Segunda Secção),

composto por: H. Tagaras (relator), presidente, S. Van Raepenbusch e M. I. Rofes i Pujol, juízes,

secretário: R. Schiano, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 15 de Abril de 2010,

profere o presente

Acórdão

1 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal da Função Pública, em 21 de Outubro de 2009, por fax (o original foi apresentado no dia seguinte), W pede a anulação das decisões da Comissão das Comunidades Europeias, de 5 de Março de 2009 e de 17 de Julho de 2009, que lhe recusam o pagamento do abono de lar, previsto no artigo 1.º do anexo VII do Estatuto dos Funcionários da União Europeia (a seguir «Estatuto»).

* Língua do processo: francês.

Quadro jurídico

2 O artigo 13.º, n.º 1, CE dispõe:

«Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.»

3 O artigo 21.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta dos Direitos Fundamentais»), intitulado «Não discriminação», tem a seguinte redacção:

«É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.»

4 Nos termos do artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais, intitulado «Respeito pela vida privada e familiar»:

«Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.»

5 O artigo 8.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), prevê:

«1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.»

6 Segundo os artigos 21.º e 92.º do Regime aplicável aos outros agentes da União Europeia, as disposições do artigo 1.º do anexo VII do Estatuto respeitantes às modalidades de atribuição das prestações familiares são aplicáveis por analogia aos agentes contratuais.

7 O artigo 1.º, n.º 2, do anexo VII do Estatuto prevê:

«Tem direito ao abono de lar:

[…]

c) O funcionário que esteja registado como parceiro estável não matrimonial, desde que:

i) o casal produza um documento oficial, reconhecido como tal por um Estado-Membro da União Europeia ou por qualquer autoridade competente de um Estado-Membro, que certifique o seu estatuto de parceiros não casados,

ii) nenhum dos parceiros seja casado, nem faça parte de outra parceria não matrimonial,

iii) os parceiros não estejam ligados por qualquer dos seguintes laços: pais, filhos, avós, irmãos, irmãs, tias, tios, sobrinhos, sobrinhas, genros e noras,

iv) o casal não tenha acesso ao casamento civil num Estado-Membro; para efeitos da presente subalínea, considera-se que um casal tem acesso ao casamento civil apenas nos casos em que os membros do casal satisfazem o conjunto das condições fixadas pela legislação de um Estado-Membro que autorize o casamento desse casal;

d) Por decisão especial e fundamentada da entidade competente para proceder a nomeações, tomada com base em documentos comprovativos, o funcionário que, não preenchendo as condições previstas nas alíneas a), b) e c), assuma, contudo, efectivamente encargos de família.»

8 Segundo os considerandos do Regulamento (CE, Euratom) n.º 723/2004 do Conselho, de 22 de Março de 2004, que estabelece a actual versão do Estatuto:

«(7) Deverá ser observado o princípio da não discriminação, tal como consagrado pelo Tratado, o que requer o aperfeiçoamento ulterior de uma política de pessoal que garanta a igualdade de oportunidades para todos, independentemente do sexo, da capacidade física, da idade, da identidade racial ou étnica, da orientação sexual e do estado civil.

(8) Aos funcionários que sejam parte numa relação não conjugal reconhecida por um Estado-Membro como uma parceria estável, mas que não têm acesso legal ao casamento, deve ser concedido o mesmo grau de benefícios que aos funcionários casados.»

9 Segundo o artigo 489.º do Código Penal do Reino de Marrocos (a seguir «artigo 489.º CPM»):

«Quem cometer um acto impúdico ou contra natura com um indivíduo do mesmo sexo é punido com pena de prisão de seis meses a três anos e com multa de 200 a 1 000 dirhams, a menos que a conduta seja constitutiva de uma infracção mais grave.»

10 O artigo 46.º da Lei de 16 de Julho de 2004 relativa ao Código de Direito Internacional Privado do Reino da Bélgica (a seguir «artigo 46.º CDIP»), intitulado «Direito aplicável à formação do casamento», prevê:

«Salvo o disposto no artigo 47.º [que diz respeito às formalidades relativas à celebração do casamento], as condições de validade do casamento são regidas, para cada um dos cônjuges, pelo direito do Estado de que têm a nacionalidade aquando da celebração do casamento.

Será afastada a aplicação de uma disposição de direito designada com base no primeiro parágrafo se a mesma proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, quando uma dessas pessoas tiver a nacionalidade de um Estado, ou a sua residência habitual no território de um Estado, cujo direito autorize esse casamento.»

Factos na origem do litígio

11 O recorrente, agente contratual da Comissão desde 1 de Março de 2009, tem dupla nacionalidade belga e marroquina.

12 Em 10 de Outubro de 2008, o recorrente e o seu parceiro não matrimonial do mesmo sexo e de nacionalidade espanhola fizeram uma «declaração de coabitação legal» perante um conservador do registo civil de Bruxelas (Bélgica). Nesse mesmo dia, esta declaração foi registada no registo nacional.

13 Aquando da fixação dos seus direitos individuais, por decisão do Serviço «Gestão e Liquidação dos Direitos Individuais» (PMO), de 5 de Março de 2009, foi recusado o benefício do abono de lar ao recorrente, tendo o fundamento oral para esta recusa sido o facto de o casal não preencher o requisito previsto no artigo 1.º, n.º 2, alínea c), ponto iv), do anexo VII do Estatuto, uma vez que tinha acesso ao casamento civil na Bélgica.

14 Em 9 de Março de 2009, o recorrente pediu que a sua coabitação legal fosse reconhecida pelo PMO para que o seu parceiro beneficiasse do regime de assistência na doença da Comissão. Por ofício de 6 de Abril de 2009 o PMO deferiu este pedido, informando o recorrente de que o seu parceiro, sem rendimento profissional, podia beneficiar da cobertura primária do recorrente, em aplicação do artigo 72.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Estatuto.

15 Por carta de 2 de Abril de 2009, com base artigo 90.º, n.º 2, do Estatuto, o recorrente apresentou uma reclamação contra a decisão de 5 de Março de 2009 do PMO, alegando, no essencial, que, devido à legislação marroquina que pune os actos homossexuais, a sua nacionalidade marroquina, bem como os elos legais e afectivos que mantém com Marrocos, «fazem com que [lhe] seja impossível casar[-se]» com uma pessoa do mesmo sexo.

16 Por decisão de 17 de Julho de 2009, a autoridade investida do poder de nomeação (a seguir «AIPN») indeferiu a reclamação do recorrente sublinhando que a legislação marroquina repressiva dos comportamentos homossexuais não constitui um impedimento ao casamento do recorrente na Bélgica.

Pedidos das partes e tramitação processual

17 O recorrente conclui pedindo que o Tribunal da Função Pública se digne:

— anular a decisão do PMO, de 5 de Março de 2009, de não lhe conceder o abono de lar;

— anular a decisão da AIPN, de 17 de Julho de 2009, que indefere a sua reclamação;

— condenar a recorrida nas despesas.

18 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal da Função Pública se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar o recorrente nas despesas.

19 Por carta entrada na Secretaria, em 21 de Outubro de 2009, o recorrente apresentou um pedido de anonimato que o Tribunal deferiu. Esta decisão foi notificada às partes por ofício da Secretaria, de 19 de Novembro de 2009.

20 Para garantir a preparação e desenrolar do processo nas melhores condições o Tribunal adoptou medidas de organização do processo previstas nos artigos 55.º e 56.º do Regulamento de Processo. Para este efeito, no relatório preparatório de audiência, o recorrente foi convidado a responder a questões relativas, nomeadamente, aos seus laços com Marrocos.

21 Por carta entrada na Secretaria do Tribunal, em 19 de Março de 2010, o recorrente atendeu ao pedido do Tribunal. Resulta desta carta, e dos documentos anexos, que o recorrente nasceu na Bélgica, em 23 de Outubro de 1975, e que, marroquino à nascença, obteve automaticamente a nacionalidade belga aos catorze anos na sequência da aquisição dessa nacionalidade por parte do seu pai. Resulta igualmente desses documentos que o recorrente sempre viveu na Bélgica, à excepção de uma estadia

de sete anos em Espanha, e que só ia a Marrocos para as suas férias. Contudo, nos documentos em questão, o recorrente indica que fala berbere e árabe e que, sendo de religião muçulmana, frequentou a escola árabe uma vez por semana até aos treze anos. Afirma, além disso, que desde 2003, ano em que o seu pai se reformou, os seus pais têm residência principal em Marrocos tendo aí adquirido bens imobiliários. Por último, indica que está em negociações com um agente imobiliário para muito em breve adquirir um bem imobiliário em Marrocos, acto que requer a menção do seu estado civil.

22 Por outro lado, igualmente no relatório preparatório de audiência, as partes foram convidadas a transmitir ao Tribunal provas destinadas a demonstrar a aplicação efectiva do artigo 489.º CPM.

23 Por ofício e carta, entrados no Tribunal em 31 de Março de 2010 e em 2 de Abril de 2010, a Comissão e o recorrente apresentaram, respectivamente, determinadas informações a respeito da aplicação efectiva do artigo 489.º CPM, nomeadamente provenientes da imprensa internacional e de organizações não governamentais, que demonstram a existência de pelo menos um caso de aplicação efectiva do artigo 489.º CPM, em Dezembro de 2007.

24 Na audiência, o recorrente apresentou uma carta que enviou ao PMO em 16 de Setembro de 2009, informando-o de que o seu parceiro tinha entrado em funções na Comissão nessa data.

Quanto ao objecto do litígio

25 O recorrente solicita a anulação, por um lado, da decisão do PMO, de 5 de Março de 2009, que lhe recusa a atribuição do abono de lar aquando da fixação dos seus direitos individuais e, por outro, da decisão da AIPN, de 17 de Julho de 2009, que indefere a sua reclamação contra a decisão de 5 de Março de 2009.

26 Segundo jurisprudência constante, os pedidos de anulação de uma decisão que indefira expressa ou tacitamente uma reclamação são desprovidos de conteúdo autónomo enquanto tais, confundindo-se na realidade com os pedidos de anulação do acto lesivo contra o qual foi apresentada a reclamação (acórdão do Tribunal da Função Pública, de 23 de Fevereiro de 2010, Faria/OHMI, F-7/09, n.º 30 e jurisprudência referida).

27 Com efeito, quando se limita a confirmar o acto ou omissão de que o reclamante se queixa, uma decisão de indeferimento tácito ou expresso, tomada isoladamente, não é um acto impugnável (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1980, Kuhner/Comissão, 33/79 e 75/79, Recueil, p. 1677, n.º 9; despacho do Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1988, Progoulis/Comissão, 371/87, Colect., p. 3081, n.º 17; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2002, Morello/Comissão, T-338/00 e T-376/00, ColectFP, pp. I-A-301 e II-1457, n.º 34, e de 2 de Março de 2004, Di Marzio/Comissão, T-14/03, ColectFP, pp. I A-43 e II-167, n.º 54).

28 A qualidade de acto que causa prejuízo não pode ser reconhecida em relação a um acto puramente confirmativo, como acontece com um acto que não contém qualquer elemento novo em relação a um acto anterior que causa prejuízo e que, portanto, não se substitui a este (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 1980, Grasselli/Comissão, 23/80, Recueil, p. 3709, n.º 18; despacho do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Junho de 2000, Plug/Comissão, T-608/97, ColectFP, pp. I-A-125 e II-569, n.º 23; acórdão Di Marzio/Comissão, já referido, n.º 54).

29 Contudo, por várias vezes foi decidido que uma decisão expressa de indeferimento de uma reclamação pode, atendendo ao seu conteúdo, não ter um carácter confirmativo do acto impugnado pelo recorrente. É o caso de uma decisão de indeferimento de uma reclamação na qual é feita uma reapreciação da situação do recorrente em função de novos elementos de direito e de facto ou de uma decisão que altera ou completa a decisão inicial. Nestes casos o indeferimento da reclamação constitui um acto sujeito ao controlo judicial, que é tomado em consideração na apreciação da legalidade do

acto impugnado (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Junho de 2004, Eveillard/Comissão, T-258/01, ColectFP, pp. I-A-167 e II-747, n.º 31, e de 7 de Junho de 2005, Cavallaro/Comissão, T-375/02, ColectFP, pp. I-A-151 e II-673, n.os 63 a 66; acórdão do Tribunal da Função Pública de 9 de Setembro de 2008, Ritto/Comissão, F-18/08, ColectFP, pp. I-A-1-281 e II-A-1-1495, n.º 17), ou que é mesmo considerado um acto lesivo que se substitui a este último (v., neste sentido, acórdão Kuhner/Comissão, já referido, n.º 9; acórdãos Morello/Comissão, já referido, n.º 35, e do Tribunal de Primeira Instância, de 14 de Outubro de 2004, Sandini/Tribunal de Justiça, T-389/02, ColectFP, pp. I-A-295 e II-1339, n.º 49).

30 No caso em apreço, importa realçar que a decisão de 5 de Março de 2009 se limitava a recusar o benefício do abono de lar ao recorrente com base num fundamento oral. Ora, na sequência desta recusa, na sua reclamação, o recorrente apresentou à Comissão elementos de direito e de facto respeitantes à legislação marroquina repressiva dos actos homossexuais, legislação que lhe é aplicável em razão da sua nacionalidade. Daqui decorre que, apesar de a decisão de 17 de Julho de 2009 confirmar a recusa da Comissão de conceder o abono de lar ao recorrente, rejeitando os argumentos deste último e completando a fundamentação oral dessa recusa, não deixa de ser verdade que surgiu após uma reapreciação da situação do recorrente.

31 Nestas circunstâncias, a decisão de 17 de Julho de 2009 não é um acto confirmativo da decisão de 5 de Março de 2009 e deve ser tomada em consideração no controlo da legalidade que incumbe ao Tribunal da Função Pública exercer.

32 Por conseguinte, deve considerar-se que o recurso tem por efeito submeter ao Tribunal da Função Pública os pedidos de anulação da decisão de 5 de Março de 2009 e da decisão de 17 de Julho de 2009 (a seguir «decisões impugnadas»).

Quanto aos pedidos de anulação das decisões impugnadas

33 Em apoio dos seus pedidos de anulação das decisões impugnadas, o recorrente invoca um fundamento único baseado na violação do artigo 1.º, n.º 2, alínea c), iv) (a seguir «primeira disposição controvertida») e alínea d) (a seguir «segunda disposição controvertida») do anexo VII do Estatuto.

Argumentos das partes

34 No âmbito do seu fundamento único, no essencial, o recorrente invoca três críticas relativas às decisões impugnadas.

35 Em primeiro lugar, o recorrente alega que atendendo a uma das suas duas nacionalidades, à qual não pode renunciar, concretamente, a nacionalidade marroquina, os processos penais de que seria objecto em Marrocos por força do artigo 489.º CPM, caso celebrasse casamento na Bélgica com o seu parceiro, tornam este casamento impossível. Segundo o recorrente, a sua homossexualidade seria imediatamente descoberta e ele seria objecto de processos penais exclusivamente motivados pela alteração do estado civil provocada pelo casamento. Em seguida, no contexto de qualquer diligência administrativa durante a qual o seu estado civil tivesse de ser revelado (por exemplo, para renovação de passaporte, aquisição ou venda de bens imóveis ou ainda uma herança) o recorrente corria o risco real de ser penalmente sancionado.

36 Em segundo lugar, o recorrente alega que, de qualquer forma, e independentemente da aplicabilidade da primeira disposição controvertida, devido ao dever de solicitude da administração em relação aos funcionários, existe a possibilidade de obter o abono de lar através da segunda disposição controvertida, no caso de, segundo a Comissão, o funcionário não preencher as condições previstas pela primeira disposição controvertida e, apesar disso, assumir efectivamente encargos de família.

37 Em terceiro lugar, a violação das duas disposições controvertidas implica uma discriminação do recorrente em relação aos funcionários para os quais a opção pelo casamento não contende com nenhum princípio de direito público do país da sua nacionalidade.

38 A Comissão conclui no sentido da improcedência do fundamento único invocado pelo recorrente, refutando as três críticas acima referidas.

39 Em primeiro lugar, a Comissão alega que o artigo 489.º CPM não pune o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas sim o acto sexual entre pessoas do mesmo sexo. Ora, independentemente do seu estatuto matrimonial, de qualquer modo o recorrente está sob ameaça teórica de processos penais na medida em que as autoridades marroquinas podem ser informadas da sua homossexualidade por outras vias, nomeadamente, tomando conhecimento da coabitação legal com o seu parceiro do mesmo sexo já registada. Além disso, dado que o eventual casamento do recorrente com o seu parceiro na Bélgica não produziria qualquer efeito em Marrocos, o recorrente não seria obrigado a revelar a sua existência às autoridades marroquinas, até porque o seu bilhete de identidade marroquino é suficiente para todas as diligências administrativas neste país. Além do mais, a Comissão afirma que de forma alguma exige que o recorrente renuncie à sua nacionalidade marroquina para beneficiar do abono de lar, na medida em que, no caso em apreço, o direito belga autoriza o casamento do recorrente não obstante a sua nacionalidade marroquina. Por outro lado, não incumbe aos órgãos jurisdicionais da União interpretar esta disposição dado que a mesma contém uma remissão expressa para as legislações dos Estados-Membros, de modo que a questão de saber se um casal tem acesso ao casamento civil num Estado-Membro depende de uma decisão que decorre da exclusiva competência desse Estado-Membro, no caso em apreço, a Bélgica.

40 Em segundo lugar, quanto à aplicabilidade da segunda disposição controvertida, por um lado, a Comissão considera que a crítica é inadmissível na medida em que o recorrente não respeitou o procedimento pré-contencioso ao não ter apresentado um pedido nesse sentido, ou mesmo uma reclamação contra a alegada recusa implícita em aplicar essa disposição por parte da Comissão. Por outro lado, o recorrente não apresentou documentos probatórios que atestem a existência de encargos familiares. Em qualquer caso, a Comissão dispõe de uma ampla margem de apreciação quanto à aplicação da segunda disposição controvertida, a qual, mesmo supondo que o recorrente preenche as condições, não cria um direito absoluto ao abono de lar.

41 Em terceiro lugar, a Comissão considera que, segundo a jurisprudência, uma diferença de tratamento com fundamento no estatuto familiar não constitui uma discriminação. Na medida em que a primeira disposição controvertida sujeita a um regime diferente os funcionários vinculados por uma parceria e os funcionários casados, o recorrente devia ter invocado uma excepção de ilegalidade desta disposição. Ora, o recorrente não o fez.

Apreciação do Tribunal da Função Pública

42 Antes de mais, deve realçar-se que a extensão do direito ao abono de lar aos funcionários registados como parceiros estáveis não matrimoniais, incluindo do mesmo sexo, nos termos do sétimo considerando do Regulamento n.º 723/2004, corresponde à preocupação do legislador em observar o princípio da não discriminação, tal como consagrado pelo artigo 13.º, n.º 1, CE (actual artigo 19.º, n.º 1, TFUE, após alteração), o que requer o aperfeiçoamento ulterior de uma política de pessoal que garanta a igualdade de oportunidades para todos, independentemente da orientação sexual ou do estado civil do interessado, que corresponde igualmente à proibição de qualquer discriminação fundada na orientação sexual prevista no artigo 21.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais. Além disso, a extensão do direito ao abono de lar aos funcionários registados como parceiros estáveis não matrimoniais, incluindo do mesmo sexo, reflecte a exigência de protecção dos funcionários contra a ingerência da administração no exercício do seu direito ao respeito da vida privada e familiar, como reconhecido pelo artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais e pelo artigo 8.º da CEDH.

43 À semelhança da protecção dos direitos garantidos pela CEDH, deve ser feita uma interpretação das regras estatutárias que estendem o direito ao abono de lar aos funcionários registados como parceiros estáveis não matrimoniais, incluindo do mesmo sexo, que garanta às acima referidas regras uma maior efectividade, de forma a que o direito em questão não seja teórico ou ilusório, mas sim concreto e efectivo (v., neste sentido, TEDH, acórdãos Airey c. Irlanda, de 9 de Outubro de 1979, série A, n.º 32, § 24; Partido comunista unificado da Turquia e outros c. Turquia, de 30 de Janeiro de 1998, *Colectânea dos acórdãos e decisões*, 1998-I, § 33; Kreuz c. Polónia, de 19 de Junho de 2001, *Colectânea dos acórdãos e decisões*, 2001-VI, § 57, e Scoppola c. Itália (Nº 2) [GC] de 17 de Setembro de 2009, *Colectânea dos acórdãos e decisões*, 2009-.., § 104).

44 Ora, para os funcionários registados como parceiros estáveis não matrimoniais, incluindo do mesmo sexo, o direito ao abono de lar, como consagrado pela primeira disposição controvertida, arriscar-se-ia a ser teórico e ilusório se o conceito de «acesso ao casamento civil num Estado-Membro», cuja inexistência constitui uma das condições para que esse funcionário beneficie do abono de lar, fosse entendido num sentido meramente formal, fazendo depender a aplicação da primeira disposição controvertida da questão de saber se o casal preenche as condições legais previstas pelo direito nacional aplicável, sem que fosse verificado o carácter concreto e efectivo do acesso ao casamento na acepção da acima referida jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

45 Daqui decorre que, ao procurar saber se um casal de pessoas do mesmo sexo tem acesso ao casamento civil em conformidade com a legislação de um Estado-Membro, a administração não se pode abstrair das disposições da lei de um outro Estado com o qual a situação em causa apresenta uma ligação estreita devido à nacionalidade dos interessados, quando essa lei, apesar se não ser aplicável às questões respeitantes à formação do casamento, corre o risco de tornar teórico e ilusório o acesso ao casamento e, por conseguinte, ao direito ao abono de lar. Tal é o caso particular de uma lei nacional que pune os actos homossexuais sem sequer distinguir em função do local em que o acto homossexual é cometido, como por exemplo o artigo 489.º CPM.

46 Esta conclusão não pode ser posta em causa pela formulação da segunda frase da primeira disposição controvertida. Com efeito, esta frase limita-se a indicar que, para que exista «acesso ao casamento civil», na acepção da primeira frase da primeira disposição controvertida, os membros do casal interessado devem preencher «o conjunto» das condições fixadas pela legislação aplicável. Limita-se, deste modo, a proceder a uma clarificação da regra já prevista na primeira frase da mesma disposição, clarificação essa inteiramente estranha à problemática desenvolvida nos n.ºs 43 a 45 do presente acórdão e que não se opõe às orientações que aí são expressas no âmbito da problemática em questão. Interpretar esta segunda frase no sentido de que apenas as disposições em vigor no direito do Estado-Membro em causa sejam tomadas em conta em sede de aplicação do artigo 1.º, n.º 2, do anexo VII do Estatuto, viola a exigência de uma interpretação dinâmica que tem em conta, segundo jurisprudência constante, não apenas os termos da disposição em causa, mas igualmente os objectivos prosseguidos pelo legislador (v., neste sentido, acórdão do Tribunal da Função Pública de 29 de Setembro de 2009, O/Comissão, F-69/07 e F-60/08, ColectFP, pp. I-A-1-349 e II-A-1-1833, n.º 114 e jurisprudência referida).

47 No caso em apreço, o Tribunal da Função Pública constata que o recorrente é agente contratual registado como parceiro estável não matrimonial na Bélgica. Por conseguinte, o casal em questão podia, em princípio, celebrar um casamento civil na Bélgica, na medida em que o segundo parágrafo do artigo 46.º CDIP afasta a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, eventualmente prevista no direito nacional de algum dos membros do casal, deixando dessa forma claro que tal proibição é contrária às concepções sociais e jurídicas predominantes na Bélgica.

48 Contudo, o recorrente alegou, sem ser contestado pela Comissão, que o artigo 489.º CPM ainda faz parte do direito em vigor em Marrocos, país com o qual está estreitamente ligado em razão de uma das suas duas nacionalidades.

49 Além do mais, apoiando-se numa documentação volumosa que comprova que a perseguição dos homossexuais em Marrocos mantém a sua actualidade, o recorrente defendeu que o artigo 489.º CPM tem uma aplicação efectiva neste país e que pesam graves riscos e constrangimentos sobre qualquer cidadão marroquino que pretenda celebrar casamento com uma pessoa do mesmo sexo. Importa constatar que à luz da documentação em questão esses riscos e constrangimentos não parecem ser hipotéticos, mas sim muito reais.

50 Por ofício de 31 de Março de 2010, a Comissão transmitiu ao Tribunal da Função Pública uma série de documentos sobre a mesma matéria. Esta documentação, parcialmente idêntica à do recorrente, não permite pôr seriamente em dúvida as suas alegações referidas no número anterior.

51 Com efeito, antes de mais, resulta da documentação apresentada pela Comissão que as autoridades consulares de França em Marrocos não estão autorizadas a registar as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento no artigo 489.º CPM. Em seguida, esta documentação demonstra que, em primeiro lugar, «a homossexualidade em Marrocos é tolerada na clandestinidade, mas […] é reprimida quando abertamente revelada», que, em segundo lugar, «em Junho de 2004, foram detidos 43 gays que se reuniram para celebrar uma festa de um deles num salão de festa[s]», que, em terceiro lugar, em 10 de Dezembro de 2007, o tribunal de primeira instância de Ksar El Kébir (Marrocos) condenou seis homens por violação do artigo 489.º CPM, decisão que foi confirmada pelo tribunal de recurso de Tanger (Marrocos), e que, em quarto lugar, «desde a independência de Marrocos em 1956 mais de 5000 homossexuais [foram presentes] a tribunal» em aplicação do artigo 489.º CPM.

52 É certo que, na audiência, a Comissão declarou que se o recorrente tivesse feito prova do mínimo risco de envolvimento numa situação juridicamente delicada ao abrigo do artigo 489.º CPM, devido ao seu eventual casamento, a mesma Comissão teria dado provas de solicitude e de benevolência em relação a ele, examinando a possibilidade de lhe aplicar a segunda disposição controvertida. Contudo, a Comissão negou a existência de tal risco.

53 Ora, pela sua natureza e conteúdo, uma disposição como o artigo 489.º CPM, que pune os actos homossexuais, actos que um casamento entre pessoas do mesmo sexo por definição implica, pode razoavelmente gerar ao recorrente receio de processos penais, justificando com razão a sua reticência, bem como a reticência de qualquer cidadão marroquino normalmente avisado e prudente, em celebrar casamento com uma pessoa do mesmo sexo. Nada no processo permite considerar esses receios desprovidos de lógica ou exagerados; pelo contrário, à luz da documentação apresentada pelas partes, não pode ser negada a efectiva existência de riscos e constrangimentos que pesam sobre os cidadãos marroquinos que pretendam celebrar casamento com uma pessoa do mesmo sexo (v. n.os 49 e 50 do presente acórdão).

54 Por outro lado, mesmo admitindo que o artigo 489.º CPM tenha caído em desuso, esta circunstância, além de não poupar ao recorrente sentimentos de medo, sofrimento e angústia, resultantes da própria existência do referido artigo, não exclui de forma alguma o risco de uma mudança de política por parte das autoridades competentes enquanto o artigo se mantiver em vigor (v., neste sentido, TEDH, acórdãos Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de Outubro de 1981, série A, n.º 45, § 40-41, e Norris c. Irlanda, de 26 Outubro de 1988, série A, nº 142, § 33). Além disso, no contexto actual, não pode ser afastada a hipótese de, no momento da celebração de um acto jurídico ou administrativo em Marrocos para o qual o recorrente seja obrigado a indicar o seu estado civil, este último, caso tenha casado na Bélgica com uma pessoa do mesmo sexo, ser objecto de investigações policiais relativas ao seu comportamento privado ou de particulares procurarem persegui-lo a título pessoal em Marrocos (v., neste sentido, TEDH, acórdão Modinos c. Chipre, de 22 de Abril de 1993, série A, n.º 259, § 23).

55 Daqui resulta que, à luz dos autos, o acesso do recorrente ao casamento na Bélgica não pode ser considerado concreto e efectivo, na acepção da jurisprudência referida no n.º 43 do presente acórdão.

56 Por outro lado, não colhe o argumento da Comissão segundo o qual, de qualquer modo, o recorrente já se encontra sob a ameaça teórica de perseguição, na medida em que as autoridades marroquinas podem tomar conhecimento da sua homossexualidade devido à já registada coabitação legal com o seu parceiro do mesmo sexo. Com efeito, basta sublinhar a este respeito que, na Bélgica, apenas o casamento implica a mudança do estado civil; quanto aos parceiros que sejam parte numa cohabitação legal, criada pela Lei de 23 de Novembro de 1998 (*Moniteur Belge*, de 12 de Janeiro de 1999, p. 786), surgem nos documentos administrativos belgas como celibatários. Além do mais, o artigo 15.º do Código da Família do Reino de Marrocos prevê que os marroquinos que tenham celebrado casamento em conformidade com a legislação local do país de residência, devem, num prazo de três meses a partir da data da sua celebração, apresentar uma cópia da certidão de casamento aos serviços consulares marroquinos do local em que o acto foi exarado, com vista à sua transmissão ao conservador do registo civil do local de nascimento dos cônjuges em Marrocos. Daqui resulta que, ao contrário do que afirma a Comissão (v. n.º 39 do presente acórdão), o eventual casamento do recorrente com o seu parceiro do mesmo sexo deveria ser levado ao conhecimento das autoridades marroquinas, com risco de aplicação do artigo 489.º CPM, na medida em que, por definição, todo o casamento implica relações sexuais entre os parceiros. É aliás por esta mesma razão que também deve ser afastado o argumento da Comissão, segundo o qual não é o casamento entre pessoas do mesmo sexo que é punido pelo artigo 489.º CPM, mas o acto sexual entre pessoas do mesmo sexo.

57 Daqui resulta que os pedidos de anulação devem ser julgados procedentes com fundamento na primeira crítica formulada no âmbito do fundamento único apresentado pelo recorrente, sem que seja necessário decidir sobre as outras críticas deste fundamento.

58 Atendendo a todas as considerações precedentes, as decisões impugnadas devem ser anuladas.

Quanto às despesas

59 Nos termos do artigo 87.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, sem prejuízo de outras disposições do Capítulo VIII, Título II, do referido regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. Por força do disposto no n.º 2 do mesmo artigo, o Tribunal pode decidir, quando razões de equidade o exijam, que uma parte vencida seja condenada apenas parcialmente nas despesas, ou mesmo que não seja condenada nas despesas.

60 Resulta dos fundamentos acima enunciados que a Comissão é a parte vencida. Por outro lado, o recorrente pediu expressamente que a Comissão fosse condenada nas despesas. Não justificando as circunstâncias do caso em apreço a aplicação das disposições do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, deve, por conseguinte, condenar-se a Comissão nas despesas do processo principal.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DA FUNÇÃO PÚBLICA (Segunda Secção)

decide:

1) São anuladas as decisões da Comissão de 5 de Março de 2009 e de 17 de Julho de 2009, que recusam a W o benefício do abono de lar previsto no artigo 1.º do anexo VII do Estatuto dos Funcionários da União Europeia.

2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas.

Tagaras Van Raepenbusch Rofes i Pujol

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 14 de Outubro de 2010.

O secretário
W. Hakenberg

O presidente
H. Tagaras

O texto da presente decisão bem como das decisões das jurisdições da União Europeia nela citadas estão disponíveis no sítio internet www.curia.europa.eu